

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1003

(Ano XIII)

(27/02/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

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.

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

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



A corrida para a aprovação da Reforma Tributária
Daniel Calderon, 04.

ARTIGOS

O acesso de migrantes e refugiados à Seguridade Social

Alexandre S. Triches, 06.

Um primeiro olhar à Minirreforma falencial e recuperacional

Paula Naves Brigagão, 08.

A judicialização da política e a questão do controle democrático da tomada de decisões (accountability)

Lucas Trompieri Rodrigues, 40.

O princípio da proteção face a nova legislação trabalhista brasileira Lei nº 13.467/2017

Laércio Rafael Schneider, 60.

A responsabilidade civil do Estado por atos omissivos na linha da jurisprudência do STF

Danilo França Falcão Pedrosa, 120.

O genocídio Ruandês: Felicien Kabuga e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda após 26 anos.

Vitor Hugo Sampaio, 128

O direito a educação, sua efetividade em tempos de pandemia – Covid 19

Ana Lúcia Barbosa de Oliveira, 138.

Precedentes no Tribunal de Justiça: A função de revisor decisório e a formação de tese jurídica vinculante territorial

Ingrid Stéphanie Monteiro de Souza, 150.

A execução sentença coletiva nos Juizados Especiais da Fazenda Pública

Danilo França Falcão Pedrosa, 160.

A família homoafetiva: os desdobramentos do direito contemporâneo para a garantia da entidade familiar diante do preconceito social

Luiz Moacir Rodrigues Maia, 164.

Imunidade de jurisdição e execução no direito internacional e seus reflexos no direito do trabalho.

Beatriz Victória de Diego Terzini, 185.

Semipresidencialismo e a aplicabilidade no Brasil

Antonio Luís Moreira Almeida, 196.

Direito, criatividade e solução de conflitos

Elder Soares da Silva Calheiros, 216.

A (im)possibilidade da exclusão sucessória por abandono afetivo

Leonardo Emerson de Carvalho Sousa, 225.

A Polícia Comunitária e as relações entre polícia e sociedade

Renato Rafael de Brito Fell, 252.

Inteligência artificial, Hércules e a judicialização da saúde: um novo desafio para a Procuradoria Geral do Estado de Alagoas (PGE/AL)

Elder Soares da Silva Calheiros, 267.

O valor probatório da declaração do ofendido nos crimes contra a liberdade sexual

Eloá Gavioli Silvestre, 274.

O serviço público como dever do Estado e direito do usuário

Letícia Duarte Falcão Lima, 290.

A CORRIDA PARA A APROVAÇÃO DA REFORMA TRIBUTÁRIA

DANIEL CALDERON: contador, advogado, empresário da área contábil e tributária e sócio da Calderon Contabilidade

O ano de 2021 deve ser um ano de intenso debate em torno da Reforma Tributária. A eleição dos novos presidentes da Câmara dos Deputados e do Senado Federal fez com que o assunto fosse retomado, após ter sido deixado de lado por conta do enfrentamento à crise sanitária. Conforme reunião dos novos líderes do Congresso, a expectativa é de que a reforma esteja aprovada até setembro.

Antes de tudo, é preciso entender a corrida para a aprovação da Reforma Tributária. O debate além de envolver três projetos diferentes em tramitação, tem como obstáculos, os interesses sociais e econômicos, os lobbys políticos e as pressões empresariais.

De qualquer forma, as propostas colocadas na mesa embarcam na unificação e simplificação dos impostos sobre o consumo, mas deixam de lado a redistribuição da carga tributária entre o consumo e a renda no sistema de tributos brasileiro. Esse seria um ponto deixado de lado muito importante para o crescimento econômico sólido, seguro e de longo prazo.

O Projeto de Lei (PL) 3.887/20, uma proposta do governo federal, propõe a unificação do PIS e da Cofins em um único e novo tributo: a Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços (CBS). Há uma desoneração de produtos de cesta básica nessa proposta.

Já o segundo projeto em tramitação, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 110/19, apresenta uma fusão muito maior. Devem se tornar um só o PIS, a Cofins, o IPI, IOF, a CSLL, o ICMS e o ISS.

Essa proposta interfere de maneira significativa nos Estados, DF e nos municípios, já que engloba o ICMS (estadual) e o ISS (municipal). Seriam eles os responsáveis por definir, de acordo com suas respectivas competências territoriais, a alíquota do novo imposto. Não haveria mais tributação sobre remédios e alimentos, além de serem criados incentivos a determinados setores econômicos. Essa proposta apresenta nada menos que 15 anos de transição.

Por fim, temos a PEC 45/19, que institui a fusão do IPI, PIS, Cofins, ICMS e ISS. O novo tributo a ser criado é o Imposto Sobre Bens e Serviços (IBS). Não são previstos

incentivos e desonerações aqui e há uma transição de até 50 anos para compensar os impactos nas federações e municípios.

Todas as propostas hoje em tramitação buscam alterar a base tributária sobre o consumo da população e, em um país tão desigual como o nosso, deixam de lado alterações sobre a tributação da renda, tão necessária para diminuir a injustiça social e fiscal que vivemos em relação ao nosso sistema tributário.

Os projetos mencionados abandonam mudanças necessárias que deveriam, ao menos, ser incluídas em uma segunda fase da reforma. É preciso discutir o Imposto de Renda e a elevação da sua faixa de isenção. Incluir uma tabela mais progressiva para o tributo para estimular o crescimento da economia com um aumento do poder aquisitivo da população e há ainda a real possibilidade de ampliar o consumo das pessoas, com menor carga tributária sobre essa base de consumo.

É evidente que a redistribuição da carga tributária sobre o consumo é fundamental para simplificar processos e encerrar burocracias que travam diariamente operações comerciais, o crescimento dos diversos setores econômicos e a geração de riquezas para o país. Quando pensamos em uma Reforma Tributária, é importante lembrar que abordamos um sistema que conserva uma base originada nos anos 60. Ele é defasado, distorcido e antiquado ao mundo atual. Avesso às modernidades tecnológicas.

Contudo, há ainda espaço para propostas ousadas como a instituição de um tributo onde haja incidência sobre tecnologia, por exemplo.

Muito ainda se especula se oito meses serão suficientes para chegarmos ao final desta corrida pela aprovação da reforma. Em meio aos obstáculos, é preciso também discutir onde deveríamos chegar.

O ACESSO DE MIGRANTES E REFUGIADOS À SEGURIDADE SOCIAL

ALEXANDRE S. TRICHES: Advogado.
Especialista em Direito Previdenciário.

Com o incremento do número de migrantes acolhidos pelo Brasil nos últimos anos, oriundos de países em crise humanitária ou econômica, como o Haiti, a Venezuela e a Síria, o convívio de estrangeiros entre os brasileiros se tornou uma realidade.

Considerando que na condição de residente no país, mesmo que aguardando análise de sua condição jurídica, o solicitante de refúgio ou acolhida humanitária pode viver no Brasil de forma regular, possui também o direito de acessar as políticas públicas da previdência, da assistência e do sistema de saúde.

No âmbito da previdência, uma vez exercendo atividade remunerada formal no país, tem o refugiado direito ao seguro social, que compreende as prestações por incapacidade, aposentadorias e demais auxílios. No âmbito trabalhista terá direito a seguro-desemprego e a tratamento igualitário aos nacionais.

Inclusive, na condição de repatriado (retorno ao seu país de origem) ou reassentado (migração para outro país que não o seu de origem) deverá ter sua condição previdenciária aproveitada, no caso de existência de acordo internacional a regular o tempo de contribuição entre o Brasil e o novo destino.

Os estrangeiros residentes no país têm direito a rede de proteção do sistema único de assistência social. A rede tem atuação preventiva e reparatórias por meio do centro de referências em assistência social - CRAS e do CREAS, os centros especializados para população em situação de rua, os centros de referências para pessoa com deficiência e as unidades de acolhimento.

O estrangeiro que esteja deficiente ou idoso com 65 ou mais e possua renda per capita familiar não superior a um quarto do salário mínimo, tem direito ao benefício de prestação continuada da LOAS. Trata-se de prestação mensal, que deve ser solicitada no INSS e que vise à redução dos riscos de miserabilidade do migrante.

Por fim, cumpre anotar que a saúde é direito de todos, sem qualquer distinção, de modo que o atendimento médico, preventivo ou reparatório, com internações, procedimentos cirúrgicos e tratamentos complexos, podem ser realizados por estrangeiros residentes no Brasil.

A condição de refugiado é reconhecida pelas leis internacionais desde o ano de 1951, por meio de Convenção da ONU sobre refugiados, a qual, posteriormente, foi atualizada pelo Protocolo de 1967 e pela Declaração de Cartagena de 1984. O Brasil é signatário de todas as normas.

No âmbito do Brasil, a Lei de Refúgio e a Lei de Migração são consideradas referências internacionais e têm possibilitado gerir de forma humanitária a vinda de refugiados ao Brasil. O texto constitucional é enfático na igualdade das pessoas perante a lei, na universalidade das políticas de seguridade social e na promoção da dignidade da pessoa humana. Por isso, devem ser invocadas perante os órgãos públicos, na formulação das políticas públicas e na defesa dos direitos dos refugiados perante a justiça brasileira.

Mais informações na live realizada especialmente para o Fórum Social mundial da Pessoa Idosa: <https://www.youtube.com/watch?v=pdWUK1NciyU&t=28s>

UM PRIMEIRO OLHAR À MINIRREFORMA FALENCIAL E RECUPERACIONAL

PAULA NAVES BRIGAGÃO. Ex Tabeliã pelo TJMG. Especialista em Compliance Contratual, pela Faculdade Pitágoras. Mestre em Direito das Relações Internacionais pela Universidad de La Empresa – Montevideo – UY. Escritora. Advogada.

Resumo: O presente trabalho pontua a Minirreforma operada pela Lei 14.112/2020 à Lei 11.101/05, com vistas a propiciar ao devedor novos instrumentos para que se reestruture, frente à crise financeira que assola o país, especialmente, durante o período pandêmico. A lei traz a positivação de jurisprudência, consolidada no Superior Tribunal de Justiça, sobre diversos institutos, com o fim de trazer segurança jurídica aos personagens do cenário empresarial.

Palavras-Chave: Minirreforma. Falência. Recuperação Judicial. Devedor. Desburocratizar.

Abstract: The present work punctuates the mini-reform operated by Law 14.112/2020 to Law 11.101 / 05, with a view to providing the debtor with new instruments to restructure in the face of the financial crisis that is plaguing the country, especially during the pandemic period. The law brings the positivity of consolidated jurisprudence in the Superior Court of Justice on several institutes in order to bring legal certainty to the characters of the business scenario.

Sumário: Introdução. 1. Conexões da lei 14.112/20 com o Código de Processo Civil (CPC). 2. Legitimidade Ativa. 3. Mudança quanto às formas de alienação em recuperação judicial. 4. Retrocesso quanto aos créditos em recuperação judicial. 5. Constatação prévia. 6. Stay Period. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

A nova lei, pacote natalino, sancionada em 24 de dezembro de 2020 e, para alguns, verdadeiro presente de papai Noel, entrou em vigor na data de 23 de Janeiro de 2021, em pleno sábado. Em palavras simples: “sabadou para o devedor”.

Há que se destacar que o novel diploma normativo foi fruto de intensos debates, debates, esses, que se reportaram ao longínquo ano de 2005.

Derivou do Projeto de Lei 6269, sofrendo algumas modificações nos anos de 2018 a 2020, sobretudo, com reflexos ao período pandêmico, que ora nos encontramos, conforme se observa nos Arts. 20 A a 20 D da lei 11.101/05, modificada pela Lei 14.112/2020.

Ao contrário do que muitos possam imaginar, não temos uma nova lei de falências. O que temos, em verdade, é uma Minirreforma a uma lei já existente, qual seja, a Lei 11.101/05. E, não se pode dizer que tal reforma fora permeada por modificações radicais. Longe disso.

A Lei 14.122/20 incorporou muitos dispositivos que já eram fruto da jurisprudência. Em miúdos: roupa nova em corpo velho!

O escopo da lei foi tratar da crise empresarial. A crise é fenômeno corriqueiro, do dia a dia.

E o que fez a lei?

Forneceu novos instrumentos para a reestruturação empresarial daqueles empresários e sociedades empresárias que estejam em maus lençóis e, com isso, desatando os nós, nas gargantas dos devedores.

Já nos ensina o sábio ditado popular: “Em casa de enforcado, não fales em corda!”

1. Conexões da lei 14.112/20 com o Código de Processo Civil (CPC).

O CPC de 2015 é uma lei ordinária (federal), de extraordinária força, em termos de prática forense. Uma lei que, por assim falar, “pegou”.

Não vamos muito longe, a lei de liberdade econômica, a reforma trabalhista, o pacote anticrime (no item referente à colaboração premiada), a lei de transação tributária (prevendo o negócio processual em execução fiscal), todas essas leis, juntas e misturadas, sofreram intensas influências do CPC, assim como a lei 14.112/20, de que ora se trata.

Há que se ponderar que o Código de Processo Civil influenciou, ainda involuntariamente, todas as legislações acima mencionadas, com as suas técnicas processuais, mesmo tendo em entrado em vigor em momento anterior à lei 14.112/20.

A título de exemplo, para fins meramente didáticos, metaforicamente é como se o CPC fosse um satélite (corpo celeste), orbitando em torno dos planetas (demais

ramos do direito), tamanha a sua força de atração. Um verdadeiro juízo universal exportado da lei de falências e recuperação judicial para o CPC.

E, aqui, uma observação digna de nota:

Os procedimentos concursais (gênero, do qual são espécies as falências, inventários e a recuperação judicial) devem caminhar lado a lado e conversarem entre si. Uma verdadeira brincadeira de telefone sem fio, para quem ainda se lembra dela. De ouvido a ouvido.

Para tanto, há quem defenda, na mais abalizada doutrina processualista, que as novas técnicas, inseridas com a lei 14.112/20, devam ser aplicadas aos procedimentos concursais, em um verdadeiro diálogo de fontes. O direito é uno e indivisível. Dar tratamento distinto a quem se encontra em uma situação fática semelhante seria afrontar o princípio da isonomia, de maneira frontal. Daí a César o que é de César. É Bíblico!

Começemos, então, a nossa análise de alguns dispositivos legais, os mais emblemáticos da Lei 11.101/05, que foram alterados pela Lei 14.122/05 e que guardam correlação com o Código de Processo Civil, ora chancelando o novo diploma normativo as suas disposições, ora “pegando carona” em alguns institutos, porém, disciplinando-os de maneira diversa. Nem tudo o que parece é!

O art. 189 caput da Lei 11.101/05, objeto de alteração pela lei 14.122/20 traz expressa previsão de aplicação do CPC aos processos de falências e de recuperação judicial, em reforço ao art. 318, parágrafo único do CPC. Aplicação subsidiária do CPC aos procedimentos de falência e de recuperação judicial.

Confira o leitor como os dois artigos dialogam entre si.

Lei de Falências:

Art. 189. Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

CPC

Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei.

Parágrafo único. O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução.

Aplicação subsidiária do CPC aos procedimentos de falência e de recuperação judicial, salvo naquilo que a lei especial discipline de forma diversa. A título de exemplo: a contagem dos prazos na lei de falências e recuperação judicial, já com as alterações operadas pela Lei 14.122/20 (art. 189, § 1º, I), deve ser contada em dias corridos. A *mens legis* baseou-se na celeridade processual, única e exclusivamente, a nosso sentir!

Confira o leitor à ausência do diálogo de fontes neste caso:

Art. 189. Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 1º Para os fins do disposto nesta Lei: (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

I - todos os prazos nela previstos ou que dela decorram serão contados em dias corridos; e (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

CPC

Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Já o Art. 189, § 1º, II do novo diploma legal pacifica a questão, muito debatida doutrinariamente, acerca da forma recursal, nos processos atinentes às falências e recuperação judicial. As decisões que decretam o pedido de falência são impugnáveis por agravo de instrumento. Contudo, as decisões que julgam o pedido improcedente são passíveis de apelação. O STJ já havia abraçado essa tese em decisões recentes, do ano de 2020, sobre o tema, estendendo, para tanto, o cabimento do agravo de instrumento à todas as decisões interlocutórias inseridas no bojo do processo de falência.

Confira o leitor o Recurso Especial 1717213, do Estado do Mato Grosso:

“RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DIREITO EMPRESARIAL E DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL E FALÊNCIA. RECORRIBILIDADE POR AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÕES PROFERIDAS EM PROCEDIMENTO COMUM QUE

OBSERVAM REGRA DO ART. 1.015, INCISOS, CPC/15, COM A FLEXIBILIZAÇÃO TRAZIDA PELA TESE DA TAXATIVIDADE MITIGADA. DECISÕES PROFERIDAS NAS FASES DE LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO DA SENTENÇA, NO PROCESSO EXECUTIVO E NA AÇÃO DE INVENTÁRIO QUE OBSERVAM A REGRA DO ART. 1.015, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC/15. CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA TODAS AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS QUE SE JUSTIFICA DIANTE DA PROVÁVEL INUTILIDADE DE REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DE APELAÇÃO, QUE, QUANDO CABÍVEL, APENAS OCORRERÁ QUANDO MEDIDAS INVASIVAS E GRAVES JÁ HOUVEREM SIDO ADOTADAS E EXAURIDAS. HIPÓTESES

DE CABIMENTO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PREVISTAS NA LEI 11.101/2005. CONCRETIZAÇÕES DO RISCO DE LESÃO GRAVE E DE DIFÍCIL REPARAÇÃO EXIGIDOS PELO CPC/73. RESSIGNIFICAÇÃO DO CABIMENTO À LUZ DO CPC/15. NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO RECUPERACIONAL. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO NEGOCIAL. NATUREZA JURÍDICA DO PROCESSO FALIMENTAR. LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO COLETIVA. APLICABILIDADE DA REGRA DO ART. 1.015, PARÁGRAFO

ÚNICO, CPC/15. CABIMENTO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO CONTRA TODAS AS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS PROFERIDAS NOS PROCESSOS RECUPERACIONAIS E FALIMENTARES. MODULAÇÃO. SEGURANÇA JURÍDICA E PROTEÇÃO DA CONFIANÇA. RECORRIBILIDADE DIFERIDA DE QUEM NÃO IMPUGNOU IMEDIATAMENTE AS INTERLOCUTÓRIAS FORA DA HIPÓTESES DE CABIMENTO PREVISTAS NA LEI 11.101/2005. POSSIBILIDADE. APLICABILIDADE DA TESE ÀS DECISÕES PROFERIDAS APÓS A PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO E A TODOS OS AGRAVOS DE INSTRUMENTOS INTERPOSTOS ANTERIORMENTE, MAS AINDA PENDENTES DE JULGAMENTO - Assim, nos termos do art. 1.036 e seguintes do CPC/15, fixa-se a seguinte tese jurídica: Cabe agravo de instrumento de todas as decisões interlocutórias proferidas no processo de recuperação

judicial e no processo de falência, por força do art. 1.015, parágrafo único do CPC/15. "(JURISPRUDENCIA STJ, 2020. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 01/02/2021).

No mesmo sentido da jurisprudência, caminhou o legislador.

Confira o leitor:

Art. 189. Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 1º Para os fins do disposto nesta Lei: (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

II - as decisões proferidas nos processos a que se refere esta Lei serão passíveis de agravo de instrumento, exceto nas hipóteses em que esta Lei previr de forma diversa. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) II - as decisões proferidas nos processos a que se refere esta Lei serão passíveis de agravo de instrumento, exceto nas hipóteses em que esta Lei previr de forma diversa. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020).

Falemos agora do instituto da cooperação nacional.

A lei 11.101/05, com os acréscimos derivados da Lei 14.122/20, importou o instituto da cooperação nacional e, assim, fez expressa menção a cooperação judiciária nacional, instituto esse que já contava com a previsão legal nos arts. 67 e seguintes do CPC.

A cooperação nacional, como o próprio nome já nos revela, é um instrumento de instrumento de cooperação recíproca, que se perfectibiliza entre órgãos do Poder Judiciário, abarcando todas as instâncias e graus de jurisdição, por meio dos aplicadores do direito.

Confira o leitor à previsão normativa do instituto no CPC:

Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

Em contrapartida, observe o leitor à réplica do instituto na lei 11.101/05, com os acréscimos derivados da Lei 14.122/20, em verdadeiro diálogo de fontes:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

§ 7º-A. O disposto nos incisos I, II e III do **caput** deste artigo não se aplica aos créditos referidos nos §§ 3º e 4º do art. 49 desta Lei, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial

para determinar a suspensão dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º deste artigo, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.

§ 7º-B. O disposto nos incisos I, II e III do **caput** deste artigo não se aplica às execuções fiscais, admitida, todavia, a competência do juízo da recuperação judicial para determinar a substituição dos atos de constrição que recaiam sobre bens de capital essenciais à manutenção da atividade empresarial até o encerramento da recuperação judicial, a qual será implementada mediante a cooperação jurisdicional, na forma do art. 69 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), observado o disposto no art. 805 do referido Código.

A cooperação nacional, aqui, foi inserida no contexto em que o juízo da recuperação judicial pudesse, efetivamente, conversar com o juízo da execução fiscal, a fim de substituir bens de raiz (bens imóveis), no sentido de melhor gerir bens, bens esses que são essenciais a continuidade da atividade empresarial, em claro respeito e deferência legislativa ao princípio da preservação da empresa.

Logo, os dois juízos estarão conectados e zelando pelo princípio maior da preservação da empresa.

Voltemos agora os nossos olhos ao estudo da tutela de urgência.

A lei 11.10/05 não fazia menção, em sua redação primitiva, a tutela provisória, no contexto da falência e da recuperação judicial.

Os operadores do direito, sobretudo, os advogados, na prática forense, ingressavam com o pedido de tutela cautelar valendo-se da analogia com o CPC, pois a lei, em sua redação original, era lacunosa.

E, agora, o legislador trouxe previsão legal da tutela provisória, abarcando a tutela provisória para a ação constitutiva.

Há que se destacar que nos tempos atuais, prevalece o entendimento no STJ no sentido de que é plenamente possível e viável a possibilidade de se antecipar a tutela tanto em ação declaratória, quanto em ação constitutiva, mas o adiantamento será tão somente dos efeitos práticos decorrentes da declaração ou

da constituição. Efeitos, por práticos, por si só, não se confundem com a constituição em si.

Vejamos uma decisão do STJ fazendo menção à antecipação de tutela para ações declaratórias, fazendo alusão às ações constitutivas, de forma lateral, decisão essa exarada pela Quarta Turma:

EMENTA: Processo Civil - Tutela antecipada - Ação declaratória - Medida de efeito prático imediato - Possibilidade - Posse velha - Admissibilidade - Caso concreto - Art. 273, CPC - Enunciado n. 7 da Súmula-STJ - Recurso desacolhido. "(JURISPRUDENCIA STJ, 2020. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 01/02/2021).

O Ministro Salvo de Figueiredo, em seu voto, cita o doutrinador e emérito processualista Marinoni, que faz alusão as ações constitutivas: "É preciso que fique claro, porém, que a questão da tutela antecipatória nas ações declaratória e constitutiva não exige que se indague, necessariamente, a respeito da possibilidade da antecipação da declaração ou da constituição, ou sobre a viabilidade da tutela antecipatória apresentar-se, nestas ações, em termos de declaração ou constituição sumária "(JURISPRUDENCIA STJ, 2020. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 01/02/2021).

Veio o legislador, em boa hora, em diálogo das fontes com a jurisprudência e positivou no ordenamento jurídico brasileiro uma tutela antecipatória em ação constitutiva. Ponto mais que positivo da minirreforma!

Tratemos agora do instituto da Justiça Multiportas.

Apresentou-se ao cenário jurídico a Lei 14.112/20, e trouxe, como carro chefe, as formas alternativas de soluções de conflitos. É a chamada Justiça Multiportas, vindo ao encontro do devedor, em processo recuperacional. Base Legal: art. 20 a A a 20 D, acrescidos à Lei 11.101/05 pela Lei 14.112/2020.

A Justiça Multiportas ou Sistema Multiportas, inspirado no sistema norte-americano, segundo a melhor doutrina, é decorrente de uma metáfora. Imagine o leitor o prédio físico do fórum. Dentre tijolos e concretos, várias portas e, cada porta representativa de um problema diferente. Para o Sr. Pablo das Couves que brigou com a sua vizinha de rua, a porta da mediação. Para o Sr. Lindomar Cenoura que atropelou com o seu veículo automobilístico a Sra. Rita Beterraba, a porta da conciliação. Para o Sr. Adroaldo Facão que ceifou a vida de Rita dos Anjos, a porta do Tribunal do Júri. Uma porta diferente para a diversidade de problemas.

O Sistema Multiportas não restringe as formas de solução de conflitos. Ao contrário. Muitas das vezes oferece meios alternativos e até mais condizentes com o caso concreto apresentado.

Tais institutos consagraram, por assim dizer, uma dupla ajuda, qual seja, um desenlaxamento das muitas demandas que estão a assoberbar o Poder Judiciário, com a possibilidade do deferimento de tutelas de urgências, com vistas a resolver a contenda, sem a participação do órgão judicante.

A título de exemplo, a Empresa Boa da Leitura (Editora e revendedora de livros didáticos e científicos) encontra-se a um passo de pedir recuperação judicial, já que preenche todos os requisitos legais para tanto. Encontra-se literalmente enforcada, em sérias dificuldades financeiras e, a fim de ganhar um fôlego para não falir, se dirigiu ao juízo, a fim de não fechar as portas e, em caso de não obtenção de êxito, em possível acordo da sessão de conciliação, obter as benesses do instituto recuperacional, de forma subsidiária.

A questão é: seria preciso chegar-se ao extremo da recuperação judicial?

Fato é que a Empresa Boa de Leitura almeja, em audiência de conciliação, propor um acordo irrecusável para a Sr. Ribamar Virtuoso, amante da literatura cinematográfica e, dentre outros, um dos seus principais credores. O acordo idealizado seria o seguinte: A Boa Leitura irá propor-se a entregar, ao cinéfilo Virtuoso, quinhentos exemplares, a respeito da trajetória dos filmes mais importantes exibidos nos últimos dez anos no mundo cinematográfico. E, em troca, Boa leitura efetuará o pagamento de apenas 30% (trinta por cento) do total da dívida com o seu credor.

Pois bem. Tal negociação ainda não fora entabulada em sessão de conciliação (fase antecedente a formalização do pedido recuperacional), mas, será, dentro em breve, já que o procedimento de conciliação já fora instaurado. Que fique claro ao leitor!

Contudo, Boa Leitura, que devia e muito ao cinéfilo, pelo simples fato de já preencher os requisitos legais para o ingresso do pedido recuperacional, antes mesmo da audiência de conciliação, embora com procedimento já instaurado (repisamos para a melhor memorização do leitor!), obteve o deferimento de uma tutela de urgência cautelar, e com isso, ganhou, a seu favor, a suspensão da execução individual, em face dele, pelo lapso temporal de 60 (sessenta dias), para que, durante esse intervalo buscasse o tal acordo irrecusável, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do seu tribunal competente e, com isso, livrar-se da força total e definitivamente, vindo a operar no mercado, novamente, sem a "corda no pescoço".

Essa possibilidade foi inovação trazida, em boa hora, pela Lei 14.112/20, que deu a seguinte redação ao Art. 20 da Lei 11.101/2005. Confira o leitor:

Art. 20-A. A conciliação e a mediação deverão ser incentivadas em qualquer grau de jurisdição, inclusive no âmbito de recursos em segundo grau de jurisdição e nos Tribunais Superiores, e não implicarão a suspensão dos prazos previstos nesta Lei, salvo se houver consenso entre as partes em sentido contrário ou determinação judicial.

IV - na hipótese de negociação de dívidas e respectivas formas de pagamento entre a empresa em dificuldade e seus credores, em caráter antecedente ao ajuizamento de pedido de recuperação judicial. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

1º Na hipótese prevista no inciso IV do **caput** deste artigo, será facultado às empresas em dificuldade que preencham os requisitos legais para requerer recuperação judicial obter tutela de urgência cautelar, nos termos do art. 305 e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a fim de que sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do tribunal competente ou da câmara especializada, observados, no que couber, os arts. 16 e 17 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020).

Em palavras didáticas, implicam em soluções consensuais de litígios, no âmbito da falência e da recuperação judicial, lastreadas em diálogo de fontes com art. 3º do CPC. Verdadeira sintonia da lei nova com o CPC.

Confira o leitor:

CPC:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O próximo tema de que iremos tratar refere-se aos negócios processuais.

O art. 190 do CPC, que cuida dos negócios processuais atípicos, inspirou o pacote anticrime e o legislador com o novo diploma normativo, que, assim, tratou do tema inserindo-o no parágrafo segundo do art. 189. Os negócios processuais atípicos agora estão no bojo das falências e das recuperações judiciais. Esses negócios, celebrados pelo devedor na falência e recuperação, devem ser expressos, refutando-se negócios processuais tácitos.

E, aqui, uma singela observação no que toca a manifestação de vontade de credores: o devedor se manifesta expressamente. Quando se tratar de credores, a manifestação de vontade deles tem que se dar pelo voto da maioria. Não há necessidade de unanimidade, mas tão só da maioria.

Confira o leitor o diálogo das fontes entre os dois artigos:

CPC

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Lei 14.112/20

Art. 189. Aplica-se, no que couber, aos procedimentos previstos nesta Lei, o disposto na Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), desde que não seja incompatível com os princípios desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020).

§ 2º Para os fins do disposto no art. 190 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), a manifestação de

vontade do devedor será expressa e a dos credores será obtida por maioria, na forma prevista no art. 42 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

Por fim, o último tema de correlação da Lei 14.112 com o CPC de que iremos nos debruçar cinge-se a desconsideração da personalidade jurídica.

O legislador inseriu expressamente no novo diploma a possibilidade da desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito da falência e da recuperação judicial.

A redação original da Lei 11.101/05 era omissa quanto o tema, o que levava os operadores do direito a utilizarem-se da analogia com o Código Civil, mas, aqui o leitor deverá manter a atenção redobrada, haja vista que a desconsideração da personalidade jurídica (em seara falimentar e recuperacional) não dialoga integralmente com o CPC, pois, aqui, apresenta a peculiaridade do incidente da desconsideração não ser causa de suspensão do processo como o é no CPC (art. 134, §3º do CPC). A *mens legis* é a celeridade processual. Trata-se, como vimos, de um diálogo de fontes mitigado.

2. Legitimidade Ativa

Outro ponto de extrema relevância, que merece ser por nós destacado, refere-se à questão da legitimidade ativa, que permanece parcialmente inalterada. Em uma leitura apressada fica a sensação de que nada mudou. Contudo é preciso ter calma e realizar, antes de mais nada, uma interpretação sistemática da lei.

O artigo 1º da Lei 11.101/05 continua inalterado, com o foco limitado ao empresário e à sociedade empresária, no que toca ao objeto da recuperação judicial, extrajudicial e falências.

A lei poderia ter dado um passo adiante e contemplado outros atores, na figura de todos os agentes econômicos. No entanto, manteve-se parcialmente estática. Em palavras simples: Congelada como as múmias, por assim dizer, abrindo uma pequena brecha, apenas para o produtor rural com mais de dois anos de atividade e independentemente do tempo de registro na Junta, posição essa já contemplada em seara jurisprudencial.

Confira o leitor à redação original do artigo 1º, da lei 11.101/05 - que não sofreu alterações.

Art. 1º Esta Lei disciplina a recuperação judicial, a recuperação extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária, doravante referidos simplesmente como devedor.

O legislador simplesmente tampou os ouvidos e não atendeu aos clamores da Universidade Cândido Mendes, do Rio de Janeiro. Fofoca da mídia ou realidade? Realidade purinha meus caros leitores!

O caso em apreço reporta-se a um fato público e notório, divulgado nos meios de imprensa.

O enredo foi o seguinte: A UCAM (Universidade Cândido Mendes - RJ) apresenta-se no cenário jurídico, portando a natureza jurídica de organização civil, sem fins lucrativos.

Formulou em juízo pedido de recuperação judicial, pedido esse aceito pelo juízo da Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, concedendo a recuperação judicial a uma sociedade de ensino, portanto, associação civil, sem natureza empresarial.

Aproveitando-se do calor das emoções a UCAM e vários seguimentos similares apresentaram propostas de recuperação judicial para sociedades não empresárias e prestadores de serviços em geral, propostas essas que não foram acatadas pelo legislador quando da confecção do novo diploma normativo.

Poderia ter avançado, mas não o fez de forma completa, apenas de forma tímida quanto ao rurícola!

Há que se ressaltar que o processo judicial envolvendo a UCAM ainda não chegou ao STF e aos Tribunais Superiores, embora possa servir de guia, como uma luz no fim de túnel, para o avanço da questão.

E, aqui, trago ao leitor um dado histórico bastante curioso, qual seja, o Código Civil Francês, de 1808, que adotou a teoria dos atos de comércio apresenta um grau bem mais avançado do que o Código Civil Atual, que adotou a teoria da empresa; tendo em vista que contempla, em seu vetusto diploma normativo, os profissionais liberais e os(advogados e médicos), como atores praticantes de atos de comércio, sujeitos a falência. É de rir para não chorar. Fato! O Código Civil Francês foi fruto de reforma no ano 2018, ouvindo os clamores dos advogados e dos médicos, enquanto o nosso legislador faz ouvidos de mercadores para os agentes econômicos!

A questão da extensão da recuperação judicial à pessoas que não se enquadram na categoria de empresárias, contudo, não é nova.

O Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2009, em caso emblemático envolvendo a Casa de Portugal concedeu recuperação judicial a uma pessoa jurídica que não se enquadrava nos requisitos de empresária, com lastro, tão só, na teoria do fato consumado. (Resp1004910RJ).

A UNIMED Norte e Nordeste, apesar de ostentar a natureza jurídica de cooperativa de crédito, foi outra personagem a “pegar carona” na extensão do pedido recuperacional, apesar de expressa vedação aos arts. 1º e 2º da LRF, pela decisão esposada pelo juízo monocrático encampada da Justiça da Paraíba. A questão, até o presente momento, ainda encontra-se pendente para julgamento no tribunal de justiça local. Explico.

Apesar da vedação legal a que as cooperativas participem do pedido de recuperação judicial, entendeu a justiça paraibana que a atividade preponderantemente exercida pela UNIMED era de organização e faturamento, em que os conhecimentos médicos intelectuais foram absorvidos pelo elemento de empresa, de modo que a UNIMED exerceria empresa (atividade empresarial), não enquadrando-se, portanto, na definição de sociedade cooperativa, interpretando, de tal modo, a figura dos agentes econômicos em sentido lato, e privilegiando-se, com tal desiderato o acesso à justiça.(RECUPERAÇÃO JUDICIAL – Processo: (129) 0812229-78.2020.8.15.2001- Justiça da Paraíba).

Contudo, o leitor deve ficar atento e ter cuidado redobrado. Exige-se do intérprete da lei não uma interpretação literal do artigo 1º, mas, sobretudo, uma interpretação sistemática do art. 1º com o art. 48, parágrafo segundo da lei, para fins de alargamento ao rol de legitimados ativos.

Ponto de acentuada relevância quanto a mudança da legitimidade ativa foi a inclusão da figura do ruralista de registro recente.

A inovação legislativa veio de encontro ao que já vinha decidindo a jurisprudência, quanto a legitimidade do produtor rural requerer recuperação judicial, quando registrado na Junta comercial, independentemente da comprovação do prazo de dois anos, após o registro. Desde que produtor rural, por dois anos, ainda que registrado em poucos meses do pedido de recuperação judicial, o lapso temporal retroagiria ao início do exercício da atividade rural e não da data da constituição do registro.

A atividade econômica não passou a ser exercida com o registro. Ela é anterior e esse dado fático é determinante para fins de aferição da qualidade de produtor rural. Isso porque o produtor rural está regular, mesmo em período anterior ao registro. O registro, facultativo para ele, apenas desloca o seu regime de Civil para Empresarial.

A jurisprudência do Superior tribunal de Justiça encampou essa tese que fora copiada pelo legislador, em feliz e sadia mudança. O registro só será necessário para a formulação do pedido e não para fins de qualificação do produtor rural.

Logo, é regular o registro daquele que não precisa se registrar, ante a base fática da facultatividade. Base legal: art. 48, §2º.

Confira o leitor à legislação:

Art. 48, § 2º: No caso de exercício de atividade rural por pessoa jurídica, admite-se a comprovação do prazo estabelecido no **caput** deste artigo por meio da Escrituração Contábil Fiscal (ECF), ou por meio de obrigação legal de registros contábeis que venha a substituir a ECF, entregue tempestivamente. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020).

Volte o leitor os seus olhos, neste momento, para o entendimento jurisprudencial:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E EMPRESARIAL. EMPRESÁRIO RURAL E RECUPERAÇÃO JUDICIAL. REGULARIDADE DO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL ANTERIOR AO REGISTRO DO EMPREENDEDOR (CÓDIGO CIVIL, ARTS. 966, 967, 968, 970 E 971). EFEITOS EX TUNC DA INSCRIÇÃO DO PRODUTOR RURAL. PEDIDO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL (LEI 11.101/2005, ART. 48). CÔMPUTO DO PERÍODO DE EXERCÍCIO DA ATIVIDADE RURAL ANTERIOR AO REGISTRO. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.1. O produtor rural, por não ser empresário sujeito a registro, está em situação regular, mesmo ao exercer atividade econômica agrícola antes de sua inscrição, por ser esta para ele facultativa.2. Conforme os arts. 966, 967, 968, 970 e 971 do Código Civil, com a inscrição, fica o produtor rural equiparado ao empresário comum, mas com direito a "tratamento favorecido, diferenciado e simplificado (...), quanto à inscrição e aos efeitos daí decorrentes".3. Assim, os efeitos decorrentes da inscrição são distintos para as duas espécies de empresário: o sujeito a registro e o não sujeito a registro. Para o empreendedor rural, o registro, por ser facultativo, apenas o transfere do regime do Código Civil para o regime empresarial, com o efeito constitutivo de "equipará-lo, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro", sendo tal efeito constitutivo apto a retroagir (ex tunc), pois a condição regular de empresário já existia antes mesmo do registro. Já para o empresário comum, o registro,

por ser obrigatório, somente pode operar efeitos prospectivos, ex nunc, pois apenas com o registro é que ingressa na regularidade e se constitui efetivamente, validamente, empresário.

4. Após obter o registro e passar ao regime empresarial, fazendo jus a tratamento diferenciado, simplificado e favorecido quanto à inscrição e aos efeitos desta decorrentes (CC, arts. 970 e 971), adquire o produtor rural a condição de procedibilidade para requerer recuperação judicial, com base no art. 48 da Lei 11.101/2005 (LRF), bastando que comprove, no momento do pedido, que explora regularmente a atividade rural há mais de 2 (dois) anos. Pode, portanto, para perfazer o tempo exigido por lei, computar aquele período anterior ao registro, pois tratava-se, mesmo então, de exercício regular da atividade empresarial.

5. Pelas mesmas razões, não se pode distinguir o regime jurídico aplicável às obrigações anteriores ou posteriores à inscrição do empresário rural que vem a pedir recuperação judicial, ficando também abrangidas na recuperação aquelas obrigações e dívidas anteriormente contraídas e ainda não adimplidas.

6. Recurso especial provido, com deferimento do processamento da recuperação judicial dos recorrentes. (REsp 1800032/MT, Rel. Ministro MARCO BUZZI, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 10/02/2020).

No que concernem as cooperativas há que se pontuar que as cooperativas não estão enquadradas como sociedades empresárias, despidas que são, por sua própria essência, da recuperação judicial e falência.

A lei 14.112/20 deu um passo adiante no sentido de abrir uma exceção para as cooperativas médicas. O art. 6º, parágrafo 13, na redação primitiva da lei, dispunha que não se sujeitava aos efeitos da recuperação judicial as cooperativas, salvo as cooperativas médicas. Contudo tal dispositivo foi vetado pelo presidente da República Jair Bolsonaro.

Acreditamos que a figura do agente econômico só possa ser aplicada futuramente as cooperativas médicas e aos demais agentes se houver mudança no regime jurídico a que se enquadrem. Não posso chamar o retângulo de quadrado e ficar por isso mesmo!

A título de exemplo: Se passarmos a aplicar a possibilidade indiscriminada da recuperação judicial para as associações, como ficaria a situação dos bens dos associados?

Se aplicarmos cegamente a recuperação judicial às sociedades de economia mistas e empresas públicas prestadoras de serviços públicos como ficaria a continuidade dos serviços que não podem parar a bem da sobrevivência da população?

Não encontramos resposta pronta para tais indagações, salvo se houver mudança no regime jurídico de tais personagens.

Reza o ditado popular: “perguntar não ofende!”

Fica a reflexão!

3. Mudança quanto às formas de alienação em recuperação judicial

Outro ponto digno de nota que pode ser apontado foi à mudança nas formas de alienação de ativos, no bojo da recuperação judicial.

O art. 142 da LRF sofreu mudanças com a Lei 14.112/20.

Visualize o leitor o seguinte caso concreto:

A Empresa Boa de Cano, tradicional em comercialização de geléias, dizem as más línguas, não anda “bem das pernas”. Corre a boca miúda que pediu recuperação judicial.

João Encalacrado, o seu principal fornecedor de embalagens, estava mesmo sem dormir, tamanho o medo de não receber pelo fornecimento prestado. Ele e muitos outros fornecedores, então credores.

Dr. Leopoldo Cara Dura, advogado da Boa de Cano peticionou ao juiz, para que a venda de geléias, produzidas em excesso, não se desse por leilão virtual (Lei 14.112/20), mas pelo próprio site da empresa Boa de Cano que, segundo alegava, era um site famoso e bastante acessado pelos consumidores/clientes. Com um bom desconto, venderia rápido, segundo ele!

Argumentou que caso a venda não fosse imediata, as geléias, que em média, duram quatro meses, pereceriam e, de nada, adiantaria aguardarem as modalidades elencadas no art. 142 da Lei de Falências, dada a sua inutilidade. O magistrado deferiu o pedido do Dr. Leopoldo. A conduta do magistrado ao negar aplicação ao disposto no art. 142 da LRF foi correta?

O Superior Tribunal de Justiça, no Informativo 667, entendeu que sim. Vejamos os argumentos teóricos e fáticos sob o caso em comento.

A questão que se coloca em xeque é saber se a venda excepcional, após o pedido de recuperação judicial, deverá, obrigatoriamente, seguir as modalidades de alienação - ditadas pela lei, em casos de quebra (falência).

A Realização do ativo tem por finalidade precípua transformar os bens componentes da empresa em dinheiro, correspondente ao valor que representam, quantia essa que será utilizada, precipuamente, ao pagamento dos credores. Em palavras simples: troco bens por dinheiro e pago quem devo.

Contudo, a realização do ativo não pode ser aleatória. Não se trata de samba do "crioulo" doido, por mais linda que seja, e, assim o é, a dança e a raça.

Obedece a parâmetros, ditados pela lei. Base Legal: art. 140 LRF, emprestando o juiz os ouvidos para o administrador judicial (Art. 142, LF), e, para tanto, atendida a modalidade de leilão virtual.

Logo, a realização do ativo, quando envolve alienação judicial de filiais ou unidades produtivas isoladas do devedor, em regra, devem respeito as modalidades do art. 142 da LRF. Posso vender, mas a lei disciplina as modalidades de venda. Trata-se da combinação do art. 60 com o art. 142 da LRF, quando da quebra (falência).

Mas, vale dizer: O canto da sereia (alienação condicionada) não se aplica, de forma automática, para as empresas em recuperação judicial. Não confunda alhos (falência) com bugalhos (recuperação judicial). Essas (empresas em recuperação judicial), em regra, feito e distribuído o pedido de recuperação, não podem vender as suas filiais ou mesmo as suas unidades produtivas, salvo se a alienação se mostrar útil, a critério do juiz. Assim nos ensina o art. 66 da LRF.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem aplicando o art. 142 da LRF com temperamentos, ao se deparar com o art. 66 da LRF. Isso porque quando reconhecida a utilidade e urgência na alienação de bens de ativos permanentes de empresas em recuperação judicial, demandam alienação imediata, sob pena de inutilidade da alienação. Repisando: A lei usa o termo utilidade.

Em palavras simples: Se um bem é deteriorável, como, a título de exemplo, as geléias, de nada adiantaria aguardarmos a modalidade de leilão para serem vendidas, pois, quando o forem, já nem existirão mais, restando frustrados os credores, e o próprio devedor, por via de conseqüência. A venda deixará de ser útil. João Encalacrado ficará apenas como o lixo das geléias mofadas e vai chorar na cama, que é lugar quente.

Logo, dispensando-se as formalidades da alienação, abstraindo-se da ordem de alienação, alcança-se um resultado mais efetivo. Trata-se da maximização dos

ativos. Quanto mais efetiva a alienação, maiores serão as chances de satisfação dos credores. Quanto melhor a venda, melhor para o devedor e para quem ele deve. Assim, todo mundo fica feliz e com dinheiro no bolso. É a não combinação do art. 66 da LRF com o art. 142 da LRF, mas a sua perfeita simbiose com o princípio da maximização dos ativos.

Em miúdos: Geléia para todos. “Barriga cheia, pé na areia!”

Para sermos fiéis a decisão do Superior Tribunal de Justiça, reproduzimos, ao leitor, trecho da decisão:

“O art. 66 da Lei nº 11.101/2005 afirma que é possível a alienação de bens integrantes do ativo permanente da empresa em recuperação judicial, desde que o juiz responsável pela condução do processo reconheça a existência de evidente utilidade na adoção de tal medida. O art. 66 da LFRE não exige qualquer formalidade específica para fins de se alcançar o valor dos bens a serem alienados, tampouco explicita de que modo deverá ser procedida a venda, deixando, portanto, a critério do juiz aceitar ou não o preço enunciado e a forma como será feita a alienação. Assim, para a alienação tratada no art. 66 não se exige o cumprimento das formalidades previstas no art. 142 da Lei nº 11.101/2005. STJ. 3ª Turma. REsp 1.819.057-RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 10/03/2020 (Info 667)”. INFORMATIVOS STJ, 2020. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30/06/2020).

A brilhante decisão, proferida no ano de 2020, foi anterior a modificação legislativa operada pela Lei 14.122/20 à lei 11.101/05. Contudo, a alteração das modalidades de alienação judicial não afeta, em nada, o entendimento substancial do julgado, que não se atrelou as modalidades de alienação judicial. Aqui, a ordem dos fatores não alterou o produto.

Passemos a discorrer sobre a ordem dos fatores, objeto de inovação legislativa.

Dispunha o art. 142 da LRF, em sua redação primitiva, que as modalidades de alienação judicial em pedido recuperacional subsumiam-se a: a) leilão, por lances orais; b) propostas fechadas e c) pregão.

Observe o leitor, agora, os contornos da nova redação:

Art. 142. A alienação de bens dar-se-á por uma das seguintes modalidades: (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020) I - leilão eletrônico, presencial ou híbrido; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020); II - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020); III - (revogado); (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020); IV - processo competitivo organizado promovido por agente especializado e de reputação ilibada, cujo procedimento deverá ser detalhado em relatório anexo ao plano de realização do ativo ou ao plano de recuperação judicial, conforme o caso; (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020); V - qualquer outra modalidade, desde que aprovada nos termos desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020).

Restaram, pois, banidas as propostas fechadas e o pregão, bem como ampliou-se o rol para nele se fazer inserir qualquer outra modalidade, desde que aprovada nos termos da lei.

Há que se destacar que diversamente da modalidade de leilão esculpida pelo Código de Processo Civil - restrita a bem imóveis, pela lei de falências e recuperação Judicial o leilão eletrônico poderá abarcar bens móveis e imóveis, indistintamente.

4. Retrocesso quanto aos créditos em recuperação judicial

Quanto aos créditos sujeitos ao pedido recuperacional a Lei 14.122/20 não efetuou qualquer alteração ao art. 49 da LRF, Lei 11.101/05, que prossegue com a sua redação original parcialmente inalterada, com a única exceção do ruralista. Perdeu a lei a oportunidade de disciplinar melhor o tema, em compasso ao que já vem decidindo a jurisprudência.

Confira o leitor à redação do art. 49 da LRF:

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

§ 1º Os credores do devedor em recuperação judicial conservam seus direitos e privilégios contra os coobrigados, fiadores e obrigados de regresso.

§ 2º As obrigações anteriores à recuperação judicial observarão as condições originalmente contratadas ou definidas em lei, inclusive no que diz respeito aos encargos, salvo se de modo diverso ficar estabelecido no plano de recuperação judicial.

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial.

§ 4º Não se sujeitará aos efeitos da recuperação judicial a importância a que se refere o inciso II do art. 86 desta Lei.

§ 5º Tratando-se de crédito garantido por penhor sobre títulos de crédito, direitos creditórios, aplicações financeiras ou valores mobiliários, poderão ser substituídas ou renovadas as garantias liquidadas ou vencidas durante a recuperação judicial e, enquanto não renovadas ou substituídas, o valor eventualmente recebido em pagamento das garantias permanecerá em conta vinculada durante o período de suspensão de que trata o § 4º do art. 6º desta Lei.

§ 6º Nas hipóteses de que tratam os §§ 2º e 3º do art. 48 desta Lei, somente estarão sujeitos à recuperação judicial os créditos que decorram exclusivamente da atividade rural e estejam discriminados nos documentos a que se referem os citados parágrafos, ainda que não vencidos. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 7º Não se sujeitarão aos efeitos da recuperação judicial os recursos controlados e abrangidos nos termos dos arts. 14 e 21 da Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 8º Estarão sujeitos à recuperação judicial os recursos de que trata o § 7º deste artigo que não tenham sido objeto de renegociação entre o devedor e a instituição financeira antes do pedido de recuperação judicial, na forma de ato do Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020) (Vigência)

§ 9º Não se enquadrará nos créditos referidos no **caput** deste artigo aquele relativo à dívida constituída nos 3 (três) últimos anos

anteriores ao pedido de recuperação judicial, que tenha sido contraída com a finalidade de aquisição de propriedades rurais, bem como as respectivas garantias. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020).

Visualize o leitor o seguinte caso hipotético por nós idealizado:

A empresa Boa de Venda foi parar na UTI. Para não morrer, houve acordo entre os credores, acordo esse que foi judicializado, deflagrando, outrossim, o fenômeno da recuperação judicial. Em palavras simples: a empresa, em maus lençóis, pediu ao juiz para não morrer.

O pedido de recuperação judicial fora protocolado pelo Dr. Creosvaldo Corcunda, idoso causídico da região. Corcunda, após a interposição do pedido de recuperação judicial submeteu-se a uma cirurgia de coluna e substabeleceu o caso ao Dr. Juracir Saúde. Após o trânsito em julgado da sentença - que deferiu o pedido de recuperação judicial da Empresa Boa de Venda, o Dr. Juracir alegou que os seus créditos de honorários advocatícios, por terem sido constituídos após o pedido de recuperação judicial, não se submeteriam aos efeitos dela, pois constituídos em fase distinta e posterior ao pedido de recuperação judicial, não guardando, pois, a natureza jurídica de créditos concursais. Ademais a sentença que delimitou o crédito sucumbencial do Dr. Juracir foi prolatada, pelo juiz, em momento posterior àquele do pedido recuperacional.

Levando-se em conta que o art. 49 da LRF disciplina que todos os créditos existentes na data do pedido submetem-se a recuperação judicial e o crédito do Sr. Juaracir foi constituído após o pedido recuperacional, o magistrado deferiu o pedido do Sr. Juracir. Andou bem o magistrado? A resposta afirmativa se impõe.

Dispõe o art. 49 da LRF que estão sujeito à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos. A lei reza todos os créditos. O artigo é atécnico e é excepcionalizado por ele mesmo. Logo, o mesmo artigo nos ensina que os créditos bancários e os créditos fazendários não estarão abarcadas pela recuperação judicial. E acrescentamos, os créditos constituídos fora do prazo, após o pedido recuperacional, como dita a jurisprudência.

O artigo 49 da LRF caminha lado a lado com o art. 5º da LRF - que versa sobre o juízo universal, excepcionalizado, igualmente, por ele mesmo; porém, ambos os artigos, idealizados, no intuito de facilitar a cobrança dos credores.

O julgado vai versar sobre um crédito específico, qual seja, o crédito de honorários advocatícios, formado após o pedido de recuperação judicial. A questão

que se coloca a saber é se tal crédito, constituído a *posteriori*, sujeita-se ao disposto no art. 49 da LRF. O Superior Tribunal de Justiça entendeu que não. Explico.

O crédito de honorários advocatícios sucumbenciais que sejam constituídos após o pedido de recuperação judicial (plano de soerguimento) não estarão submetidos ao plano de recuperação judicial, ressalvando-se o controle dos atos expropriatórios pelo juízo universal.

A questão acerca dos honorários sucumbenciais não é pacífica na própria casa (STJ). A terceira turma equiparava os créditos sucumbenciais aos créditos trabalhistas, jungidos a recuperação judicial. Posição diversa é encampada pelas quarta e terceiras turmas do STJ, no sentido que os créditos sucumbenciais, surgidos após o pleito de recuperação judicial, estão fora dos seus efeitos.

Analogicamente, a título de exemplo, o silicone é corpo estranho ao corpo humano e com ele não se confunde. Os créditos sucumbenciais são corpo estranho ao processo recuperacional e com ele não se confunde, até pela natureza jurídica que ostentam, qual seja, são créditos extraconcursais, já que formados depois da data do pedido, indo de encontro ao disposto no art. 49 da LRF- que aduz que os créditos devem existir e não estarem vencidos em fase anterior ao pedido recuperacional, para que se qualifiquem como créditos concursais. Não é o caso. Crédito posterior é qualificado como crédito extraconcursal.

O raciocínio do julgado é simplista: baseia-se em critério temporal para delimitar a natureza jurídica do crédito, se concursal ou extraconcursal. O concurso universal de credores é analisado, aqui, sob o prisma da isonomia material. Se o crédito não está atrelado à recuperação judicial seria anti-isonômico dar-lhe o mesmo tratamento. Daí a Cesar o que é de César! Se o crédito foi constituído em momento posterior Inês é morta!

Para sermos fiéis ao que fora decidido pela Corte Cidadã reproduzimos, ao leitor, trecho do julgado. Confira:

“Os créditos constituídos depois de ter o devedor ingressado com o pedido de recuperação judicial estão excluídos do plano e de seus efeitos (art. 49, caput, da Lei nº 11.101/2005). A sentença (ou o ato jurisdicional equivalente, na competência originária dos tribunais) é o ato processual por meio do qual nasce o direito à percepção dos honorários advocatícios sucumbenciais. Se a sentença que arbitrou os honorários sucumbenciais se deu posteriormente ao pedido de recuperação judicial, o crédito que dali emana, necessariamente, nascerá com natureza Informativo comentado Informativo 3 extraconcursal, já que, nos termos do art.

49, caput da Lei nº 11.101/05, sujeitam-se ao plano de soerguimento os créditos existentes na data do pedido de recuperação judicial, ainda que não vencidos, e não os posteriores. Por outro lado, se a sentença que arbitrou os honorários advocatícios for anterior ao pedido recuperacional, o crédito dali decorrente deverá ser tido como concursal, devendo ser habilitado e pago nos termos do plano de recuperação judicial. STJ. 2ª Seção. REsp 1.841.960-SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, Rel. Acđ. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 12/02/2020 (Info 669).”
INFORMATIVOS STJ, 2020. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30/06/2020).

5. Constatação Prévia

Outro ponto de suma importância diz respeito ao instituto da constatação prévia, termo esse cunhado por Daniel Castro Costa. Anteriormente a edição do novo diploma normativo tal fenômeno era conhecido como perícia prévia. A mudança terminológica foi saudável ante ao tecnicismo atrelado a palavra perícia. O fenômeno da constatação prévia foi previsto no art. 51 A da LRF. Significa que o magistrado poderá nomear uma pessoa de sua confiança que se dirija ao local do estabelecimento afim de verificar se a empresa está operando tudo nos conformes. O próprio nome do instituto já é autoexplicativo. Trata-se, em verdade, de uma constatação realizada por um terceiro, que não o próprio juiz, mas que irá funcionar como o seu longa manus. Isso para evitar a fraude de empresas que pleitrearem recuperação judicial e sequer estarem funcionando no local indicado como a sua sede. O instituto visa assegurar um julgamento uniforme e propiciar uma maior segurança jurídica aos magistrados quando da apreciação do pedido recuperacional.

Em palavras singelas: o profissional de confiança do juiz nada mais é do que o alcoviteiro. Se a empresa estiver boa das pernas, atuando no mercado de forma regular, segundo a constatação do alcoviteiro, que também terá a função de comprovar o principal estabelecimento do devedor, o juiz deferirá o pedido recuperacional, se competente, se preenchidos os demais requisitos para tal desiderato.

O instituto da constatação prévia também tem por finalidade delimitar a competência jurisdicional através da confirmação do local do principal estabelecimento do devedor. Em não sendo competente o juiz fará a remessa dos autos ao juiz que reputar competente. A constatação prévia firma a prevenção, já que

o principal estabelecimento é reflexo maior da competência absoluta no âmbito processual civil.

Assim já nos ensinou o Superior Tribunal de Justiça. Confira o leitor:

Processo CC 163.818-ES, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Segunda Seção, por unanimidade, julgado em 23/09/2020, DJe 29/09/2020. Ramo do Direito: DIREITO PROCESSUAL CIVIL, DIREITO FALIMENTAR. Tema Juízo falimentar e recuperação judicial. Competência absoluta. Principal estabelecimento do devedor. Momento da propositura da ação. Destaque. É absoluta a competência do local em que se encontra o principal estabelecimento para processar e julgar pedido de recuperação judicial, que deve ser aferido no momento de propositura da demanda, sendo irrelevantes para esse fim modificações posteriores de volume negocial.

Informações do Inteiro Teor: O Juízo competente para processar e julgar pedido de recuperação judicial é aquele situado no local do principal estabelecimento (art. 3º da Lei n. 11.101/2005), compreendido este como o local em que se encontra “o centro vital das principais atividades do devedor”. Embora utilizado o critério em razão do local, a regra legal estabelece critério de competência funcional, encerrando hipótese legal de competência absoluta, inderrogável e improrrogável, devendo ser aferido no momento da propositura da demanda – registro ou distribuição da petição inicial. A utilização do critério funcional tem por finalidade o incremento da eficiência da prestação jurisdicional, orientando-se pela natureza da lide, assegurando coerência ao sistema processual e material. Destaca-se que, no curso do processo de recuperação judicial, as modificações em relação ao principal estabelecimento, por dependerem exclusivamente de decisões de gestão de negócios, sujeitas ao crivo do devedor, não acarretam a alteração do juízo competente, uma vez que os negócios ocorridos no curso da demanda nem mesmo se sujeitam à recuperação judicial. Assim, conclusão diversa, no sentido de modificar a competência sempre que haja correspondente alteração do local de maior volume negocial, abriria espaço para manipulações do Juízo natural e possível embaraço do andamento da própria recuperação. Com efeito, o devedor, enquanto gestor do negócio, detém o direito potestativo de centralização da atividade em locais distintos no curso da demanda, mas não o poder de movimentar a competência

funcional já definida. Do contrário, o resultado seria o prolongamento da duração do processo e, provavelmente, a ampliação dos custos e do prejuízo dos credores, distorcendo a razão de ser do próprio instituto da recuperação judicial de empresas.” INFORMATIVOS STJ, 2020. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 30/06/2020).

Vale dizer que a constatação prévia não poderá ter como parâmetro a viabilidade econômica do devedor, mas tão só as suas condições de funcionamento e lisura na documentação, bem como averiguar a veracidade do local do principal estabelecimento do devedor para fins de delimitação de competência absoluta.

Confira o leitor a redação do dispositivo legal:

Art. 51-A. Após a distribuição do pedido de recuperação judicial, poderá o juiz, quando reputar necessário, nomear profissional de sua confiança, com capacidade técnica e idoneidade, para promover a constatação exclusivamente das reais condições de funcionamento da requerente e da regularidade e da completude da documentação apresentada com a petição inicial. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 7º Caso a constatação prévia demonstre que o principal estabelecimento do devedor não se situa na área de competência do juízo, o juiz deverá determinar a remessa dos autos, com urgência, ao juízo competente. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020).

6. Stay Period

Em tradução para o português denota o período de permanência. Dentro do contexto falimentar e recuperacional de empresas significa que o simples deferimento da recuperação judicial, por si só, terá o condão de suspender todas as ações e execuções promovidas em face do devedor, pelo lapso temporal de 180 (cento e oitenta dias), admitida uma única prorrogação com vistas a que o devedor tenha um tempo maior para se organizar e elaborar o seu plano negocial.

O instituto também passou a englobar a recuperação extrajudicial

Há que se destacar que o prazo era improrrogável, no que concerne a recuperação judicial, na redação primitiva da Lei 11.101/05. A nova lei veio apenas ratificar prorrogação que já era amplamente admitida pela jurisprudência.

Assim, acompanhe o leitor a decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça, em momento pretérito ao novo diploma legal:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. **PRORROGAÇÃO** DO PRAZO DE SUSPENSÃO DE AÇÕES E EXECUÇÕES JUDICIAIS (**STAY PERIOD**). ART. 6º, § 4º, DA LEI 11.101/2005. **PRORROGAÇÃO** LIMITADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM A 180 DIAS. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. ALEGAÇÃO DE FATO NOVO. SUBMISSÃO ÀS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o prazo de suspensão das ações e execuções na recuperação judicial, previsto no art. 6º, § 4º, da Lei 11.101/2005, pode ser prorrogado "caso as instâncias ordinárias considerem que tal **prorrogação** é necessária para não frustrar o plano de recuperação" (AgInt no REsp 1.717.939/DF, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, DJe de 06/09/2018).2. No caso, o Tribunal de origem, ao deferir a **prorrogação** do prazo legal de suspensão do **stay period**, entendeu, à luz das circunstâncias da causa, por limitá-la a 180 dias, ressalvando, no entanto, a possibilidade "de se postular nova **prorrogação** na origem, se preenchidos os requisitos para tal". 3. Rever as premissas fáticas que ensejaram tal entendimento exigiria a reapreciação do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada em sede de recurso especial, por força do óbice contido na Súmula 7/STJ. 4. A existência de eventual fato novo relevante a ensejar nova **prorrogação** do prazo legal deve ser submetida ao Juízo de origem, sob pena de supressão de instância.5. Agravo interno a que se nega provimento. **Processo:** AgInt no REsp 1809590 / SP - AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 2019/0106704-1- **Relator(a):** Ministro RAUL ARAÚJO (1143). INFORMATIVOS STJ, 2020. DISPONÍVEL EM WWW.STJ.JS.BR. Acesso em 02/03/2021.

Uma novidade da nova lei é a de que tal instituto refletirá diretamente no tocante a competência do juízo firmando-a para tanto, entendimento esse que já era largamente utilizado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e, agora, ratificado pelo legislador. Confira o leitor:

Processo REsp 1867694 / MT RECURSO ESPECIAL 2020/0067076-4 **Relator(a)** Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (1150) **Órgão Julgador** T3 - TERCEIRA TURMA **Data do Julgamento** 06/10/2020 **Data da Publicação/Fonte** DJe 15/10/2020 **Ementa**

RECURSO ESPECIAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. DISCUSSÃO ACERCA DA VALIDADE DE ATOS CONSTRITIVOS REALIZADOS EM EXECUÇÕES INDIVIDUAIS POR OCASIÃO DO SOBRESTAMENTO E REFORMA, PELO TRIBUNAL ESTADUAL, DA DECISÃO QUE HAVIA DEFERIDO O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PROVIMENTO JUDICIAL FINAL QUE RECONHECE O ACERTO DA DECISÃO QUE DEFERIU O PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL, COM O RESTABELECIMENTO DE TODOS OS SEUS EFEITOS LEGAIS, DESDE A SUA PROLAÇÃO. RECONHECIMENTO. CRÉDITOS REPRESENTADOS POR CÉDULAS DE PRODUTO RURAL GARANTIDAS POR PENHOR RURAL. SUBMISSÃO AO PROCESSO RECUPERACIONAL. JUÍZO ACERCA DA ESSENCIALIDADE DOS BENS ARRESTADOS. DESCABIMENTO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. Controverte-se no presente recurso especial sobre a validade e a subsistência dos atos executivos realizados no bojo de execuções individuais promovidas por credores contra os produtores rurais (ora recorrentes), consistentes no arresto, no depósito e a na remoção de produtos agrícolas, objeto de garantia pignoratícia, em interregno no qual a decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial dos executados havia sido reformada pelo Tribunal estadual. 2. Uma vez deferido o processamento da recuperação judicial, este passa a ser o marco inicial legal de suspensão de todas as execuções individuais que fluem contra o empresário recuperando, a atrair a **competência** do Juízo recuperacional para decidir sobre os bens daquele. Ainda que esta decisão seja objeto de impugnação recursal, o provimento judicial final que venha a reconhecer o acerto da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial do empresário tem o condão de manter incólumes todos os efeitos legais dela decorrentes, desde a sua prolação. 2.1 Entendimento contrário esvaziaria por completo a recuperação judicial do empresário que obteve em seu favor o deferimento do processamento desta - confirmado em provimento judicial final -, caso se convalidasse a constrição judicial e o levantamento do patrimônio do recuperando em favor de determinados credores exarados no âmbito de execuções individuais, durante a tramitação dos correlatos recursos por período absolutamente indefinido, em detrimento dos demais credores também submetidos ao processo recuperacional. 2.2 A suspensão de todas as execuções contra o empresário em recuperação judicial consiste em benefício legal absolutamente indispensável para que este, durante o **stay period**, possa regularizar

e reorganizar suas contas, com vistas à reestruturação e ao soerguimento econômico-financeiro, sem prejuízo da continuidade do desenvolvimento de sua atividade empresarial. 3. A validade dos atos executivos realizados no bojo das execuções individuais, no interregno em que a decisão de deferimento do processamento da recuperação judicial encontra-se sobrestada ou mesmo reformada (porém, sujeita a revisão por instância judicial superior), fica condicionada à confirmação, por provimento judicial final, de que o empresário, de fato, não fazia jus ao deferimento do processamento de sua recuperação judicial. O credor assume os riscos de prosseguir com a sua execução individual, ao ensejo do sobrestamento ou da reforma provisória da aludida decisão. Em se confirmando o acerto da decisão que deferiu o processamento da recuperação judicial, com o restabelecimento de todos os seus efeitos desde a sua prolação, os atos executivos realizados no âmbito das execuções individuais tornam-se absolutamente nulos. 4. Revela-se de todo descabido, para efeito de validade e subsistência dos atos executivos em comento, aferir a essencialidade dos bens arrestados, a pretexto de aplicação da parte final do § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005, como procedeu o Tribunal estadual. Os créditos em análise (representados por cédulas de produto rural garantidas por penhor rural) não se subsumem a nenhum daqueles descritos no § 3º do art. 49 da Lei n. 11.101/2005 (entre os quais, o de titularidade de credor titular da posição de proprietário fiduciário), reputados extraconcursais. Nos termos do art. 41, II, da LRF, os créditos com garantia real, como é o caso do penhor, submetem-se, indiscutivelmente, ao processo recuperacional. 5. Reconhecida a invalidade dos atos constritivos realizados no bojo das execuções individuais, os ora recorridos deverão de proceder à disponibilização dos bens arrestados aos recorrentes, sob a supervisão e sob os critérios a serem determinados pelo Juízo da recuperação judicial, a quem compete, também, deliberar sobre eventual pedido, por parte dos recuperandos, de alienação dos bens, objeto de garantia, para dar continuidade às suas atividades ou para dar consecução aos termos do Plano de recuperação judicial a ser submetido à Assembleia Geral Credores..6. Recurso especial provido. INFORMATIVOS STJ, 2020. Disponível em < www.stj.jus.br> Acesso em 02/02/2021.

Logo, para os casos que não envolvam o Fisco (já que os atos de constrição realizados pelo Fisco não serão objeto de suspensão, mas de substituição por um

outro bem), o juiz poderá determinar a suspensão dos atos de constrição, nos termos do art. 6º da LRF, com a nova redação acoplada pela Lei 14.112/2020.

Confira o leitor a redação do dispositivo legal, com as mencionadas alterações:

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica:

- suspensão do curso da prescrição das obrigações do devedor sujeitas ao regime desta Lei; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

II - suspensão das execuções ajuizadas contra o devedor, inclusive daquelas dos credores particulares do sócio solidário, relativas a créditos ou obrigações sujeitos à recuperação judicial ou à falência; (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência. (Incluído pela Lei nº 14.112, de 2020)

§ 4º Na recuperação judicial, as suspensões e a proibição de que tratam os incisos I, II e III do **caput** deste artigo perdurarão pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado do deferimento do processamento da recuperação, prorrogável por igual período, uma única vez, em caráter excepcional, desde que o devedor não haja concorrido com a superação do lapso temporal. (Redação dada pela Lei nº 14.112, de 2020).

A lei ainda trouxe a possibilidade de antecipação dos efeitos do stay period desde a propositura da demanda, no período entre o ajuizamento e o deferimento da recuperação judicial.

A possibilidade de antecipação dos efeitos do stay period nada mais significou que uma garantia aposta ao empresário ou a sociedade empresária de que o magistrado, analisando a necessidade e urgência venha ao seu encontro, livrando-o da força. Em outras palavras: o juiz ao se deparar com a necessidade e urgência concederá um tempo maior ao empresário e sociedade empresária para que melhor se organizem no sentido de providenciar, em tempo hábil, a documentação necessária ou garanta o regular funcionamento de sua atividade até o deferimento

do processamento, seguido de análise fulcrada em laudo judicial após a constatação prévia realizada por pessoa de sua confiança.

Conclusão

Se pudéssemos reduzir tudo o que dissemos até agora reduziríamos o artigo em uma única palavra: desburocratizar. Essa é a nossa palavra chave mais importante e que nos ajuda a entender a importação de alguns institutos do Código de Processo Civil para a Lei de Falências e Recuperação Judicial (Lei 11.101/05, com inovações acrescentadas pela Lei 14.112/20), em verdadeiro diálogo de fontes, total ou parcial, bem como a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil naquilo que for compatível com o novo diploma legal. Em muitos pontos não inovou, mas consolidou entendimento jurisprudencial oferecendo aos personagens do cenário empresarial uma maior segurança.

Ademais, os novos instrumentos, agora colocados à disposição do devedor (empresário, sociedade empresária e Eirelli), empreendidos com celeridade, estão aptos a ajudá-lo na elaboração de um plano de recuperação judicial que poderá salvá-lo do colapso, de forma que possa abrir as portas aos credores, convidá-los para um cafezinho e manter a credibilidade perante eles e junto ao mercado de consumo.

A nova lei já está em pleno vigor. Não tenhamos medo do novo. Já nos ensina o ditado popular: "A formiga sabe a folha que corta".

Isto posto, conclui-se que de nada adianta o legislador dar com uma mão novos instrumentos para que o devedor não venha a enforçar-se, se os operadores do direito, em sua lida diária, tirarem com a outra, suscitando dúvidas e não aplicando, de imediato, as normas insculpidas pela Minirreforma, sob pena da burocratização ganhar a cena principal do espetáculo, em que os atores (magistrados) apenas formalizarão uma jurisprudência defensiva. Não é isso o que nós desejamos! Apenas caminhemos. "Devagar se chega ao longe".

Referências Bibliográficas

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, volumes 1 e 2, Ed. Jus Podium, 2015, Salvador, 17ª e 10ª edições respectivamente.

DINAMARCO, Candido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil, v. 1.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol.1.13ª Ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

CAVALCANTE, Márcio André. Informativos do STF e STJ. Versão Resumida. Dizer o Direito, 2020. Disponível em <www.dizerodireito.com.br>. Acesso em 02/02/2021.

INFORMATIVOS STJ, 2020. Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 02/02/2021.

INFORMATIVOS STF, 2020. Disponível em <www.stf.jus.br>. Acesso em 25/06/2020.

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A QUESTÃO DO CONTROLE DEMOCRÁTICO DA TOMADA DE DECISÕES (*ACCOUNTABILITY*)

LUCAS TROMPIERI RODRIGUES:

Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP, Brasília/DF. Advogado. Professor Universitário.

RESUMO. A ideia da “judicialização da política” está atrelada ao tratamento judicial de matérias de viés político – ou seja, análise por juízes e cortes judiciais de contextos marcados por conflito que envolvam assuntos tradicionalmente reservados à arena política. Insere-se na problemática, portanto, o provimento judicial, com a exteriorização da posição de um órgão técnico que não é dotado de representação por sufrágio, sobre um campo decisório tradicionalmente político. Daí advém questionamentos, vez que em uma Democracia deve ser resguardada a soberania da vontade popular, as decisões seriam tomadas por majorias eleitas, por deliberação, de acordo com o sistema de representação popular vigente, possibilitando o *accountability*. Então, as crescentes decisões tomadas no curso de processos judiciais, sobre os mais diversos temas, podem gerar tensão entre a noção democrática e o Estado de Direito, já que parece existir uma primazia do Poder Judiciário, órgão, como já dito, sem representação popular. Mas e a razão do protagonismo, qual seria? E os reflexos democráticos, em especial quanto ao controle popular de políticas? São indagações a serem abordadas, a partir de pesquisas na literatura jurídica.

Palavras-chave: “Judicialização da política”. Representação popular. Democracia. *Accountability*.

ABSTRACT. *The idea of “judicialization of politics” is linked to the judicial treatment of matters of political bias - that is, analysis by judges and judicial courts of contexts marked by conflict involving matters traditionally reserved for the political arena. It is problematical, therefore, the judicial provision with the externalization of a position from a technical organ, which is not invested with representation by suffrage, on a regular field of politics. Questions arise because in a Democracy the popular will should be safeguarded, elected majorities should take decisions by deliberation, according to the system of popular representation, allowing accountability. Therefore, the increasing decisions taken in the course of judicial proceedings, on the most diverse topics, can generate tension between the democratic notion and the Rule of Law, since there seems to exist supremacy of the Judiciary, institution, as already said, without popular representation. But what is the reason for the protagonist, what would it be? What about the democratic reflexes, especially*

regarding popular control of politics? These are points to be addressed, from research in the legal literature.

Key-words: *“Judicialization of politics”. Popular representation. Democracy. Accountability.*

SUMÁRIO. 1. Considerações iniciais; 2. Premissa Democrática, “Judicialização da política” e *Accountability*; 3. Considerações finais; 4. Referências.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este ensaio busca enfrentar questão hodierna bastante debatida no meio acadêmico, principalmente no âmbito do Direito constitucional - “a judicialização da política”. Uma realidade existente em várias democracias dos diversos continentes do globo e que pode ser constatada em solo brasileiro. Em especial, com a redemocratização e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), por algumas razões que serão trazidas nas linhas seguintes.

As implicações democráticas do fenômeno são bastante relevantes, a partir de uma análise de papéis que devem ser desempenhados por órgãos dentro da estrutura de poder. É possível acabar por existir um “tensionamento” dentro da acepção “Estado Democrático de Direito”¹, mais precisamente entre o regime democrático e o Estado de Direito, traduzindo-se para este artigo, entre os campos político e jurídico.

O forte papel judicial existente em Estados de Direito torna a discussão relevante e instigante, pois a palavra final, considerando a tomada de decisões, conforme difundido no imaginário popular, deve estar em cortes judiciais, considerando a necessidade de garantia de prevalência do corpo normativo, mormente de textos constitucionais, o que pode representar um caminho para divergências e sobreposições com os poderes Executivo e Legislativo.

A tomada de decisões por um órgão sem representação popular parece ser o marco para compreensão do tema proposto. Em fortes democracias, espera-se que as decisões sejam tomadas por representantes eleitos pelo povo, que corresponderão à maioria (VALLINDER, 1994). Nada mais do que o reconhecimento

¹ “O Estado democrático de Direito concilia Estado democrático e Estado de Direito, mas não consiste apenas na reunião formal dos elementos desses dois tipos de Estado. Revela, em verdade, um conceito novo que incorpora os princípios daqueles dois conceitos, mas os supera na medida em que agrega um componente revolucionário de transformação do *status quo*.” SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 115.

da soberania popular, do poder que emana dos cidadãos que serão capazes de supervisionar seus representantes no debate público.

Apresentam-se, portanto, dois caminhos para solução das inevitáveis controvérsias que circundam ambientes democráticos, o caminho judicial e o caminho político - que se assentam em diferentes formas de debates, marcados por suas especificidades, estando ambos amparados pelo texto Magno em razão de suas importâncias. *"It is, nevertheless, quite clear that the two models embody two different principles, and two corresponding roles, both of which are in indispensable in a democracy"* (VALLINDER, 1994, n.p.).

É importante destacar, logo em princípio, que a própria questão conceitual do tema explanado é controversa, havendo diversas considerações em pesquisas sobre o assunto, seja no campo do Direito ou da Ciência Política.

De forma breve, é possível compreender o fenômeno da "judicialização da política" como um campo decisório maior do Poder Judiciário em questões de relevância política e social. Mais especificadamente, questões as quais, tradicionalmente, estariam delegadas ou resguardadas a esferas dotadas de representatividade popular, os Poderes Legislativo e Executivo (BARROSO, 2012).

Cabe apresentar o nascedouro do ideário teórico discutido, a expressão "judicialização da política" tem sua origem com o trabalho de Tobjörn Vallinder, posteriormente aperfeiçoado com a colaboração Neal Tate.

Com a obra de Tobjörn Vallinder, estabelece-se o núcleo central do fenômeno estudado, apresenta-o como uma expansão de provimentos de juízes, singularmente uma transferência do processo de tomada de decisões em matérias atreladas a atividades de políticos e administradores:

[...] the judicialization of politics should normally mean, either (1) the expansion of the providence of the courts or the judges at the expense of politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts, or at least. (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process" (VALLINDER, 1994, n.p.).

Antes de desenvolver o âmago da pesquisa, apresenta relevo diferenciar os conceitos de "politização do judiciário", "judicialização da política", "tribunalização da política" e "ativismo judicial". Tais fenômenos são confundidos

com frequência e, apesar de estarem algumas vezes bastante próximos, representam coisas distintas.

De modo inicial, na “politização do judiciário” é latente a existência de atitudes de membros do Poder Judiciário, ou seja, atuações voltadas para a interferência na área política. Seria, por exemplo, um magistrado tentar interferir em atribuições de responsabilidade do Executivo ou Legislativo. A politização acaba sendo algo pessoal de componentes do Poder Judiciário.

Maria Benedita Urbano, abordando o acolhimento da função política pela magistratura, enuncia equivarer à:

[...]assunção, por parte dos juizes, em particular dos juizes constitucionais, da função política, fundamentalmente a de legislar. De certa forma, eles vão substituir-se, ainda que pontualmente, ao legislador ordinário. Eles usam a justiça para fazer política (para interferir na governação) ou, se preferir, para criar novas posições de poder, que se auto-atribuem, no seio do sistema político. Em síntese, eles substituem a vontade dos órgãos que tradicionalmente exercem poder político pela sua própria vontade (URBANO, 2005. p. 601).

Lado outro, observa-se que a “judicialização da política” se atrela ao cotidiano dos tribunais, diferenciando-se do usual pelos resultados políticos das adjudicações, em um contexto onde existem políticos, componentes da estrutura de poder, que não conseguem fazer frente às demandas dos cidadãos. Políticos que não parecem ter a correta perspectiva constitucional e social, a responsabilidade política se esvai e o Judiciário se imiscui na arena política, ou seja, aqui a questão é de lugar de decisão.

Já a “tribunalização da política” estaria relacionada a adoção de métodos próprios da atividade judicial por outros poderes, isto é, a linguagem do Direito utilizada, de modo a tomar a política. A “tribunalização” é, então, atinente a mudanças nos componentes dos outros Poderes – Executivo e Legislativo. Segundo José Eisenberg, “a *judicialização* diz respeito a uma transformação das normas e das formas de atuação dos membros do Poder Judiciário, enquanto a *tribunalização* se refere a transformações no âmbito dos outros dois Poderes e seus membros” (EISENBERG, 2003, p. 47). Representa os meios jurídicos utilizados na arena política para atingir fins naturalmente políticos.

Por fim, abordando o ativismo judicial, expressão comumente associada à judicialização, Lênio Streck, em uma perspectiva crítica, focada em um processo de substituição do direito por um personalismo, traduz que:

[...] um juiz pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados); já a *judicialização* da política é um fenômeno que exsurge a partir da relação entre os Poderes do Estado (pensemos, aqui, no deslocamento do polo de tensão dos Poderes Executivo e Legislativo em direção da justiça constitucional) (STRECK, 2010, p. 105).

A “judicialização da política” estaria relacionada a um crescimento do Poder Judiciário, como se extrai da própria expressão, já popularizada. Seria o Direito se assenhorando de questões políticas. Trata-se de um fato existente em muitas democracias contemporâneas, representando um agigantamento do Judiciário que passa a decidir cada vez mais, mas, deve-se salientar, não necessariamente corresponde a um agir proeminente dos juízes, o que estaria próximo ao ativismo. O ativismo não é uma condição para a judicialização, mas o contrário parece ser verdadeiro, conforme será abordado na parte final deste ensaio.

O ambiente para o surgimento da judicialização será apresentado por pesquisadores como diversos, salientando-se a existência de ambientes democráticos, com mecanismos de controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso, além da ampliação de textos constitucionais, a contemplar proteções a inúmeros direitos de ordem fundamental, bem como arenas políticas decisórias falidas.

No Brasil, em especial, é possível observar as linhas iniciais do fenômeno com o período pós 1988, com a redemocratização e o advento de uma extensa Carta cidadã com profusão de prerrogativas, bem como diversos instrumentos de controle de constitucionalidade para a busca da própria efetividade da Lei Maior.

Luís Roberto Barroso dispõe, como já mencionado, que são múltiplas as causas da judicialização no país, algumas representam o processo global e outras são próprias, e passa a expor sinteticamente:

[...] a primeira grande causa da *judicialização* foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os

outros Poderes. [...] A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988. A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica,

que pode ser formulada sob a forma de ação judicial [...] A terceira e última causa da *judicialização*, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo. [...] A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF (BARROSO, 2012, p. 3).

Quanto à mesma conjuntura brasileira para início do processo de judicialização, Rogério Bastos Arrantes corrobora o entendimento acima revelado, apontando que:

[...] a democracia restabelecida nos anos 80, seguida de uma Constituição pródiga em direitos em 1988, com um número cada vez maior de grupos de interesses organizados demandando solução de conflitos coletivos, contrastando com um sistema político pouco majoritário, de coalizões e partidos frágeis para sustentar o governo, enquanto os de oposição utilizam o Judiciário para contê-lo (ARANTES, 2007, p. 107).

Não é admissível desconsiderar a importância do papel judicial de chancela ao texto constitucional, bem como seu ofício na defesa de direitos fundamentais e sua função contra majoritária²típica. Contudo, o fenômeno da

2 “[...]O papel contra majoritário identifica, como é de conhecimento geral, o poder de as cortes supremas invalidarem leis e atos normativos, emanados tanto do Legislativo quanto do Executivo. A

“judicialização da política” leva o Judiciário a outro patamar, além de seu campo decisório clássico.

Ora, em uma Democracia as maiorias têm os principais meios de manifestação e de se colocar no debate público, mas não é possível sufocar minorias, a igualdade de prerrogativas precisa ser tutelada. O que se enfatiza, diante disso, é o “agigantamento” judicial sobre a seara da política, a substituição daqueles debates que deveriam existir por representantes eleitos nos Parlamentos sobre os diversos aspectos da vida social. Luís Roberto Barroso fala em “judicialização da vida” para expressar a ideia claramente, o que torna evidente a grande dimensão do fenômeno.

Sabe-se, o Estado de Direito deve zelar pela Democracia que é o regime que se expõe como senhor das prerrogativas dos cidadãos. Na democracia é imprescindível ter o exercício da soberania popular direta ou indiretamente, as opções políticas dos cidadãos devem ser respeitadas e não substituídas por outras posições não amparadas por sufrágio.

Apresentadas essas premissas iniciais, é factível considerar que a questão existente a ser debatida é de espírito cívico e de liberdade política, estar submetido à própria vontade, em uma democracia representativa, como se verificará nas linhas seguintes.

O trabalho irá se estruturar, portanto, sobre uma análise da relação entre Direito e Política, seguida pela ascensão do Poder Judiciário, de modo a gerar as reflexões planejadas.

2. PREMISSA DEMOCRÁTICA, “JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA” E ACCOUNTABILITY

Viver em sociedade significa se submeter a um regramento, determinar sua conduta de acordo com aquilo previsto em um arcabouço jurídico.

possibilidade de juízes não eleitos sobreporem a sua interpretação da Constituição à de agentes públicos eleitos recebeu o apelido de “dificuldade contra majoritária” (Alexander Bickel, *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*, 1986, p. 16 e s. A primeira edição do livro é de 1962). Como assinalado, este é um dos temas mais estudados na teoria constitucional. A despeito da subsistência de visões divergentes, entende-se que este é um papel legítimo dos tribunais, notadamente quando atuam, em nome da Constituição, para protegerem os direitos fundamentais e as regras do jogo democrático, mesmo contra a vontade das maiorias”. BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf> >. Acesso em: 13 janeiro 2019.

Estabelece-se o Estado de Direito, com o primado da lei. O comportamento humano passa a ter limites indispensáveis.

Em um estado Democrático de Direito, vive-se sob o império da lei, que se estabelece por meio de representantes que são eleitos, de modo a salvaguardar a soberania popular. A soberania do povo se manifesta com direitos civis e políticos. Então do próprio processo legislativo de caráter democrático se extrai, por consequência, a legitimidade do Direito.

Daí, verifica-se a importância da análise do sentido de democracia e política. Não há como se falar em democracia sem a existência de um adequado equilíbrio entre os planos da Política e do Direito.

A democracia que conhecemos atualmente é a representativa. Todavia, compete indagar se a representação é exercida, de fato, pelos seus titulares (aqueles eleitos) de modo a caminhar para a existência de uma representação fidedigna? Atente-se aqui, mesmo com a existência de todos os questionamentos quanto a sistemas eleitorais de representação (adequados ou não para os estudos de Ciência Política). Por outra forma, haveria uma degeneração do papel clássico dos eleitos com o crescente descrédito do campo da política e a substituição do processo de tomada de decisões por componentes do Judiciário?

Problemas democráticos, em especial no que se refere a certa incapacidade do campo político de corresponder aos anseios populares, abrem o caminho para descrença generalizada e necessidade de revisão ou busca de alternativas à democracia representativa.

Gera-se na sociedade contemporânea questionamentos sobre corrupção, por exemplo, o que ajuda a minimizar a importância do campo político na visão dos cidadãos comuns, com um discurso que ataca a própria política, mas que se perde em uma análise mais aprofundada da problemática posta, pois muitas das necessárias soluções para os conflitos existentes em democracias sempre precisarão ser políticas.

O grande conjunto de direitos previstos no sistema jurídico brasileiro limitam o poder do Estado e seus governantes e ao mesmo tempo legitima a democracia representativa. Todavia, a estrutura de direitos e o texto Magno não são suficientes para a resolução de todos os conflitos existentes no corpo social e político. A atuação dos órgãos legitimados pelo voto no campo decisório se mostra imperiosa, mas, não obstante, é possível observar certa "inoperatividade" dos Poderes Executivo e Legislativo, e ainda, por ventura, práticas que desrespeitam a Constituição da República. Um caminho de crise, sem dúvida.

O que é importante frisar é que em ambientes democráticos a estabilidade é fundamental, com cumprimento de papéis pré-definidos. Nas Assembleias eleitas, por *exempli gratia*, o campo decisório é baseado no princípio majoritário, com a existência de um ambiente de deliberação popular. E a atuação de Cortes Judiciais?

Tobjörn Vallinder, analisando projetos sobre a organização dos métodos de trabalho em Cortes de justiça, afiança:

According to standard works on legal procedure, the organization and working methods of the courts regularly include: - special staff, including judges, normally with legal training; - the resolution of conflicts between different parties in a regular and authoritative way, according to; - preordained rules, thereby; - ascertaining the facts of the case and weighing the arguments of the conflicting parties, with; - prospective effects on similar cases in the future (VALLINDER, 1994, n.p.).

Logo cidadãos eleitos, amparados por uma estrutura partidária, teriam uma maior adequação para representar o pluralismo social. Aos eleitores restaria a *accountability*³, expressão utilizada aqui em sua dimensão política/eleitoral – controle de soberania popular, com a possibilidade de o eleitor acompanhar a atuação Parlamentar e “premiar” ou não o representante com a reeleição, um claro modo de avaliação daquele legitimado pelo voto e de controle do poder.

A *accountability* estaria a permitir uma correta ou melhor representação, com os interesses dos representados sendo considerados, a partir do momento em que se pode vislumbrar uma reação futura por meio de votos, nada mais do que uma punição pela urna.

A inversão de posições entre a política e o judiciário, isto é, a troca entre campos de decisão, pode representar usurpação. Por outro lado, o fortalecimento democrático está relacionado também a um crescimento do Direito,

3 “Representation is aimed to narrow the distance between rulers and ruled and to ensure a consistency of interest. Accountability is there, alongside other measures, to ensure that rulers do not stray from that path of consistency”. “A representação visa reduzir a distância entre governantes e governados e assegurar uma consistência de interesse. *Accountability* está presente, juntamente com outras medidas, para garantir que os governantes não se desviem desse caminho de consistência” (tradução nossa). Mark, Philp. ***Delimiting Democratic Accountability***. Disponível em: <https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>. Acesso em: 12 janeiro 2019.

cidadãos que buscam a efetividade de comandos normativos que os amparam. A problemática é controversa e não apresenta uma simples resolução. É factível vislumbrar que até mesmo políticos e partidos políticos se valem cada vez mais do Judiciário para resolução de questões, não é algo errado ou que represente necessariamente a judicialização da política. Contudo, muitas dessas questões deveriam ser reservadas ao campo político, o que leva a fomentar a perda de importância do Parlamento.

O campo social e político levado a juízo faz criar a sensação de que o meio judicial tudo pode resolver, apequenando o âmbito de deliberação política. Salientando-se que magistrados não são eleitos e seu processo decisório não está ao alcance dos cidadãos. De modo que o *accountability* seria inviável. Segundo Torbjörn Vallinder "*it is the task of the courts to shelter the fundamental rights of citizens, what we, following Isaiah Berlin, call 'negative' freedom. The legislature, on the other hand, has to take care of the rights and obligations of the (legislative) majority*" (VALLINDER, 1994, n.p.).

Antoine Garapon, explanando a amplitude da atuação judicial, confronta uma das bases do fenômeno da judicialização que ampara os argumentos acima desenvolvidos, isto é a "perda de espírito público", podendo se traduzir como a falência da política aos olhos dos cidadãos:

O sucesso da Justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o "déficit democrático" de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos (GARAPON, 1999, p. 48).

Essa "judicialização da política" se mostra muito clara, destarte, quando se atribui uma menor relevância ao Legislativo, como já dito, casa de representação popular, legitimada pelo sufrágio, porém, do mesmo modo, pode ser vista na tomada de decisões de questões da seara administrativa, "*that means more adjudication, less administration*" (VALLINDER, 1994, n.p.). Ou seja, a falência do Executivo e do Legislativo no cumprimento de seus papéis.

Poderia-se ver, na perspectiva aqui adotada, uma Democracia menor e a preponderância do Estado de Direito. Onde está a importância do Parlamento? E o papel dos administradores? O plano político acaba por decair.

A judicialização, marcada pela ofensividade do Judiciário, e a posição do Estado de Direito frente à Democracia podem minar o ideário cidadão, ignorando-se o relevo político inerente, perpetuando o descrédito da grande arena de discussões e decisões políticas que deveria resguardar a voz do povo – o Congresso Nacional. Para Lênio Streck, “cada vez mais se torna necessário discutir o papel do direito na democracia, suas possibilidades e sua força normativa. [...] não pode ser considerado válido um direito que não seja legitimado pelo selo indelével da democracia, inclusive os direitos humanos” (STRECK, 2016, p. 722).

Assim sendo, um órgão institucional assume protagonismo frente ao poder representativo, de claro viés político. Existem defensores e detratores do fenômeno da judicialização, com bons argumentos. Pela posição aqui adotada, seria talvez retirar o povo do campo da soberania. Na visão de alguns teóricos, o Estado de Direito ou garante a forma de ser da democracia ou conduz a um “governo de juízes”.

Torbjörn Vallinder, analisando os campos de decisões político e judicial, assim traduz seu raciocínio:

*Adjudication and political decision making may be looked upon as the two ends of a scale. At one end is what a French scholar several years ago called *Le gouvernement des juges* (Lambert, 1921), and an American scholar called *Government by Judiciary* (Berger, 1977). At the other end we might place, say, total majoritarianism. In this perspective the judicialization of politics we have seen in recent decades means a movement towards the first end of the scale* (VALLINDER, 1994, n.p.).

O autor ao apontar a existência de escalas de decisão política e judicial sintetiza a controvérsia democrática do fenômeno da judicialização, a indicar como posições extremas, a presença de um “governo de juízes”, supremacia do Judiciário, e, na outra ponta, o princípio majoritário que representaria a hegemonia do Parlamento.

A crescente amplitude do Direito se verifica em várias esferas da vida. Com a judicialização, o Poder Judiciário se apresenta claramente como um poder político, afeta a mencionada área decisivamente, mesmo não sendo o desejável em democracias organizadas para serem representativas. Coloca-se em questão, em vista disso, a própria separação de poderes, com o “agigantamento” judicial e a possível perda de equilíbrio que deveria guiar os Poderes da República.

Nas democracias que adotam um sistema judicial forte é comum o controle de constitucionalidade, seja concentrado ou difuso, estabelece-se uma

preponderância judicial inerente, tendo em vista a tomada última de decisões, baseadas na Constituição.

A questão é a forma como irá se desenvolver, aumenta-se a atuação do Judiciário em face dos outros poderes constituídos? Estar-se-á a tomar decisões fora da esfera adequada? Trata-se, nesses casos, da judicialização.

O Judiciário quando reconhece a inconstitucionalidade de uma determinada lei cumpre seu papel institucional de garantidor da harmonia do ordenamento legal e coerência da norma jurídica, não está em âmbito indevido. Relevante esclarecer, doutrinadores apontam como um dos fatores da judicialização a utilização por países democráticos do modelo institucional estadunidense (a reprodução da *judicial review of legislation*).

Todavia, a adoção do *judicial review*, com o aumento do controle judicial, possibilitando a salvaguarda do texto constitucional por magistrados, mesmo que de primeiro grau, conforme se observa nas linhas acima, não pode ser vista necessariamente como uma atuação indevida do Judiciário. Mas a linha entre o que é Jurídico e Político fica tênue contemporaneamente com as matérias que são levadas à apreciação de Cortes decisórias.

Discorrendo sobre o tema, Lênio Streck leciona:

[...] o STF ou outros Tribunais podem declarar a inconstitucionalidade de leis em alto índice e, ainda assim, necessariamente, essa atitude não ser ativista. Se as leis forem inconstitucionais, é bom para a democracia – ou, diria, condição de possibilidade dela – que sejam assim declaradas nulas (STRECK, 2016, n.p.).

Não se objetiva aqui perpetrar enganos, as decisões judiciais e as decisões políticas devem coexistir em democracias constitucionais. As Cortes Constitucionais, por exemplo, possuem um papel contra majoritário, na garantia de direitos de minorias, não se permitindo uma tirania da maioria. O campo político é o campo natural da maioria. Agora a judicialização representa o crescimento de um poder em detrimento de outro, de maneira simples decisões de caráter político encampadas por um tribunal contra majoritário, o que se expõe de modo incerto.

Critica-se a judicialização, mas ao mesmo tempo ela pode ser vista como resultado da falência da democracia representativa, com ressalvas do corpo social a atuação política. Daí que, na perspectiva aqui adotada, a judicialização encontra sua nascente, entre outros elementos, no terreno da política. Questões da

arena política são postas para análise e solução de juízes, pois estes parecem ser a única alternativa viável.

Quando se pensa em supremacia do texto constitucional, com os diversos direitos ali previstos e a importância para os cidadãos, a reflexão sobre o papel do Direito no âmbito político irá gerar visões antagônicas. Daí, opõe-se os substancialistas e os procedimentalistas quanto à leitura dos resultados do evento aqui discutido, defendendo-se os benefícios ou os malefícios do fenômeno estudado.

Os procedimentalistas irão atacar o processo de judicialização, refletindo sobre a liberdade dos cidadãos e a questão da cidadania ativa – isto é aqueles indivíduos que estão submersos nos assuntos dos grupos sociais em que vivem e se fazem ouvir. Seria, para os estudiosos críticos, desestimular o caráter cívico da escolha de caminhos que a vida deve seguir, o que se daria por meio do voto. Configuraria ferir a democracia, com uma intervenção inadmissível do Direito, justapondo-se.

Jürgen Habermas, ressaltando o autocontrole judicial que seria essencial na lógica da separação de poderes, assim manifesta:

[...] a lógica da divisão de poderes, fundamentada numa teoria da argumentação, sugere que se configure auto-reflexivamente a legislação, de modo idêntico ao da justiça e que se a revista com a competência do autocontrole de sua própria atividade. O legislador não dispõe da competência de examinar se os tribunais, ao aplicarem o direito, se servem exatamente dos argumentos normativos que encontraram eco na fundamentação presumivelmente racional de uma lei. De outro lado, o controle abstrato de normas é função indiscutível do legislador (HABERMAS, 2003, p. 301).

O que se pode extrair da visão sublinhada é o destaque à separação dos poderes, sua importância para a democracia, uma vez que o processo político é que irá legitimar o Direito. Não é uma defesa de uma separação estanque de poderes, mas o respeito ao seu núcleo essencial que motivou toda a criação da teoria. O papel das Cortes não poderia ser amplamente criador no campo decisório político, mas garantir a solução adequada das controvérsias existente, pelos órgãos institucionais corretos, isto é, a escolhas de questões políticas tomadas por real legitimados.

Já o substancialismo irá defender a naturalidade do fenômeno. Marcus Faro de Castro aponta o processo de *judicialização* como um desdobramento das democracias modernas:

a transformação da jurisdição constitucional em parte integrante do processo de formulação de políticas públicas deve ser vista como um desdobramento das democracias contemporâneas. A *judicialização* da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostra falho, insuficiente ou insatisfatório. Sob tais condições, ocorre uma certa aproximação entre Direito e Política e, em vários casos, torna-se mais difícil distinguir entre um “direito” e um “interesse público”, sendo possível se caracterizar o desenvolvimento de uma “política de direitos (CASTRO, 1996, n.p.).

O substancialismo destaca, portanto, a importância do Judiciário para resguardar direitos previstos nos textos constitucionais. Enfatiza o descumprimento dos papéis originários pelos Poderes Executivo e Legislativo o que tornaria indispensável a atuação do Judiciário para a preservação da primazia constitucional.

Porém, o que se tem é que o processo de discussão e formação de políticas pelo Parlamento permite a participação popular, mesmo que seja de modo representativo. Já a estrutura Judicial é diversa, sem representação, sem voto. Do mesmo modo, o provimento de cargo de magistrado por concurso público não se relaciona, de modo algum, na perspectiva adotada, com sistemas de representação.

Pode-se falar em caráter representativo para o Supremo Tribunal Federal, de forma específica, ante o processo de sabatina pelo qual seus membros devem passar perante o Senado Federal, órgão político. Ou, como defende Luís Roberto Barroso:

Cortes constitucionais em geral, e o Supremo Tribunal Federal em particular, desempenham, também, em diversas situações, um papel representativo. Isso ocorre quando atuam (i) para atender demandas sociais que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo Poder Legislativo, (ii) bem como para integrar (completar) a ordem jurídica em situações de omissão inconstitucional do legislador (BARROSO, 2018, p. 6).

No entanto, não corresponde ao ideário conceitual aqui utilizado. O destaque é que não é viável haver um controle do cidadão do campo de tomada de decisão judicial sobre matérias que deveriam se afeitas aos órgãos de representação.

A tomada de decisão na arena política permite a punição através do voto, após uma análise de todo o comportamento do político por um mandato ou

por uma legislatura, em outras palavras, o exercício de *accountability* pelo sufrágio, o que não existe no campo judicial. Como justificar a possibilidade de tamanha atuação em campo de políticas em face da soberania popular – soberania esta que os cidadãos deveriam ter resguardada por um processo de representação política?

A questão não é simples, argumentos razoáveis se desenvolvem em todos os sentidos, o cientista político estadunidense Martin Shapiro, por exemplo, irá defender a atuação judicial, justamente amparado na falha de poderes políticos:

São exatamente esses grupos marginais, grupos que acham impossível procurar acesso nos poderes “políticos”, que a Corte pode melhor servir [...]. Enquanto, efetivamente, são especialmente políticos os poderes da Corte, pelo que os grupos marginais podem aguardar por parte da Corte o apoio político que não estão em condições de encontrar em outro lugar, os procedimentos da Corte, pelo contrário, são Judiciários. Significa isso que tais procedimentos se baseiam no debate em contraditório (*adversary*) entre duas partes, vistas como indivíduos iguais; dessa forma, os grupos marginais podem esperar audiência muito mais favorável de parte da Corte do que de organismos que, não sem boa razão, olham além do indivíduo, considerando em primeiro lugar a força política que pode trazer à arena (SHAPIRO, 1993, n.p.).

O autor destaca com acuidade o caráter marginal atribuído a indivíduos que se mostram na realidade política sem voz, sendo ignorados por aqueles legitimados pelo sufrágio, bem como a possibilidade de o Judiciário corrigir essa anomalia.

Partindo para o fim do das indagações propostas, retomando a ideia inicial de diferenciação do fenômeno, é comum em diversas obras se falar que a judicialização não possui apenas relação com a ascensão judicial - com decisões sobre diversos aspectos de relações sociais -, bem como posições firmadas que, em tese, corresponderiam a outros poderes, Executivo e Legislativo, mas também com o ativismo judicial.

Todavia, conforme todo o exposto, tal fato ocorre em razão de confusão técnica que se estabelece, além da íntima relação existente entre ambos. Mas para solver a controvérsia, o ativismo se coloca em um ambiente de judicialização, mas a própria judicialização não representaria necessariamente o agir ativista.

Para sintetizar a ideia e concluir, apresenta-se posição de Lênio Streck que destaca judicialização e ativismo:

O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. Já a *judicialização* pode ser ruim ou pode não ser. Depende dos níveis e da intensidade em que ela é verificada. Na verdade, sempre existirá algum grau de *judicialização* (da política) em regimes democráticos que estejam guarnecidos por uma Constituição normativa. Por isso, é possível observá-la em diversos países do mundo. [...] a *judicialização* decorre de (in)competência – por motivo de inconstitucionalidades– de poderes ou instituições. A questão da *judicialização* (da política), portanto, está ligada ao funcionamento (in)adequado das instituições, dentro do esquadro institucional traçado pela Constituição. Quanto maior a possibilidade de se discutir, no âmbito judicial, a adequação ou não da ação governamental lato sensu em relação aos ditames constitucionais, maior será o grau de *judicialização* a ser observado (STRECK, 2016, n.p.).

Então, o ativismo é uma real ameaça dentro de um “processo de judicialização” da política, pois é capaz de amparar uma proliferação de decisões judiciais aptas a serem compreendidas como verdadeiros decisionismos⁴ – com pouca ou nenhuma importância para o caráter da coerência no campo dos provimentos judiciais, permitindo externar a discricionariedade dos julgadores - com

4 “[...] Acontece que muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de através deles, buscarem a justiça – ou que entendem por justiça -, passaram a negligenciar no seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. [...]” SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda**. In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel I (Org.) A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Coordenadores. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris. p. 144.

motivações falhas - e violar o texto constitucional democrático. Mas de nenhum modo se confunde com a judicialização.

É verossímil apontar que a existência de uma constituição analítica gera uma maior atuação judicial, com a possibilidade de vários cidadãos comuns se utilizarem da via judicial, observa-se até mesmo a possibilidade de provimentos judiciais para decidir sobre conflitos entre os demais poderes. Indaga-se, havendo concordância com as decisões sobre assuntos da arena política proferidas pelo Judiciário, o problema estaria resolvido?

A anuência, na perspectiva defendida, adiante-se, não pode ser elemento de legitimidade. As decisões podem afetar um número indeterminado de pessoas de forma positiva, todavia, sempre será possível haver um rechaço por grupos específicos. Esse é o momento da análise da possibilidade de reação do meio social.

Essa suposta "legitimidade" por anuência não resolveria o problema democrático. Ao concordar com a decisão, legitima-se, em caso de discordar, deslegitima-se. Impossível amparar tal ideia, por imprecisão.

Quando se fala em democracia representativa, apresenta-se o Parlamento com grande papel de debate e tomada de decisões. No Legislativo, haverá o protagonismo da maioria eleitora. Claro que, como já narrado, não se pode esquecer direitos de minoria que também participarão dos debates, possibilitando o amadurecimento de posições, havendo ainda a proteção do tribunal contra majoritário. Trata-se na visão defendida neste ensaio do melhor e mais adequado âmbito decisório, de modo a não se permitir a justaposição do Estado de Direito à democracia.

A discussão se mostra relevante, portanto, com o declínio da política e a ausência de instrumentos de controle popular em área de tomada de decisões em campo político, apossado pelo Poder Judiciário. A degeneração da estrutura de poder representa, conforme viés escolhido e empregado, um risco democrático, pois abre-se caminho para tiranias judiciais o que precisa ser discutido.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A "judicialização da política" é um fenômeno que gera muitos debates e permite a construção de perspectivas diferenciadas no que concerne ao próprio campo teórico. A definição é problemática. Contudo, pode-se apontar o fenômeno como um fato que, por si, não pode ter uma aceção direta negativa, mas representa uma "ofensiva" do Poder Judiciário, um crescimento de interferência em

áreas que eram reservadas a representantes eleitos, legitimados por voto. Discute-se, destarte, limites da atividade jurisdicional.

O problema é democrático, no sentido de não haver possibilidade de controle (*accountability*) por parte dos cidadãos de decisões que deveriam estar na seara da política, sujeitas a debate público, possibilitando o amadurecimento de posições. Trata-se de soberania da participação popular por meio de representantes eleitos.

Não foi pretendido realizar no ensaio uma discussão sobre ativismo, que seria, no sentido negativo da expressão, uma invasão de competência do Judiciário sobre os demais poderes no desempenho da atividade judicante. Objetivou-se trazer o fenômeno da judicialização que por vezes é tratado como sinônimo, mas não se confunde com ativismo, correspondendo a um fato existente em muitos países, que comporta determinados riscos democráticos. Sem enganos, não se está a defender uma visão primitiva da separação de poderes, a reeleitura é fundamental. Todavia, ainda há limites essenciais que precisam ser observados.

Sabe-se que a atuação do Poderes Executivo e Legislativo podem ser bastante questionadas, representando muitas vezes violações ao texto constitucional. Então, uma falha de poderes democráticos geraria judicialização como reação e meio de compensar, em outras palavras um Judiciário como instrumento de redenção, mas essa forma de correção padece de legitimidade representativa e pode representar uma mácula ao Estado Democrático, caso abusos sejam cometidos.

Desse modo, é necessário ter certos cuidados com a naturalidade com a qual o fenômeno é visto e defendido por muitos, quando se pensa na qualidade da Justiça prestada e na preservação do que é extremamente importante aos cidadãos, a liberdade política.

4. REFERÊNCIAS

ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário: entre a Justiça e a Política**. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octavio (Org.). Sistema político brasileiro: uma introdução. Rio de Janeiro: F. Konrad Adenauer; São Paulo: Editora UNESP, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Ilumista: Os Papéis das Cortes Constitucionais nas Democracias Contemporâneas**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf> >. Acesso em: 13 janeiro 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <

https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf >. Acesso em: 12 janeiro 2019.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** Disponível em: <

<https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/20-encontro-anual-da-anpocs/gt-19/gt03-5/5342-mfaro-o-supremo/file> >. Acesso em: 12 janeiro 2019.

EISENBERG, José. **Pragmatismo, direito reflexivo e judicialização da política.** In: VIANNA, Luiz Werneck (org.). *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro, 2003.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade.** 2.e. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1.

Mark, Philp. ***Delimiting Democratic Accountability.*** Disponível em: <
https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf >. Acesso em: 12 janeiro 2019.

SARMENTO, Daniel. **Ubiquidade Constitucional: Os Dois Lados da Moeda.** In NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel I (Org.) *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. Coordenadores. Rio de Janeiro. 2007. Lúmen Júris.

SHAPIRO, Martin. *Apud* CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. Direito. In: BARRETTO, Vicente de Paulo; CULLETON, Alfredo (Coords.). **Dicionário de filosofia política.** São Leopoldo: Editora Unisinos, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Entre o Ativismo e a Judicialização da Política: A Difícil Concretização do Direito Fundamental a uma Decisão Judicial Constitucionalmente Adequada.** Disponível em: <

<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/12206/pdf> >. Acesso em: 14 janeiro 2019.

URBANO, Maria Benedita. **Representação política e parlamento: contributo para uma teoria político constitucional dos principais mecanismos de protecção do mandato parlamentar.** Coimbra: Almedina, 2005.

VALLINDER, Torbjörn. *International Political Science Review / Revue internationale de science politique*. Vol. 15, No. 2, *The Judicialization of Politics. La judicialisation de la politique* (Apr., 1994). p. 91. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1601557?read-now=1&seq=8#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 12 janeiro 2019.

O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO FACE A NOVA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA BRASILEIRA LEI Nº 13.467/2017

LAÉRCIO RAFAEL SCHNEIDER:
bacharel em Direito pelo Centro
Universitário UNISEP

VALDINEI WILLIAN WOTRICH.

(orientador)

RESUMO: A presente pesquisa tem por finalidade estudar o princípio da proteção, que é fruto de façanhas paulatinamente conquistadas pelos trabalhadores, com o fulcro de trazer igualdade material entre o empregado e o seu empregador na relação laboral, diante dos abusos ocorridos dessas relações de trabalho no decorrer da história da humanidade, razão esta, que justifica de sobremaneira a importância do estudo proposto pelo presente trabalho de conclusão de curso, que tem por objetivo, o de analisar as mudanças propostas pela nova legislação trabalhista brasileira, imposta pela lei 13.467 de 2017, ao emprego do princípio da proteção nas relações de trabalho, levando-se em conta o que dissertam sobre o assunto, os doutrinadores mais clássicos do Direito do Trabalho na atualidade. Inicialmente, a presente obra, tem por fala, um breve explanar sobre a evolução das conquistas de seus direitos pelos trabalhadores, demonstrando a latente desigualdade existente, inclusive nos tempos atuais, entre empregado e empregador nas relações de labor. Seguidamente, passa a expor também, sobre o princípio da proteção e seus subprincípios, quais sejam, o in dubio pro operário; a norma mais favorável; a condição mais benéfica, e ainda conjuntamente, os demais princípios basilares do Direito do Trabalho previstos na Consolidação das Leis Trabalhista e inclusive, na Constituição Federal Brasileira de 1988, assim como, a relação do princípio da proteção com o direito coletivo de trabalho, bem como, apresentar as mudanças trazidas pela reforma trabalhista, que impactaram no conceito e aplicação do princípio da proteção, com prevalência atualmente, do negociado sobre o legislado. Concluindo, em análise última, pretende-se ainda, explorar outras possíveis violações ao princípio da proteção do Direito do Trabalho ocorridas com a promulgação da reforma trabalhista, e por fim como restou a eficácia temporal da lei 13467/2017.

Palavras-chave: Direito do trabalho; princípio da proteção; consolidação das leis trabalhistas; constituição federal; reforma trabalhista.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. PRINCÍPIOS NO DIREITO DO TRABALHO. 1.1 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. 1.2 DE MAIS PRINCÍPIOS BASILARES. 1.3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O DIREITO COLETIVO. 2. A NOVA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA. 2.1 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO. 2.2 RELATIVIZAÇÃO DA NORMA COGENTE. 2.3 SUBPRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL. 3. A NOVA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E A CF/88. 3.1 EFICÁCIA TEMPORAL DA LEI Nº 13.467/2017. 3.2 LIMITAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO. 3.3 DESINTELIGÊNCIA ENTRE AS NORMAS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, tem como objetivo abordar acima do princípio da proteção e de seus subprincípios após a publicação da nova legislação trabalhista brasileira imposta pela lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017, discorrendo sobre as mudanças ocorridas, bem como, um possível conflito de princípios na aplicação da reforma trabalhista.

Destarte, no contexto histórico antropológico da humanidade, a relação de trabalho quando se tornou mais sofisticada, trouxe a necessidade de fixação de garantias e direitos aos trabalhadores perante aos abusos sofridos até mesmo antes da Revolução Industrial.

Os direitos e garantias foram alcançados de forma gradativa no Mundo, e por consequência também no Brasil onde em 1943 entrou em vigência a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), mais precisamente em seu artigo 7º, trouxe a solidificação dos direitos e garantias aos trabalhadores urbanos e rurais.

Os direitos e garantias conquistados e positivados, tanto na CLT quanto na CF/88, tem como base de sustentação o princípio da proteção, tendo em vista que, historicamente o trabalhador foi tratado como objeto, quando escravizado e sem direitos para defende-lo diante dos abusos sofridos, surgindo, desta feita, a necessidade de um instituto forte para conter os descabros praticados e garantir proteção e condições sociais dignas aos trabalhadores.

A relação laboral tem por característica básica, a subordinação do empregado perante seu empregador. Para evitar possíveis abusos que por ventura possam ocorrer desta relação de subalternidade, o princípio da proteção traz paridade de armas entre empregados e empregadores, e desta forma, se mostra um importante instituto na busca de igualdade entre as partes nas relações contratuais e processuais do trabalho.

O mote do presente trabalho será apresentar o princípio da proteção, sua importância perante a relação de labor, antes e após a reforma trabalhista, bem como, explicar a respeito de seus subprincípios, quais sejam: o in dubio pro operário, a norma mais favorável e a condição mais benéfica.

Achar-se-á também, expor a respeito dos demais princípios basilares do direito do trabalho como por exemplo, o princípio da indisponibilidade, que diz que os direitos trabalhistas são irrenunciáveis por se tratarem de norma cogente impedindo, por certa feita, as negociações abusivas entre empregados e empregadores, pois este princípio trabalhista colide de imediato com o princípio civilista da autonomia da vontade.

O princípio da autonomia da vontade, por sua vez, garante liberdade as partes em negociarem livremente os termos de um contrato quando entenderem necessário, independente de participação sindical e das negociações coletivas entre as classes econômicas e operárias na participação e manutenção ou ampliação de direitos garantidos na Consolidação das Leis Trabalhistas e confirmados pela Constituição Federal de 1988, como se faz necessário no direito do trabalho.

Em seguida, abordará sobre a lei nº 13.467/2017, também denominada como reforma trabalhista, sobre os impactos trazidos em seu texto reformulado e suas consequências, sobretudo, em relação ao princípio da proteção e seus subprincípios, no sentido de como esta lei modificou e até mesmo subtraiu direitos já conquistados pelos trabalhadores.

Nesse sentido, seguirá em análise de artigos específicos da CLT reformada, em particular os artigos 444, parágrafo único, 611-A e 620 da CLT, todos com profundas mudanças e impactos na rotina dos empregados e empregadores, além disso, dentre outros artigos que também serão tratados no decorrer do desenvolvimento deste trabalho, abordando igualmente, as limitações impostas ao poder judiciário ao analisar matérias trabalhistas e o enfraquecimento das convenções coletivas.

Finalmente, se pretende albergar a repercussão da eficácia temporal da nova legislação trabalhista aos contratos de trabalho que estão em curso e se estes observaram os limites da sua aplicação, bem como, em caso de alteração contratual que se mostre lesiva ao trabalhador como restará a aplicação do subprincípio da norma mais favorável.

1. PRINCÍPIOS NO DIREITO DO TRABALHO

No panorama histórico, a relação laboral é tão antiga quanto o ser humano e tinha o prólogo de satisfazer as necessidades básicas de sobrevivência, como a de

fiar alimento e também buscar a defesa pessoal. Com a necessidade da convivência em grupos, despertou-se a luta pelo poder e domínio, e assim, teve início a organização social de forma hierárquica, surgindo desse modo, o trabalho escravo.

Em virtude da coisificação do trabalhador, a pessoa não era mais vista como ser humano, mas sim como propriedade. Portanto, o uso de mão de obra escrava baseava-se na hierarquia e submissão do escravo perante o seu senhor, que era proprietário e explorava seu trabalho sem remuneração ou definição de jornada de trabalho.

Nesse contexto expõe Barros (2016, p. 46):

A difusão do trabalho escravo na Antiguidade, sobretudo entre os gregos e romanos, associada à concepção do trabalho como mercadoria são fatores responsáveis pela inclusão dessa relação laboral no contexto da propriedade. O escravo assemelhava-se a uma coisa que pertencia ao amo ou senhor, a partir do momento em que entrava no seu domínio, portanto, não poderia prestar o consentimento contratual e, conseqüentemente, contrair obrigações. O escravo era destituído do direito à vida e ao tratamento digno, embora estivesse o amo sujeito a sanções penais se o matasse sem causa.

Além disso no Feudalismo, sistema que contribui muito economicamente na história da humanidade, os servos por assim dizer ou escravos, pois a condição era análoga, também não eram livres, mas dispunham de proteção política e militar em troca de sua mão de obra uma vez que os senhores feudais eram descendentes de famílias nobres e, por esta condição, herdavam o direito de propriedade dos servos (BARROS, 2016).

Ademais, a relação laboral historicamente foi de abuso aos trabalhadores, e esse ultraje ocorrido antes e durante a revolução industrial trouxe a necessidade de garantias e direitos trabalhistas, onde estes, tornaram-se indispensáveis diante das circunstâncias encontradas a época.

Em síntese, a relação laboral teve início com a chamada locação de serviço, onde se alugava a força de trabalho e diante da necessidade de garantias e direitos aos trabalhadores em face dos abusos ocorridos, durante a Revolução Industrial surge o Direito do Trabalho (BARROS, 2016)

A Revolução Industrial, dado o contexto social da época, foi um momento em que a ambição humana em produzir desenfreadamente e em maior escala, levou

a exploração desmedida dos trabalhadores, que enfrentavam jornadas de trabalho abusivas, uma baixa remuneração e, além disso, havia a exploração profunda de crianças e mulheres nas fabricas, e assim, diante desta situação, e por estas razões notou-se a necessidade de proteger o proletariado (BARROS, 2016)

Diante do exposto, segundo Delgado (2017, p. 88):

Porém o Direito do Trabalho não apenas serviu ao sistema econômico deflagrado com a Revolução Industrial, no século XVIII, na Inglaterra; na verdade, ele fixou controles para esse sistema, conferindo-lhe certa medida de civilidade, inclusive buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho pela economia.

Desta forma, os direitos e garantias aos trabalhadores foram progressivamente conquistados em escala global. No Brasil, os direitos e garantias dos trabalhadores materializaram-se com a promulgação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que surgiu por força do Decreto Lei nº 5.452, de 1º de Maio de 1943 sancionada pelo então presidente Getúlio Vargas.

A Consolidação das Leis do Trabalho é um compilado em volume único, onde se concentrou toda a legislação trabalhista existente no País na época. A Consolidação das Leis Trabalhistas, regulamenta as relações de trabalho, sejam elas individuais ou coletivas, tendo por alicerce a proteção dos trabalhadores.

Desde a sua publicação, a Consolidação das Leis Trabalhistas sofreu várias reformas, sempre com a finalidade de atualizar seu texto em virtude das mudanças sociais ocorridas ao longo dos anos dentro das relações de emprego, e sempre visando garantir proteção dos trabalhadores.

No Brasil, por ser um Estado escravocrata, o direito do trabalho é fruto do direito civil, não sendo autônomo na sua concepção, já que a relação laboral surge de um contrato de aluguel da força de trabalho, e dessa forma, seguia a vontade das partes por força do princípio da pacta sunt servanda do direito civilista, ou seja, esse conceito de autonomia do direito do trabalho foi adotado mais tardiamente no Brasil.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º prevê um rol mínimo de direitos trabalhistas com o intuito de proteger o trabalhador, como por exemplo: a proteção do emprego, do salário, da jornada de trabalho, férias remuneradas, redução dos riscos inerentes ao trabalho, garantias à gestantes e licença paternidade, proibição de distinção e discriminação no ambiente de trabalho, bem como a proibição da dispensa arbitrária, o seguro desemprego, entre outros.

Os direitos trabalhistas elencados na Constituição Federal, são a base do que deve ser garantido aos empregados, e sobretudo, nunca devem sofrer modificações para agravar as condições estabelecidas em contrato de trabalho, mas somente para melhora-las em favor dos trabalhadores.

Em suma, as leis trabalhistas estão fundamentadas no princípio da proteção, justamente por considerar que ao longo da história o labor foi apoiado no trabalho escravo, na exploração infantil e na falta de garantias mínimas, como a jornada de trabalho e salário justo, buscando dessa forma, evitar que atualmente os trabalhadores sofram com as mesmas condições abusivas e injustas enfrentadas pelos nossos antepassados.

O direito laborista está albergado em princípios, do mesmo modo que todo o ordenamento jurídico se projeta. Desse modo, o princípio mais importante do direito do trabalho é o princípio da proteção que visa proteger o empregado na relação laboral, visto que, diante da superioridade econômica e jurídica do empregador, o empregado necessita de proteção.

Desta feita, deve sempre o trabalhador ser considerado como parte hipossuficiente nesta pauta, e observando também, que nesta relação a empresa é quem impõe suas regras ao empregado e este deve cumpri-las para garantir sua condição dentro da mesma.

1.1 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Os princípios são normas jurídicas não específicas, precisando assim de serem interpretadas diante do caso concreto, assim sendo, os princípios são a base para a criação e aplicação das leis no direito, e conforme aponta Leite (2018, p. 82) “os princípios organizam de forma coerente o ordenamento jurídico”.

Para Bastos (2000, p. 57):

Os princípios constituem ideias gerais e abstratas, que expressam em maior ou menor escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance.

Eventualmente, se cada área do direito tem sua dogmática clara e positivada em leis, o surgimento destas, decorre de algo que encetou sua construção, em observância as necessidades sociais existentes e latentes no contexto histórico e

social contemporâneo a sua criação, e de forma alguma se deve dissociar as leis dos princípios de que elas decorreram.

Ainda conceituando os princípios, discorre Nascimento (2011, p. 451):

Os princípios, segundo a concepção jusnaturalista, são metajurídicos, situam-se acima do direito positivo, sobre o qual exercem uma função corretiva e prioritária, de modo que prevalecem sobre as leis que os contrariam, expressando valores que não podem ser contrariados pelas leis para positivas, uma vez que são regras de direito natural.

Para o positivismo jurídico os princípios estão situados no ordenamento jurídico, nas leis em que são plasmados, cumprindo uma função integrativa das lacunas, e são descobertos de modo indutivo, partindo das leis para atingir as regras mais gerais que delas derivam, restritos, portanto, aos parâmetros do conjunto de normas vigentes, modificáveis na medida em que os seus fundamentos de direito positivo são alterados.

Sem dúvidas, a necessidade de um alicerce para um sistema coeso e lógico de normas passa indubitavelmente pelos princípios, que dão base e forma não somente a uma norma, mas a um sistema normativo por inteiro, que passa a funcionar congruentemente para cumprir com os anseios da coletividade.

Sobre as diferenças entre normas e princípios, no mesmo sentido aponta Rodriguez (2000, p. 15):

Por sua parte os princípios são preceitos de otimização. Eles prescrevem que algo deve ser feito da maneira mais ampla possível, compatíveis com as possibilidades jurídicas e de fato. Isto significa que pode realizar-se em diversos graus e que a medida da devida realização não depende apenas das possibilidades de fato, mas também das possibilidades jurídicas de realização de um princípio que são determinadas essencialmente não só por regras mas também por princípios contratantes. Este último aspecto implica que os princípios são susceptíveis e exigem ponderação. A ponderação é a forma de aplicação características dos princípios.

Assim sendo, os princípios por sua vez, devem ser aplicados a luz da ponderação, evitando dessa forma interpretação diversa do espectro imposto pelo

princípio, portanto dentro deste contexto, a função primordial dos princípios é de servir de critério de interpretação, não devendo desviar-se nunca e de modo algum dessa ocupação.

O valor social do trabalho é de garantia constitucional no Brasil, pois é o princípio fundamental de um estado democrático de direito, e por consequência disso, que a Constituição Federal de 1988, lei maior do ordenamento jurídico brasileiro, consigna garantias e direitos aos trabalhadores, concretizando ainda mais as características do direito do trabalho que tem como princípio basilar o princípio da proteção.

Sobre o princípio da proteção, apresenta Cassar (2017, p. 18):

O princípio da proteção ao trabalhador está caracterizado pela intensa intervenção estatal brasileira nas relações entre empregado e empregador, o que limita, em muito, a autonomia da vontade das partes. Portanto, o Estado legisla e impõe regras mínimas que devem ser observadas pelos agentes sociais. Estas formarão a estrutura basilar de todo o contrato de emprego.

Desta feita, o princípio da proteção é evidentemente garantido pela tutela do Estado brasileiro nas relações de trabalho, e por obvio, deixando limitada a atuação da vontade das partes, que tem como finalidade evitar abusos aos trabalhadores, devendo todos os envolvidos respeitar as regras mínimas impostas pelo o regramento jurídico imposto para a relação laboral.

O direito do trabalho germinou e fortaleceu-se com princípios basilares, e o princípio da proteção, dentre outros, é o que mais se destaca e que tem maior importância no contexto laboral, sendo deste que procedem os demais princípios trabalhistas.

Sobre os princípios protetivos no direito processual do trabalho, discorre Leite (2018, p. 108):

A desigualdade econômica, o desequilíbrio para a produção de provas, a ausência de um sistema de proteção contra despedida imotivada, o desemprego estrutural e o desnível social e cultural entre empregado e empregador, certamente, são realidades trasladadas para o processo do trabalho, sendo, portanto, imprescindível a existência de um princípio de proteção ao trabalhador, que é destinatário de direitos humanos sociais e fundamentais. Na verdade, o princípio da

proteção visa salvaguardar direitos sociais, cujos os titulares são juridicamente fracos e, por isso, dependem da intervenção do Estado-Juiz para o restabelecimento dos postulados da liberdade e da igualdade material entre as partes da relação jurídica processual.

Para compensar a hipossuficiência do empregado, tem-se uma desigualdade jurídica em favor do trabalhador, com o intuito de buscar o equilíbrio entre as partes, pois o princípio da proteção tem conexão com o princípio da igualdade material, visando trazer equidade processual entre os litigantes, configurando verdadeira concretização da justiça social que envolve a relação laborativa.

Entende-se, que pela capacidade técnica, jurídica e, sobretudo, econômica exacerbada do empregador, que o empregado é tido como parte hipossuficiente da relação empregatícia. Portanto, o princípio da igualdade material cria condições de isonomia entre o empregador e o empregado, a fim de perceber e compensar essas discrepâncias entre os polos, com as garantias propostas na Consolidação das Leis Trabalhistas e também constantes na Constituição Federal de 1988.

Sobre o princípio da proteção aponta Delgado (2017, p.213):

Informa este princípio que o Direito do Trabalho estrutura em seu interior, com as suas regras, institutos, princípios e presunções próprias, uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia – o obreiro –, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Essa disparidade, de forma alguma torna o obreiro superior na relação de emprego ou na relação processual do trabalho, somente empresta igualdade as partes, e esse desequilíbrio é o que traduz a existência de uma norma para regular a relação de emprego, tanto no direito material quanto no processual do trabalho.

O princípio da proteção é basilar no Direito do Trabalho, destacando-se como o mais importante princípio trabalhista, que por sua vez, permeia todos os demais princípios da legis laboral. Sua característica protetiva, traz equidade dentro da relação empregatícia, sendo evidenciada pela necessidade de proteção diante da hipossuficiência e vulnerabilidade do empregado perante o conhecimento técnico, jurídico e sobretudo econômica do seu empregador.

Desta forma, as garantias constitucionais somadas as garantias da Consolidação das Leis Trabalhistas, trazem igualdade as diferenças percebidas entre

as partes no contrato de trabalho, igualando os dois polos, mas de forma alguma tornando um superior ao outro nessa relação.

Nessa esteira aponta Delgado (2017, p. 214):

Parte importante da doutrina aponta este princípio como cardeal do Direito do Trabalho, por influir em toda a estrutura e características próprias desse ramo jurídico especializado. Esta, a propósito, a compreensão do grande jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez, que considera manifestar-se o princípio protetivo em três dimensões distintas: o princípio *in dubio pro operário*, o princípio da norma mais favorável e o princípio da condição mais benéfica.

Portanto, o princípio da proteção no Direito do Trabalho é decomposto em três subprincípios: *In dubio, pro operario*; Norma mais favorável; e Condição mais benéfica. Portanto, para um melhor entendimento da atuação e aplicação do princípio da proteção é necessário abordar os direitos do trabalhador dentro dessa estrutura própria do direito do trabalho que se torna particular pela sua característica uníssona de proteção ao trabalhador.

Destarte demonstra Rodriguez (2000, p. 45):

- a) a regra *in dubio, pro operario*. Critério que deve utilizar o juiz ou o interprete para escolher entre vários sentidos possíveis de uma norma, aquela que seja mais favorável ao trabalhador;
- b) a regra da norma mais favorável determina que, no caso de haver mais de uma norma aplicável, deve-se optar por aquela que seja mais favorável, ainda que não seja aquela que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas; e
- c) a regra da condição mais benéfica. Critério pelo qual a aplicação de uma nova norma trabalhista nunca deve servir para diminuir as condições mais favoráveis em que se encontrava um trabalhador.

Precipuaente, a decomposição do princípio da proteção, em seus três subprincípios, pelo renomado jurista uruguaio Américo Plá Rodriguez deixa claro a aplicação e a importância deste princípio no direito trabalhista.

Assim, não restam dúvidas sobre o espectro da aplicabilidade do princípio da proteção ao trabalhador e sua importância como basilar no direito do trabalho, e por isso, de forma clara, ele está tutelado pelo Estado e previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e também na Constituição Federal de 1988.

Sobre o subprincípio do *in dubio pro operário*, sua aplicação deve ser observada quando houver dúvidas sobre a interpretação da norma, devendo ser oposta em questões puramente hermenêuticas e em favor do trabalhador.

Todavia, não devendo ser aplicado em caso de dúvida processual, pois dessa forma, iria exceder o princípio da isonomia, e em consequência disso, o empregado atingiria uma superioridade processual desmedida perante o empregador, uma vez que, o operário sempre venceria a ação trabalhista.

Por sua vez, o subprincípio da norma mais favorável, será sempre aplicado quando houver várias fontes de direitos a respeito da mesma matéria. Prevalecendo sempre o que está estabelecida na Constituição Federal de 1988 ou o que for mais favorável, conforme o disposto no artigo 7º da carta magna. Mesmo existindo hierarquia nas fontes do direito do trabalho, este princípio deixa flexível a aplicação da norma em favor do trabalhador.

No caso da condição mais benéfica, ou também conhecida como inalterabilidade contratual lesiva, esta deve buscar a preservação do contrato durante seu decurso, já que as cláusulas contratuais do acordo articulam-se como direito adquirido, portanto não podem ser alteradas, a não ser para melhorar as condições de trabalho do empregado, ou seja, esta sucessão normativa veda alterações de contrato para piorar as condições de trabalho do empregado.

1.2 DEMAIS PRINCÍPIOS BASILARES

Acerca dos princípios basilares do direito do trabalho, podemos destacar também o da indisponibilidade dos direitos fundamentais dos trabalhadores, que principalmente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 foi expressamente fortalecido, conforme expõe Cassar (2014, p. 246):

A constitucionalização do Direito do Trabalho tornou mais intenso o caráter de indisponibilidade dos direitos trabalhistas em face da irradiação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais ali preconizados. Daí a ideia de que os direitos trabalhistas são fundamentais e, como tal, se impõe aos cidadãos em suas relações interpessoais e interprivadas, constituindo-se em limite à autonomia da vontade de negociar.

Sendo assim, não podem ser negociados, transacionados ou renunciados, salvo quando a lei expressamente autorizar.

Por força do princípio da indisponibilidade, o obreiro de forma alguma tem o condão de dispor dos seus direitos como trabalhador, mesmo assinando documentos expressando a sua vontade em abrir mão de suas garantias e direitos, não conseguirá, pois estes direitos e garantias estão intimamente ligados à sua condição de trabalhador e expressamente previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e na Constituição Federal de 1988.

Portanto, diante dessa previsão legal e constitucional, esses direitos e garantias são por consequência normas de ordem pública e de natureza cogente, ou seja, mesmo registrando essa vontade em cartório e reconhecendo firma do que está sendo acordado, esses atos não possuem efeito, pois as regras trabalhistas são inegociáveis, inalienáveis, irrenunciáveis, e então são indisponíveis.

Não dispondo de seus direitos por força da lei laboral, o trabalhador está impedido de sofrer alterações lesivas no contrato de trabalho entre empregado e empregador. Como se nota, a livre negociação levaria a comercialização desses direitos, e assim, esse impedimento evita o leilão entre os trabalhadores que estiverem dispostos a ceder os seus direitos em troca de uma vaga de trabalho, e em razão disso, que o princípio da proteção se aproxima do princípio da indisponibilidade.

A irrenunciabilidade ou indisponibilidade dos direitos por parte do trabalhador, tem o condão de proteger o empregado de atos abusivos e garantir os direitos mínimos que lhe cabem. Inobstante, sobre a impossibilidade de dispor dos direitos pelos trabalhadores expõe Martinez (2016, p. 175):

O princípio da indisponibilidade dos direitos ou da irrenunciabilidade de direitos baseia-se no mandamento nuclear protetivo segundo o qual não é dado ao empregado dispor (renunciar ou transacionar) de direitos trabalhistas, sendo, por conta disso, nulo qualquer ato jurídico praticado contra essa disposição. Tal proteção, que, em última análise, visa proteger o trabalhador das suas fraquezas, esta materializada em uma série de dispositivos da CLT, entre os quais se destaca o ser art. 9º. Esta atuação legal impede que o vulnerável, sob a miragem do que lhe seria supostamente vantajoso, disponha dos direitos mínimos que à custa de muitas lutas históricas lhe foram assegurados nos termos da lei.

Nesse sentido, a desigualdade que o princípio da proteção leva em consideração, é o fato de que o empregado e o empregador tenham equilíbrio na relação laboral. No artigo 9º da Consolidação da Leis Trabalhistas, está disposto que “serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação”.

Portanto, como visto, é nulo de pleno direito os atos em que o empregado tenta dispor, relativizar ou negociar seus direitos laborais com seu empregador, os quais, não o favoreçam.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), corrobora com o exposto em seu artigo 468:

Nos contratos individuais de trabalho, só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia (BRASIL, 2017).

O Direito do Trabalho, está fundamentado principalmente na proteção do trabalhador segundo os direitos garantidos na Consolidação das Leis Trabalhistas e na Constituição Federal 1988, que traduzem garantias mínimas aos trabalhadores estabelecendo um limite mínimo do que pode ou não ser negociado entre empregado e empregador.

Obviamente, pôr o trabalhador não poder abrir mão do mínimo de seus direitos e garantias previstos em lei, que o princípio da indisponibilidade vai de encontro ao princípio da autonomia da vontade, pelo fato de que os direitos trabalhistas se tratam de norma cogente e de ordem pública fundamentados na proteção do trabalhador, não sendo, portanto, disponíveis para negociação.

Sobre a indisponibilidade das normas trabalhista, afirmam Cassar e Borges (2017, p. 25):

O impedimento tem como fundamento a natureza dos direitos previstos nas normas trabalhistas, que são de ordem pública, cogente, imperativas, logo, irrenunciáveis e intransacionáveis pelo empregado. O art. 9º da CLT declara nulo todo o ato que vise desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos direitos trabalhistas previstos na lei. Da mesma forma, o art. 468 da CLT, que considerou nula toda a alteração contratual que cause prejuízo ao trabalhador, mesmo que a alteração seja de um direito criado pelas partes ou de natureza privada.

O princípio da indisponibilidade, encontra força na questão de que o trabalhador não pode abrir mão do mínimo garantido pela lei. Por outro lado, o princípio da autonomia da vontade encontra mais força do que o princípio da indisponibilidade nas questões em que se fala em aumentar os direitos mínimos previstos, como por exemplo, veda-se a redução do salário, mas pode-se aumentá-lo, pois melhora as condições do trabalhador.

E como visto, existem raras exceções em que o legislador concorda em relativizar o princípio da indisponibilidade no ordenamento jurídico laboral, não se podendo incluir de maneira alguma por sua indisponibilidade nata, dentro da esfera trabalhista.

Como ensina Leite (2018, p. 57):

A bem ver, na relação empregatícia o empregador exerce poderes como corolário do direito de propriedade, ficando o trabalhador num estado de subordinação jurídica e, não raro, de dependência econômica. É exatamente em função desse conflito entre poderes do empregador e a subordinação do trabalhador que surgem as lesões aos direitos da personalidade do trabalhador.

Por consequência disto, os direitos indisponíveis pelo trabalhador são aqueles que também dizem respeito a personalidade e direitos deste e da coletividade de trabalhadores, bem como, as questões de insalubridade laboral que envolvem a segurança, a saúde e o meio ambiente do trabalho.

Conforme Martinez (2016, p. 172), o empregado não pode dispor de direitos trabalhistas, sob pena de nulidade do ato. Nesse sentido, a lei presume vício de vontade quando manifestada no sentido de renunciar a determinados direitos trabalhistas no curso ou na formação do contrato de trabalho, inobstante, aponta a CLT em seu artigo 468.

No que diz respeito ao princípio da indisponibilidade, é importante ressaltar os casos de renúncia e transação das verbas trabalhista. A Renúncia, entende-se por um ato unilateral do trabalhador que atinge direito atual e certo do empregado ao abrir mão de seus direitos garantidos na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e na Constituição Federal de 1988, e conforme o artigo 9º da CLT " Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente consolidação".

Em razão do princípio da irrenunciabilidade, são raras as possibilidades de renúncias pelo empregado que são validas nos contratos de trabalho, podendo-se

destacar a renúncia da estabilidade do dirigente sindical em razão do pedido de transferência, e a renúncia do aviso prévio pelo empregado quando se comprovar novo emprego conforme aponta a Súmula n. 276 do Tribunal Superior do Trabalho (TST):

AVISO PRÉVIO. RENUNCIA PELO EMPREGADO.

O direito ao aviso prévio é irrenunciável pelo empregado. O pedido de dispensa de cumprimento não exime o empregador de pagar o respectivo valor salvo comprovação de haver o prestador dos serviços obtido novo emprego (TST, 1988).

Ainda, nos casos de transação, esta recai sobre os direitos que são duvidosos e, portanto, devem ser feitas por ato bilateral, sendo a única possibilidade possível de transação, a transação extrajudicial que trata da comissão de conciliação previa que está prevista no artigo 625-E da CLT:

Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu preposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópias às partes.

Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas (BRASIL, 2017).

Noutra banda, a admissão de transação pode ocorrer mediante negociação coletiva de trabalho, onde as partes poderão eleger árbitros, conforme dita o artigo 114, parágrafo primeiro, da Constituição Federal de 1988, deixando clara também a importância dos sindicatos em cuidar dos direitos coletivos dos trabalhadores, possibilitando inclusive a estes, negociar sobre direitos trabalhistas indisponíveis, onde os trabalhadores abrem mão do princípio da proteção, garantidos nos casos de Convenção e Acordos Coletivos de trabalho.

1.3 O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E O DIREITO COLETIVO

A necessidade do direito coletivo teve seu início durante a Revolução Industrial, onde deu-se a união de trabalhadores com a finalidade de defender objetivos e direitos em comum. O desequilíbrio na relação laboral naquela época envolvendo os empregados, os empregadores e o Estado, forçou o proletariado a revoltar-se diante das condições de trabalho presentes, que eram equiparadas à escravidão.

Dessa forma, foi dado o impulso necessário para que o sindicalismo ganhasse força e, a partir disso, funcionando como meio de defesa dos direitos da coletividade e das pessoas trabalhadoras.

Em curso sobre os sindicatos, descreve Delgado (2017, p. 44):

O Direito Coletivo do Trabalho busca assegurar princípios de garantia à livre e autonômica organização sindical dos trabalhadores, de maneira a permitir sua atuação eficiente na busca da melhoria das condições de trabalho no âmbito do estabelecimento, da empresa e da própria categoria envolvidas.

Os sindicatos por sua vez, são os protagonistas dos direitos coletivos, agindo somente em nome e em favor dos trabalhadores e profissionais, buscando dessa forma satisfazer interesses comuns destes, e assim, perquirindo melhores condições de trabalho aos empregados.

Sem embargos, os empregadores também podem ocupar essa posição, devido a sua dinâmica e regular necessidade de persistir no mercado econômico e laborativa, podendo assim, também dispor de sindicatos da classe econômica ou patronal para defender seus interesses nas negociações coletivas, diante dos interesses perquiridos pelos obreiros e defendidos pelos seus sindicatos representantes da classe trabalhadora.

Nesse sentido, ressalta Barros (2016, p. 792):

Os sindicatos, como instituição de Direito Coletivo, têm como escopo diverso, podendo ser destacadas como seus fins fundamentais a determinação das condições de trabalho, por meio de convenção coletiva, visando as melhores condições de vida para os trabalhadores; a assistência aos integrantes da categoria, mormente em época de desemprego ou crise econômica, no caso de sindicato patronal, e a defesa dos interesses da categoria. Ao lado desses fins principais podem ser elencados outros fins acessórios, por exemplo, a participação dos empregados na gestão da empresa, a colaboração no exercício de funções estatais, como inspeção do trabalho, agências de colocação, criação de cooperativas, etc.; a realização de funções quase jurisdicionais, visando à conciliação de interesses nos conflitos surgidos entre empregados e empregadores e a transformação das estruturas econômico-sociais.

A Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), prevê a instituição de associação sindical em seu artigo 511:

É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas (BRASIL, 2017).

Portanto, a função básica dos sindicatos, tanto da classe econômica quanto da classe profissional, é defender seus interesses de classe, negociando da melhor forma possível seus direitos profissionais, políticos e sociais representando a coletividade, sendo ela econômica ou a profissional, determinando o que definitivamente fica simbolizada pela atuação sindical.

Assim destacam Cassar e Borges (2017, p. 88):

As normas coletivas têm ampla liberdade para conceder benefícios superiores aos previstos na lei, mas possuem limitações quando desejarem reduzir ou suprimir direitos previstos em lei. Esse poder está limitado pelos direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores. o grupo deverá avaliar, em cada caso, o quanto aquela coletividade deve ceder para não perder seus empregos ou ganhos de forma coletiva.

A atuação dos sindicatos, principalmente nas negociações coletivas, mostra o grau de importância destes, pois as deliberações durante as negociações têm força de lei entre as partes sujeitando a todos que atuam dentro da área de operação destas associações.

Ademais, nessas negociações envolvendo os sindicatos da categoria econômica e da categoria profissional, inexistente a superioridade hierárquica da empresa ou do sindicato representativo dos empregadores sobre o sindicato dos trabalhadores garantido pelo princípio da autonomia coletiva.

O artigo 8º, inciso I, da Constituição Federal versa que qualquer um é livre para criar um sindicato sem qualquer tipo de intervenção do poder público nessas organizações, respeitando dessa forma, o princípio da liberdade sindical.

Porém, esta liberdade não é ampla, conforme o inciso II do artigo 8º do texto máximo da República, onde é descrito, dita que não é possível haver mais de um

sindicato da mesma categoria na mesma base territorial, tendo como limite mínimo, a extensão territorial de um município, obedecendo o princípio da unicidade sindical.

Para Delgado (2017, p.1596) as negociações coletivas são regidas pelo princípio da adequação setorial negociada pois, "trata das possibilidades e limites jurídicos da negociação coletiva". Isto é, as negociações coletivas firmadas pelos sindicatos favorecendo os profissionais devem obedecer ao princípio da adequação setorial preocupando-se em articular as normas juscoletivas negociadas, com as normas jusindividuais existentes, harmonizando, desta forma, os direitos coletivos e individuais dos trabalhadores.

Desse modo, há de se falar em tratar empregadores e empregados de forma coletiva, conforme aponta Delgado (2017, p. 1596):

São amplas, portanto, as possibilidades de validade e eficácia jurídica das normas autônomas coletivas em face das normas heterônomas imperativas, à luz do princípio da adequação setorial negociada. Entretanto, está, também, claro que essas possibilidades não são plenas e irrefreáveis. Há limites objetivos à negociação setorial negociada; limites jurídicos objetivos à criatividade jurídica da negociação coletiva trabalhista.

Destarte, o negociado de forma alguma poderá importar em renúncia de direitos por parte dos trabalhadores. Ademais, o poder judiciário tem autoridade para invalidar cláusulas convencionadas que versem sobre renúncia, analisando normas e acordos para defender os direitos e garantias mínimas dos trabalhadores, para que as convenções não violem o princípio da proteção.

Entretanto, atualmente com a reforma trabalhista lei nº 13.467 de 2017, uma das funções do poder judiciário que é a de fiscalizar a aplicação das normas dentro dos princípios, está definitivamente proibida, conforme aponta o artigo 8º, parágrafo terceiro, da lei supramencionada:

No exame de convenção ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitando o disposto no art. 104 da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva (BRASIL, 2017).

Dessa forma, a adição do inciso terceiro no artigo oitavo da Consolidação das Leis Trabalhistas, a partir da reforma imposta pela lei 13.467 de 2017, traz como

consequência a limitação da atuação do poder judiciário na sua função precípua de fiscalização de Acordos e Convenções trabalhistas.

Em linhas gerais, assume-se um risco iminente de violação direta do princípio da proteção ao trabalhador, principalmente dos subprincípios da aplicação da norma mais favorável e da condição mais benéfica ao trabalhador, uma vez que, não será mais possível uma análise técnica do judiciário para identificar se os subprincípios da norma mais favorável ou da condição mais benéficas estão sendo cumpridos e respeitados nas convenções de trabalho.

Assim sendo, por outra forma, o operário perde o direito de proteção dada também pelo poder judiciário em sua análise técnica jurídica na aplicação das normas trabalhistas, devendo este a partir de agora, somente verificar se sua forma atende aos requisitos e as questões para que não haja nulidade contratual, sem que se analise as condições firmadas durante as Convenções e Acordos Coletivos de trabalho são realmente lesivas aos trabalhadores.

Diante disso, contendo como consequência as alterações como estas apontadas, que englobam certas limitações de apreciação dos contratos de trabalho por parte do judiciário trabalhista trazidas pelo novo modelo laboral conduzido atualmente, que esta lei tem recebido duras críticas por parte de doutrinadores e militantes dos direitos dos trabalhadores.

2. A NOVA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA

Frequentemente a legislação se modifica em todo ou em parte, conforme evolui a sociedade, dependendo do contexto histórico e social contemporâneo. Com a legislação trabalhista não é diferente, buscando acompanhar e por vezes suprir possíveis novas necessidades, busca-se renovar a lei. Por esse motivo, e em especial, a situação econômica nacional, que a legislação trabalhista brasileira sofreu uma reforma através da Lei nº 13.467/2017.

Sobre a reforma trabalhista brasileira, discorrem Cassar e Borges (2017, p. 5):

O conteúdo da Lei 13.467/2017, ao contrário do afirmado pela imprensa, desconstrói o Direito do Trabalho como conhecemos, contraria alguns de seus princípios, suprime regras benéficas ao trabalhador, prioriza a norma menos favorável ao empregado, a livre autonomia da vontade, o negociado individualmente e coletivamente sobre o legislado (para reduzir direitos trabalhistas), valoriza a imprevisibilidade do trabalho intermitente, a liberdade de ajuste, exclui regras de

direito civil e de processo civil protetoras ao direito e processo do trabalho.

A reforma trabalhista, trouxe consigo alterações e inclusões de determinados artigos, incisos e parágrafos, que pela sua leitura confrontam os princípios basilares do Direito do Trabalho, isso porque, alguns direitos já garantidos até então aos trabalhadores, foram relativizados pela reforma. Direitos estes, que foram conquistados pelos trabalhadores no decurso da história da humanidade.

Pois, visam justamente igualar o empregado frente ao seu empregador, pela necessidade, diante dos abusos sofridos pelos trabalhadores nos antepassados e no decorrer do tempo na história da humanidade, e que de forma alguma podem ser amenizados no contexto atual, pois foram lapidados sobre a égide do princípio da proteção.

Em razão dos desajustes que foram causados pela reforma trabalhista, que modificou a qualidade da vida profissional e, por consequência, a vida pessoal dos empregados e trabalhadores, procura-se saber como fica a aplicação do princípio da proteção com a nova norma em curso.

Não obstante, a reforma trabalhista imposta, recebeu duras críticas de entidades como a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o Ministério Público do Trabalho (MPT), Central Única de Trabalhadores (CUT), além de outros órgão e sindicatos, voltados a proteção dos interesses dos trabalhadores e empregados.

2.1 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO

Com as alterações e adições de novos artigos trazidas com a promulgação da nova legislação trabalhista, Lei nº 13.467 de 2017, fica clara a necessidade de adotar novas formas de como os princípios, e sobretudo o princípio da proteção, serão aplicados no ordenamento jurídico laboral atualmente, e como restará a aplicação da reforma na rotina e na vida prática dos trabalhadores.

O princípio da proteção é dividido em três subprincípios, quais sejam, a regra do in dubio pro operário, a regra da norma mais favorável e a regra da condição mais benéfica.

Estes subprincípios são os que delineiam a forma de como o princípio da proteção se relaciona com a norma vigente, desde a sua base para criação da lei, bem como, atuando até onde essa se projeta, ou seja, até a sua aplicação, onde ecoa para todo o ordenamento jurídico laboral nacional, e dessa forma, justificando a tutela estatal para aplicação do princípio da proteção.

Acerca do subprincípio do *in dubio, pro operario*, este será aplicado sempre quando houver dúvida na interpretação da norma jurídica, sendo portanto, uma questão unicamente de direito material, para favorecer o trabalhador.

Este subprincípio é naturalmente relativizado em caso de dúvida processual, pois a sua aplicação na seara do processo do trabalho, superaria o princípio da isonomia jurídica e o empregado atingiria uma superioridade tamanha, que sempre venceria a lide perante o seu empregador.

Em outras palavras, não está sendo declarada a superioridade do empregado frente o empregador na relação de trabalho, muito pelo contrário, a finalidade do princípio do *in dubio pro operário*, é somente a busca pela justiça proporcionada com o reconhecimento da isonomia jurídica entre as partes envolvidas no contrato de trabalho.

Diante do exposto, segue um exemplo da aplicação do princípio do *in dubio pro operário*:

RECURSO DE REVISTA – AUXÍLIO – ALIMENTAÇÃO – NORMA COLETIVA – APLIC. DO PRINCÍPIO *IN DUBIO, PRO OPERARIO*.

Colegiado a quo, interpretando cláusula coletiva da categoria, decidiu que, diante da disparidade de interpretações, deve ser aplicado o princípio *in dubio pro operário*. Impertinente a invocação do art. 114 do Código Civil, uma vez que o Tribunal não ampliou a interpretação da cláusula normativa, não se havendo de falar em observância de interpretação restritivas. Os arestos não revelam similitude fática com a lide, incidindo a Sumula n. 296 do TST. O art. 7º, XXVI, da Constituição Federal, não foi violado, uma vez que o Tribunal a quo, longe de negar validade ao instrumento coletivo, interpretou a norma coletiva e concedeu-lhe plena validade. Recurso de revista não conhecido.

(TST – RR 80700-43.2009.5.17.0003 – Rel. Min. Luiz Philippe Viera de Mello Filho – j. 12.06.2013 – 7ª T. – DEJT 21.06.2013) (TST, 2013).

Da mesma maneira, um exemplo de inaplicabilidade do subprincípio do *in dubio pro operário* por não existir uma questão envolvendo unicamente uma questão de direito material:

PRINCÍPIO *IN DUBIO, PRO MISERO*. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO TRABALHADOR. PRINCÍPIOS NÃO APLICÁVEIS AO PROCESSO DO TRABALHO, MAS SIM AO DIREITO MATERIAL DO TRABALHO.

O princípio da proteção ao empregado rege o direito material do trabalho. A regra da aplicação da norma mais favorável significa que, caso haja uma pluralidade de normas aplicáveis a uma relação de trabalho específica, deve-se optar por aquela que seja mais favorável ao trabalhador. Nesse mesmo sentido, independentemente da sua colocação na escala hierárquica das normas jurídicas, aplica-se, em cada caso, a que for mais favorável ao trabalhador. O processo do trabalho, a despeito de sua simplicidade, não se pauta pelo princípio atinente à teoria geral da prova. Na ausência de meios de prova, ou sua insuficiência, ou ainda se ocorrer a chamada “prova dividida”, a lide deve ser solucionada considerando-se a quem incumbia o ônus da prova quanto aos fatos alegados na petição inicial ou na contestação (art. 818 da CLT e art. 333 do Código do Processo Civil - CPC). Ressalta-se que ao Juiz é lícito julgar a causa segundo seu livre convencimento motivado (art. 131 do CPC) cabendo-lhe a valoração dos meios de prova. Desta forma, deve o Julgador apreciar livremente os meios de prova produzidos durante a instrução processual e decidir de acordo com o seu convencimento, fundamentando os motivos de sua decisão (art. 93, X, da CF/1988), a qual deve pautar-se pelos ditames legais. Recurso do reclamante ao qual se nega provimento, no particular.

(Tribunal Regional do Trabalho (TRT) 9ª Região, RO 04426-2007-021-09-00-9, 1ª T., Rel. Des. Edmilson Antônio de Lima, DJ 6-6-2008) (TRT 9ª, 2008).

No que diz respeito a norma mais favorável, deverá sempre ser aplicada quando houver várias fontes de direito correntes sobre a mesma matéria, devendo prevalecer o que está estabelecido na Constituição Federal de 1988 ou a fonte de direito que se mostrar mais favorável ao empregado perante o que está disposto no artigo 7º da carta magna, ou seja, a norma mais favorável encontra-se sempre no topo da pirâmide de hierarquia da aplicação das normas no direito trabalhista, independente da sua origem, restando residuais as demais normas sobre o tema que não favoreçam o trabalhador.

Um exemplo de aplicação da norma mais favorável está na Súmula 202 do TST:

GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SEVIÇO. COMPENSAÇÃO.

Existindo, ao mesmo tempo gratificação por tempo de serviço outorgada pelo empregador e outra da mesma natureza prevista em acordo coletivo, convenção coletiva ou sentença normativa, o empregado tem direito a receber, exclusivamente, a que lhe seja mais benéfica (TST, 1985).

Assim sendo, mesmo aparentemente ferindo a hierarquia normalmente utilizada pelas fontes do direito, no que diz respeito ao Direito do Trabalho, esta hierarquia é flexibilizada para auxiliar a estabelecer patamares mínimos de proteção, com o intuito de nivelar as desigualdades entre empregados e empregadores, sem trazer igualdade a ambos como é a pretensão dos outros códigos do ordenamento jurídico como um todo.

No direito trabalhista, por sua vez, a igualdade é garantida somente nas questões envolvendo o direito processual do trabalho, mas na questão de direito material prevalece a desigualdade em favor do trabalhador com o intuito de trazer equilíbrio material que somente o princípio da equidade pode garantir no caso concreto.

Nesse sentido, como aponta Delgado (2017, p. 40) deve-se buscar um “patamar mínimo civilizatório” nas questões envolvendo empregados e empregadores, utilizando-se para concretizar isso, a chamada teoria do conglobamento, que determina que a norma não deve ser fragmentada para a sua aplicação ao caso concreto, mas sim, empregada de forma sistemática e equilibrada com todo o ordenamento jurídico, para que na análise das fontes da norma jurídica trabalhista encontre-se a mais favorável ao empregado, que é considerado hipossuficiente e vulnerável no direito trabalhista.

Concordando com o exposto, aponta Delgado (2017, p. 200):

Ressalte-se, por fim, que o parâmetro para se proceder à comparação da norma mais favorável não será o indivíduo, tomada isoladamente, mas a coletividade interessada (categoria, por exemplo) ou trabalhador objetivamente considerado como membro de uma categoria ou segmento, inserido em um quadro de natureza global. Como se nota, também por esse aspecto, o critério do conglobamento

emerge como o mais adequado na dinâmica de apreensão da norma trabalhista mais favorável.

Ainda nesta seara, destaca Nascimento (2011, p. 520):

De modo geral é possível dizer que, ao contrário do direito comum, em nosso direito, a pirâmide que entre as normas se forma não terá como vértice a Constituição Federal ou a lei federal ou as convenções coletivas de modo imutável. Os níveis normativos se alternam em constante modificação. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma aplicável no caso concreto em se tendo como tal a que se resultar do ordenamento jurídico interpretado com um sistema.

Diante disso, segue um exemplo de aplicação do subprincípio da norma mais favorável:

ACORDO COLETIVO E CONVENÇÃO COLETIVA. VIGÊNCIA NO MESMO PERÍODO. CRITÉRIO DE APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES INDIVIDUAIS DO TRABALHO.

As condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo (CLT, art. 620). O direito laboral brasileiro adota, como é sabido, o princípio da norma mais favorável, independente da hierarquia que se estabelece entre as partes, sem dizer se aplica o critério cumulativo das duas normas coletivas, selecionando, entre elas, as cláusulas mais benéficas e aplicando-as, uma a uma, simultaneamente, ou, se dentro do princípio da unidade da norma, adota o critério globalista, segundo o qual não se podem mesclar normas de instrumentos distintos, empregando-se a que, em seu conjunto, seja mais favorável. Não se pode, data vênua, selecionar, entre as normas, as cláusulas mais favoráveis. Com efeito, deve ser aplicada aquela que, no seu conjunto, é mais favorável ao trabalhador, mas sem mesclar cláusulas. O princípio da unidade da norma coletiva recomenda que se aplique o critério globalista, sem perder de vista a especificidade de cada instrumento normativo. Todavia, em se tratando de conflito entre convenção e acordo, a lei nacional parece que adotou a teoria cumulativa, ao se referir às condições estabelecidas e, não, ao convenio mais favorável.

(TST RR 321.503/96.7 – c. – 1ª T – j. 24.06.1998 – Rel. Min. Regina Rezende Ezequiel) (TST, 1998).

De mesma sorte, um exemplo de não aplicabilidade da norma mais favorável em grau recursal, devido ao não observação da liturgia processual:

AÇÃO ANULATÓRIA. ACORDO COLETIVO DE TRABALHO QUE CONTÉM NORMA MENOS FAVORÁVEL QUE AQUELA PREVISTA EM CONVENÇÃO COLETIVA VIGENTE NO MESMO PERÍODO, ART. 620 DA CLT. NULIDADE AFASTADA.

O confronto entre duas cláusulas dispendo sobre a mesma vantagem constante tanto de acordo quanto de convenção coletiva vigentes no mesmo período não enseja a anulação de norma menos favorável, mas apenas a sua inaplicabilidade ao caso concreto, conforme dicção do art. 620 da CLT. O reconhecimento de que a convenção coletiva deve ser aplicada em detrimento do acordo coletivo, quando aquela for mais favorável, não implica a declaração de nulidade do acordo, pois, para tanto, seria necessária a constatação de irregularidades de ordem formal ou material a afrontar o ordenamento jurídico. Com esse entendimento, a SDC, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário para, afastando a nulidade das cláusulas terceiras dos acordos coletivos 2007/2008 e 2008/2009, firmados entre réus, julgar improcedente a ação anulatória. Entendeu-se, outrossim, que a improcedência da presente ação não interfere na pretensão de aplicação da norma mais favorável aos empregados, a qual deve ser discutida em ação judicial própria.

(TST-RO-2643-24.2010.5.12.0000, SDC. Rel. Min. Kátia Magalhães Arruda. 13.8.2012) (TST, 2012).

Por fim, sobre o subprincípio da condição mais benéfica, que também é conhecida como a inalterabilidade contratual lesiva ao empregado, tem como objetivo a busca da preservação do contrato de trabalho durante o seu transcurso, já que as cláusulas do pacto laboral são equivalentes com as premissas do direito adquirido.

Portanto, estas condições dispostas em contrato não podem sofrer qualquer tipo de alteração nas condições de trabalho do empregado, a não ser que, as alterações sejam para beneficiar o operário, e dessa forma a sucessão normativa

imposta pelo contrato de trabalho, não pode sofrer alteração para piorar as condições de trabalhador, somente para melhorá-las.

Corroborando com o exposto, assim versa o artigo 468 da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT):

Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mutuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia (BRASIL, 2017).

Contudo, existem requisitos que devem ser cumpridos para se alterar o contrato de trabalho, como por exemplo, a alteração prevista deve ser favorável ao empregado, e mesmo a mudança sendo favorável, deverá haver a concordância da mudança por parte do trabalhador, cumulativamente, ou seja, um requisito depende do outro para que surta efeito entre as partes.

Todavia, mesmo havendo a anuência do empregado a respeito da mudança contratual favorável a ele mesmo, a autonomia da vontade é mitigada no direito trabalhista, pelo fato das normas laborativas terem força cogente, ou seja, são de ordem pública, portando inarredáveis pela vontade das partes, não sendo possível abrir mãos de direitos legalmente conquistados.

Por outro lado, é garantido o *jus variandi* ou o direito de variação por parte do empregador, que pode alterar unilateralmente o contrato de trabalho em certas circunstâncias, sendo estas mudanças, restritas somente as alterações que não versem substancialmente sobre as cláusulas de atividades laborais do trabalhador.

Sendo possível outrossim nos casos, como por exemplo, em que alterar o nome da função exercida pelo trabalhador, mudanças no horário de entrada ou saída, ou ainda, a mudança da sala onde o empregado exerce suas atividades, que por sua vez, somente serão permitidas sua variação, se o empregado não oferecer resistência alguma às mudanças propostas por força unilateral feitas pelo empregador, e também somente se, as alterações não causarem prejuízos ao trabalhador.

Como exemplo, de aplicabilidade do subprincípio da condição mais benéfica segue:

HORAS EXTRAS. JORNADA DE QUARENTA HORAS SEMANAIS. DIVISOR 220 PREVISTO EM NORMA COLETIVA. NULIDADE. APLICAÇÃO DO DIVISOR 200. SÚMULA N. 431 DO TST.

É nula a cláusula de acordo coletivo que estabelece o divisor 220 para fins de apuração do salário-hora do empregado submetido à jornada de quarenta horas semanais. No caso, deve prevalecer a aplicação do divisor 200, nos termos da Súmula nº 431 do TST, prestigiando-se, portanto, a condição mais benéfica incorporada ao contrato de trabalho. Com esse posicionamento, a SBDI-I, invocando precedente da Corte, decidiu, à unanimidade, conhecer dos embargos da reclamada, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, negar-lhe provimento. Ressalvaram a fundamentação os Ministros Augusto César Leite de Carvalho, Antônio Jose Barros Levenhagen, Dora Maria da Costa e Renato de Lacerda Paiva.

(TST-E-ED-RR-50200-68.2008.5.09.0094, SBDI-I. rel. Min. Brito Pereira, 28.11.2013) (TST, 2013).

Da mesma forma, outro julgado no mesmo sentido:

TURNO ININTERRUPTO DE REVEZAMENTO. ALTERAÇÃO PARA TURNOS FIXOS. RETALIAÇÃO POR NEGOCIAÇÃO COLETIVA FRUSTRADA. ABUSO DO JUS VARIANDI DO EMPREGADOR.

A alteração do turno ininterrupto de revezamento para turno fixo de oito horas, em tese, é benéfica aos empregados, pois a alternância entre turnos diurnos e noturnos é notoriamente gravosa à saúde e à vida social. Entretanto, a referida modificação é inválida e configura abuso do jus variandi do empregador quando levada a efeito unilateralmente, sem a observância dos princípios da isonomia e da proporcionalidade, e com o fim de retaliar os empregados em razão da não aceitação da proposta de prorrogação do acordo coletivo autorizando a trabalho em turnos ininterruptos de oito horas. Com esse entendimento, a SBDI-I, por maioria, vencidos os Ministros Maria de Assis Calsing, relatora, Augusto César Leite de Carvalho, Ives Gandra Martins Filho, Lélvio Bentes Corrêa e Aloysio da Veiga, conheceu dos embargos da reclamada, por divergência jurisprudencial, e, no mérito, ainda por maioria, negou-lhes provimento, mantendo a decisão do Regional que determinou o retorno dos empregados ao sistema de turnos ininterruptos de seis horas, ante a falta de negociação coletiva para a prorrogação da jornada. Vencidos

os Ministro Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Ives Gandra da Silva Martins Filho e Renato de Lacerda Paiva.

(TST-E-ED-RR-34700-84.2004.5.03.0088, SBDI-I, rel. Min. Maria de Assis Calsinng, 29.8.2013) (TST, 2013).

Nesses casos, para evitar que ocorra a inalterabilidade contratual lesiva, o princípio da autonomia da vontade, como já visto anteriormente, entra em conflito com o princípio da indisponibilidade, tendo em vista que os direitos trabalhistas são de norma cogente.

No geral, o empregado não poderá abrir mão de nenhum desses direitos, pois são indisponíveis inclusive pelo próprio trabalhador, já que essas garantias estão definidas na Constituição Federal Brasileira de 1988, e também na Consolidação das Leis Trabalhistas, garantindo assim a aplicação da regra da condição mais benéfica ao trabalhador nos casos concretos.

Diante do exposto, em análise ao novo texto laboral brasileiro que está vigente atualmente pela imposição da reforma trabalhista, fica evidente que determinados artigos confrontam definitivamente o princípio da proteção, assim gerando de forma peremptória o questionamento até mesmo, sobre a constitucionalidade desses artigos, sejam eles, os alterados ou os novos.

Assim, o debate segue, sobre como restou o princípio da proteção no Direito do Trabalho, particularmente a respeito da releitura feita pela reforma trabalhista ao artigo 444, parágrafo único, juntamente com artigo 611-A e também no artigo 620, todos da Consolidação das Leis do Trabalho e alterados ou promulgados pela nova legislação trabalhista.

2.2 RELATIVIZAÇÃO DA NORMA COGENTE

A regra geral, no direito trabalhista, é a indisponibilidade dos direitos pois estão garantidos por lei aos trabalhadores através da aplicação do princípio da indisponibilidade, evitando assim a relativização na aplicação das normas cogentes.

Os direitos dos trabalhadores são indisponíveis, pois são considerados como norma cogente, ou seja, são de ordem pública e servem para salvaguardar os direitos dos empregados, pois dessa forma, o trabalhador não pode abrir mão de maneira alguma dos seus direitos enquanto empregado, pois estes direitos são inerentes e garantidos pela sua condição.

Além disso, diante da sua condição de trabalhador, não podem, em hipótese alguma, serem derogadas por vontade particular as suas garantias. Entretanto, a

reforma trabalhista trouxe a possibilidade de o trabalhador dispor dessas garantias trabalhistas, tornando-as disponíveis por parte do empregador, ou seja, a nova configuração legislativa trabalhista vigente, atua relativizando a aplicação do princípio da proteção como disposto nas alterações e adições propostas nos seguintes artigos.

Conforme o artigo 444 da CLT:

As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o “caput” deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no artigo 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social (BRASIL, 2017).

A reforma da lei trabalhista trouxe, ainda, a inclusão de um novo artigo:

Art. 507-A - Nos contratos individuais de trabalho cuja a remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, poderá ser pactuada cláusula compromissória de arbitragem, desde que por iniciativa do empregado ou mediante a sua concordância expressa, nos termos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 2017).

O parágrafo único do artigo 444, combinado com o conteúdo do novo artigo 507-A, ambos da CLT, trazem à tona a figura do empregado “hipersuficiente”, que também é um empregado e que está subordinado ao empregador, mas que, diferentemente dos demais, percebe mensalmente um salário igual ou superior ao dobro do teto do benefício previdenciário vigente atualmente no país, ou seja, cerca de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), e que seja ainda, cumulativamente, portador de diploma de curso superior completo.

Ao propósito, apresenta Cassar e Borges (2017, p. 27):

Os direitos trabalhistas previstos em lei são indisponíveis, isto é, são irrenunciáveis e intransacionáveis pela sua característica pública. O valor do salário recebido pelo empregado não deveria alterar a natureza jurídica do direito. Entender que os empregados que recebem igual ou mais que o valor máximo que duas vezes os benefícios previdenciários podem livremente dispor sobre os direitos trabalhistas relacionados no art. 611-A da CLT e/ou renunciar as benesses previstas nas normas coletivas é negar a vulnerabilidade do trabalhador, que depende do emprego para sobreviver e, com relativa facilidade, concordaria com qualquer ajuste para a manutenção do emprego.

Portanto, as negociações envolvendo estes sujeitos poderão comparar-se a cláusulas de Convenção Coletiva e essas condições contratuais também poderão preponderar sobre a lei trabalhista expressa na Consolidação das Leis do Trabalho e também sobre as garantias laborais expressas na Constituição Federal de 1988, prevalecendo, portanto, o contrato firmado sobre os direitos conquistados.

Entende-se por obvio, que o legislador reformista considera o empregado hipersuficiente como alguém que apresenta condições suficientes para dispor, renunciar e até mesmo transacionar os seus direitos que já estão previstos em lei e na Constituição Federal de 1988, garantindo assim a celebração de contratos de trabalho diretamente com o seu empregador, sem a devida proteção legal.

Podendo ainda, o trabalhador com essa individualidade, optar pela resolução dos conflitos trabalhistas pela arbitragem, ou seja, nos casos em que houver a necessidade de atuação jurisdicional por parte do trabalhador, e este, ao optar pela cláusula compromissória de arbitragem, abre mão da análise da demanda trabalhista por parte da justiça especializada nas lides de origem laboral, resolvendo qualquer conflito empregatício de forma direta com o seu empregador.

De modo geral, o trabalhador nestas condições poderá negociar ele próprio individualmente com o seu empregador nos casos de discordâncias trabalhistas em relação ao contrato de trabalho firmado. Ou seja, pode ele, por meio de concessões mútuas, negociar diante seu empregador, já que foi ventilada essa possibilidade por força das cláusulas do contrato individual que após a reforma trabalhista, tem força equivalente à de Lei e das Convenções e Acordo Coletivos de trabalho.

Assim, diante dessas situações, encontra-se o colaborador abrindo mão das garantias previstas em lei, pois o trabalhador que cumpre esses requisitos, tem em tese, capacidade de compreender a dimensão e da repercussão das prováveis

alterações contratuais realizadas diretamente com o seu empregador, inclusive na resolução de conflitos de forma amigável com o empregador, sem a análise técnica do judiciário e com força de Sentença com transito em julgado.

Ou seja, sem o devido amparo legal oferecido pelas convenções e acordos coletivos de trabalho, que por sua vez, conferem aos trabalhadores proteção e amparo nos casos de possíveis abusos que podem ser cometidos na celebração do contrato de trabalho individual, onde nem mesmo atualmente é permitida a análise interpelativa do poder judiciário, o trabalhador hipersuficiente ficará desprotegido em caso de abusos contratuais.

Em linhas gerais, tudo isso é possível devido estar prevista essa possibilidade na reforma trabalhista, onde todo o empregado com formação superior ou acadêmica juntamente com um alto salário recebido, que se comparado ao salário mínimo nacional é um bom salário, adquiriu condições de barganha perante o seu empregador na constituição do contrato de trabalho, sendo esses requisitos os que garantem ao empregado “status” de hipersuficiente, e, portanto, uma relativa igualdade negocial perante o seu empregador.

Nesta esteira, aponta Delgado (2017, p.158):

Ou seja, no mesmo dispositivo que determina a validade de concessões feitas pelo empregador, desde que mais favoráveis ao empregado (caput do art. 444 da CLT), o legislador da reforma trabalhista inseriu preceito em sentido diametralmente oposto. Isto é, a possibilidade de o empregador estipular cláusulas contratuais ou cláusulas de seu regulamento interno gravemente desfavoráveis a um segmento estratificado de seus empregados. É desnecessário lembrar que a regra legal está se reportando ao contrato empregatício, que é um típico contrato de adesão – provavelmente o mais impressionante contrato de adesão que se conhece no sistema econômica e social contemporâneo.

Contudo, a vulnerabilidade do trabalhador resta rejeitada pela reforma trabalhista na releitura e adição destes artigos, pois a desinteligência entre o caput e o parágrafo único do artigo 444, frente ao princípio da proteção do empregado no direito do trabalho, é evidente. Uma vez que, o empregado hipersuficiente é taxado pela reforma como mais qualificado, e por consequência, recebe menor proteção que os demais trabalhadores.

Em outras palavras, a reforma trabalhista provocou, dessa forma, uma distinção entre os trabalhadores empregados que não existia antes da reforma, e que

agora com a nova legislação trabalhista brasileira, são divididos e conhecidos atualmente como hipossuficiente e hipersuficientes.

Antes da nova legislação trabalhista, a regra, e a razão de existir do direito do trabalho, era que todo o trabalhador em sua relação laboral é por natureza de hipossuficiência, independentemente do valor do salário percebido pelo empregado ou seu grau de instrução.

Essa regra foi relativizada de tal maneira, que hoje existe uma linha que separa os hipossuficientes dos considerados por lei hipersuficientes, estes últimos por serem determinados como autossuficientes são por consequência menos protegidos, e, portanto, poderão ter cláusulas contratuais alteradas para desfavorecer sua condição de empregado.

Como se nota, esse profissional se relaciona com os demais como paradigma para a sua diferenciação o salário recebido e sua escolaridade fazendo com que esse trabalhador se enquadre nessa nova categoria, o que por sua vez, altera a natureza jurídica da relação laboral como um todo e ferindo também, desta forma, o princípio da indisponibilidade e por consequência o princípio da proteção.

Agora entende-se que, quanto maior for a remuneração e a instrução escolar do empregado, maior será sua capacidade em optar por dispor de seus direitos trabalhistas, direitos estes, que já estavam garantidos na legislação trabalhista e constitucional brasileira, situação está, que tem por reflexo, menor proteção ao trabalhador hipersuficiente.

Segundo Delgado (2017, p. 158):

A extensão da permissão feita pelo texto literal do parágrafo único do art. 444 da CLT é, de fato, inacreditável. Ela atinge, inclusive, todo o rol de temas citados no art. 611-A da CLT (preceito também inserido no Consolidação pela Lei n. 13.467/2017), o qual abrange 15 assuntos trabalhistas, vários deles multidimensionais, registre-se.

Também assim como o exposto, os incisos do artigo 611-A da CLT, que será apresentado a seguir, são aqueles direitos em que a lei reformada permite dispor pelo trabalhador hipersuficiente, entretanto, como visto anteriormente os direitos dos trabalhadores são indisponíveis, pois são considerados como norma cogente, ou seja, são de ordem pública para resguardar os direitos dos trabalhadores, que independente da sua remuneração ou escolaridade, sempre restarão irrenunciáveis aos hipossuficientes.

A promulgação da nova legislação trabalhista brasileira, a Lei 13.467 de 2017, trouxe um novo modelo da Consolidação das Leis Trabalhistas, pois o acréscimo do novo artigo 611-A da CLT resultou na expansão dos poderes da negociação coletiva trabalhista, que foi taxada pelo doutrinador Mauricio Godinho Delgado (2017, p. 77) como “flexibilização inconstitucional da negociação coletiva de trabalho”, já que o que prevalece com a reforma é o negociado sobre o legislado.

Assim como acontece na releitura do artigo 444, parágrafo único e do novo artigo 507-A ambos da CLT, o também novo artigo 611-A da CLT, traz um rol do que tem prevalência do negociado sobre o legislado, conforme o texto trazido pela nova legislação trabalhista brasileira:

Art. 611-A - A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II – banco de horas anual; III – intervalo intrajornada, respeitando o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superior a seis horas; IV – adesão ao programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei n. 13.189, de novembro de 2015; V – plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI – regulamento empresarial; VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X – modalidade de registro de jornada de trabalho; XI – troca do dia do feriado; XII – enquadramento do grau de insalubridade; XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença previa das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV – prêmio de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV – participação nos lucros ou resultados da empresa (BRASIL,2017).

Nesse sentido, o rol indicado pela redação do artigo é apenas exemplificativo, já que o caput do referido artigo ressalta o termo “entre outros”, flexibilizando assim, ainda mais a sua interpretação e a sua aplicação aos contratos de trabalho e estes, por sua vez, prevalecem sobre a legis, ou seja, em uma eventual negociação esses direitos restarão mitigados e prevalecerá o negociado sobre o legislado.

Essa possibilidade de relativização, supressão e até mesmo redução dos direitos trabalhistas, recebe dessa forma, uma chancela legal do que pode ser aplicável nos casos de negociação coletiva de trabalhadores.

Nesse sentido, Vólia Bomfim Cassar e Leonardo Dias Borges (2017, p. 76), dizem que “a norma não teve como objetivo ampliar direitos, pois isso sempre foi possível”, e ainda, sobretudo, destaca que reforma trabalhista transformou “a maioria dos direitos contidos na CLT, que não se encontram na Constituição Federal, em direitos disponíveis”, portanto em face disso, a lei se torna de forma velada subsidiária das negociações de caráter individuais e coletivas entre empregados e empregadores.

Assim, aponta Delgado (2017, p. 78):

Nota-se que art. 611-A, caput, da CLT, conforme redação promovida pela Lei n. 13.467/2017, autoriza a ampla prevalência das regras coletivas negociadas em contraposição às normas jusindividuais imperativas estatais existentes. À exceção apenas do rol de direitos previstos no art. 611-B da CLT (também por redação imposta pela nova lei). O que estabelece é uma drástica ruptura com o padrão de direitos e de proteção ao trabalho firmados pela ordem jurídica heterônoma estatal do País, em seu tripé estruturante, ou seja, Constituição da República, normas internacionais vigorantes no Brasil e legislação federal trabalhista.

Nota-se, portanto, que com a expansão dos poderes da negociação coletiva conduzida pela reforma trabalhista fere outro princípio, tal qual, o princípio da adequação setorial negociada, princípio este que orienta, por sua vez, que a norma formal é aquela que está expressa na lei, devendo, dessa forma, as normas autônomas se sujeitarem as normas formais.

De certa forma, a nova legislação trabalhista garante essa desvirtuação constitucional e de outras normas, inclusive as internacionais do trabalho pela leitura prevista atualmente no artigo 611-A da CLT, onde devia-se constar o que deveria ser a exceção ao legislado, mas tornou-se e prevalece atualmente como regra, o negociado sobre o legislado.

Ademais, o artigo 611-B da Consolidação das Leis trabalhistas (CLT) cita os objetos ilícitos e que não são passíveis de negociação coletiva trabalhista. E assim, de forma clara, os dois artigos o 611-A e o 611-B ambos previstos na Consolidação das Leis Trabalhista (CLT), mesmo prevendo condições opostas entram em contradição entre si, em um dos seus incisos.

O artigo 611-B da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), veda a negociação coletiva sobre normas previstas em seu inciso “XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho”, este inciso entra em conflito com o inciso “XII - enquadramento do grau de insalubridade” do artigo 611-A da CLT que permite negociação envolvendo o grau de insalubridade.

Ou seja, o artigo 611-B da CLT veda a negociação em normas de saúde, higiene e segurança do trabalho enquanto o artigo 611-A da CLT flexibiliza a negociação sobre o grau de insalubridade da função exercida pelo trabalhador em seu meio ambiente de trabalho.

Desta feita, observa-se também, que o parágrafo único do artigo 611-B da Consolidação da Leis Trabalhistas CLT), concorda com o artigo 611-A do mesmo diploma, entrando em contradição com o que diz o seu próprio inciso XVII, ou seja, a estratégia do legislador é claramente utilizada para desvirtuar as regras de proteção à saúde e segurança do trabalho, já garantidas pela Constituição federal de 1988 e a normativa infraconstitucional, agora, reformada pela Lei 13.467 de 2017.

Diante do exposto, discorre Delgado (2017, p. 42):

A estratégia da nova lei no sentido de buscar desconstruir direta e/ou indiretamente o arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional de proteção à saúde e segurança do trabalho no âmbito das relações trabalhistas se realiza por meio de regras explícitas nessa direção, que diminuam a incidência das normas redutoras dos riscos inerentes à saúde e segurança no trabalho, tal como regra, por exemplo, que tenta desconectar a duração do trabalho do campo da saúde laborativa (parágrafo único do art. 611-B, conforme redação imposta pela Lei n. 13.467/2017).

Além desse fator, as mudanças promovidas pela reforma trabalhista de 2017, deixam explícitas perante essa nova ótica imposta pela legislação trabalhista atual, outra situação preocupante, a de que o judiciário fica impedido de atuar integrando ou atualizando a lei no sentido de amparar o empregado, em situações como estas em que os artigos reformados são incoerentes e podem prejudicar o trabalhador, e portanto, o judiciário poderia evitar abusos e pacificar as relações de trabalho e emprego, através da edição de Sumulas ou de Orientações Jurisprudenciais que também são fontes formais do Direito do Trabalho.

2.3 SUBPRINCÍPIO DA NORMA MAIS FAVORÁVEL

Na redação do artigo 620 da Consolida das Leis do Trabalho antes da reforma, fica evidente que o subprincípio da norma mais favorável é observado, pois na busca de satisfazer as necessidades prementes do empregado, a norma aplicada era sempre a mais vantajosa, e assim protegia o trabalhador.

Contudo, a nova norma laboral vigente atualmente, aponta que, mesmo que a Convenção Coletiva de Trabalho aponte no sentido de ser mais favorável ao trabalhador, prevalece sempre o Acordo Coletivo de Trabalho sobre o que foi estabelecido em Convenção Coletiva de Trabalho.

A respeito da nova redação do artigo 620 da Consolidação das Leis Trabalhistas, leciona Delgado (2017, p. 275):

A partir da nova redação imposta pela Lei da Reforma Trabalhista, estabeleceu-se regra em sentido contrário, com o objetivo de fixar, sempre, a prevalência das cláusulas contidas em acordo coletivo de trabalho sobre as cláusulas inerentes à convenção coletiva de trabalho – independentemente de se tratar de cláusulas supressoras e/ou restritivas de direitos fixados na respectiva CCT.

Dessa forma, primordialmente, cabe apresentar as diferenças presentes entre esses dois institutos que tratam da relativização de normas que não serão objeto do anteparo proporcionado pelo princípio da proteção do Direito do Trabalho.

Primeiramente, o Acordo Coletivo de Trabalho, é um acordo firmado entre a entidade sindical representante dos trabalhadores e uma determinada empresa. Criando-se dessa forma, uma obrigação somente entre os envolvidos, a empresa e os trabalhadores desta.

Nos casos em que se fala em Convenção Coletiva de Trabalho, o acordo é celebrado entre dois sindicatos, ou seja, um acordo firmado entre o sindicato dos empregados e o sindicato dos empregadores ou como também chamado sindicato patronal. Portanto, o acordo firmado entre esses sindicatos de ambas as categorias, obriga a todos os trabalhadores que abarcam a base territorial dos sindicatos envolvidos.

Em síntese, o artigo 620 da CLT, antes da reforma versava: “as condições estabelecidas em Convenção Coletiva de Trabalho quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em Acordo Coletivo de Trabalho”. Após a reforma trabalhista, o mesmo artigo trata: “as condições estabelecidas em Acordo Coletivo

de Trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em Convenção Coletiva de Trabalho”.

Portanto, o modelo anterior da legislação trabalhista, deixava claro que nos casos onde as normas que tratavam a respeito da mesma matéria laboral, contemplava-se sempre a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, e por consequência disso, se concretizava a legítima proteção do empregado no caso concreto.

Atualmente, este conceito restou prejudicado e inexistente, pois com a reforma laboral atual, ficou estabelecido em lei que, o que se deve aplicar é sempre o que foi estipulado em Acordo Coletivo, vigorando sempre o negociado sobre o legislado, restando, dessa forma, totalmente mitigada a aplicação do subprincípio da norma mais favorável ao trabalhador.

Sobre a releitura do artigo 620 da Consolidação das Leis do trabalho, Godinho Delgado registra (2017, p. 276):

Em síntese, a alteração legislativa incorporada ao art. 620 da Consolidação vislumbra na negociação coletiva de trabalho um instrumento adicional de regressão no patamar civilizatório mínimo assegurado pelo Direito Individual do Trabalho na ordem jurídica do País. Ao invés de ser um instrumento de harmonização, agregação e, em certas situações, de adequação em face do patamar civilizatório mínimo fixado no Direito Individual do trabalho, a negociação coletiva passaria a se firmar como instrumento de refluxo e de redução do patamar civilizatório mínimo trabalhista garantindo pela ordem jurídica especializada da República Brasileira.

Portanto, como exposto, vimos que independentemente de uma Convenção Coletiva de Trabalho estabelecer normas mais favoráveis ao trabalhador, o Acordo Coletivo de Trabalho, mesmo que aviltante as condições de trabalho do empregado, sempre predominará.

Assim, resta demonstrando, de forma clara, sem sombra de dúvidas que o legislador menosprezou o subprincípio da norma mais favorável, acarretando desta forma, uma evidente redução dos direitos trabalhista, bem como, o claro esmorecimento das Convenções Coletivas de Trabalho, que tem como objetivo a busca das melhores condições de trabalho aos empregados de certa categoria e que agora, não terá mais essa possibilidade de inclusão de direitos.

Sobre o exposto, aponta Delgado (2017, p. 275):

Ora, essa alteração legislativa não toma em consideração a matriz humanística e social da Constituição de 1988 e das normas internacionais de Direitos Humanos vigentes no Brasil, uma vez que negligencia, injustificadamente, o princípio da norma mais favorável.

Conforme se sabe, o princípio da norma mais favorável também ostenta matriz internacional, por estar projetado nos princípios internacionais da progressividade social e da vedação do retrocesso social.

Portanto, a releitura do artigo 620 da CLT revoga de forma cabal o princípio da norma mais favorável no direito coletivo trabalhista, assim, como também visto anteriormente, a reforma relativiza a aplicação do princípio da proteção e seus subprincípios nos outros artigos apontados no corrente estudo, e evidenciam de forma veemente o retrocesso trazido pela nova legislação trabalhista brasileira.

Como por exemplo, no artigo 444, parágrafo único da CLT, que versa sobre as alterações contratuais aplicáveis ao empregado hipersuficiente, onde predominam as cláusulas previstas no contrato de trabalho sobre os direitos previstos na CLT, ou na Convenção Coletiva de Trabalho, ou também, e até mesmo sobre o Acordo Coletivo de Trabalho equiparando-se a estas.

Não obstante, o mesmo ocorre, com o artigo 611-A da CLT que autoriza que as normas coletivas sejam amplamente flexibilizadas, permitindo assim, a redução dos direitos dos trabalhadores de forma legalmente previstas, possibilitando que o Acordo Coletivo ou Convenção Coletiva de Trabalho reduza ou suplante direitos positivados em lei ou previstos nos regulamentos internos das empresas, ou ainda, nas normas internas e nos planos de cargos e salários, entre outras normas previstas das companhias e empreendimentos.

3. A NOVA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA E A CF/88

A nova legislação trabalhista brasileira, reformada e imposta pela Lei 13.467 de 2017, consolida a mitigação do princípio da proteção, pois agora com a nova legis, fica claro que o acordado prepondera sobre o legislado.

Em outras palavras, a reforma trouxe a releitura de alguns artigos, incisos e parágrafos já consolidados e a inclusão de novos, o que garante de forma latente a relativização do princípio da proteção, e essa nova postura adotada pelo legislador reformista, possivelmente será aplicada na maioria dos novos contratos de trabalho, ou seja, o acordado prevalecerá sobre o mais favorável ou benéfico ao trabalhador, depois da promulgação da Lei n. 13.467 de 2017.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal é hierarquicamente superior a todas as demais normas, seguida então pelas Emendas Constitucionais, depois pelas Leis Complementares, posteriormente as Leis Ordinárias e assim por diante.

Vale lembrar, o exposto por Leite (2018, p. 80):

O problema da hierarquia das fontes do direito do trabalho, a nosso ver, não deve ser solucionado como no direito comum, uma vez que o art. 444 da CLT estabelece um conteúdo mínimo em prol do empregado, ou seja, não há falar-se em hierarquia, pelo menos do ponto de vista da dogmática tradicional, quando se está diante de uma norma prevendo uma condição socioeconômica mais favorável ao trabalhador.

Contudo, quando se fala em ordenamento jurídico trabalhista essa forma de organização legal hierarquizada é revista, face a aplicação do princípio da norma mais favorável visando sempre uma maior proteção ao trabalhador, ou seja, a norma mais favorável sempre estará no topo da pirâmide na aplicação das normas no direito do trabalho, restando as demais normas aplicáveis de forma residual ao caso concreto na justiça do trabalho.

Também, nesse sentido, ensina Martinez (2016, p. 92):

Nenhum outro ramo do direito é tão caracterizado pelo pluralismo de fontes legislativas quanto o direito do trabalho. Observe-se que um mesmo empregado pode estar regido simultaneamente pela lei, pelo contrato individual de emprego, pelo regulamento interno de trabalho elaborado pela empresa, por uma convenção coletiva de trabalho e, ainda, se for o caso, por um acordo coletivo de trabalho. O emaranhado de fontes se orienta e se organiza segundo o princípio da aplicação da norma mais favorável, observado, quando for o caso, o método do conglobamento por institutos (detalhes que serão oferecidos mais adiante), de modo que no ápice da pirâmide hierárquica normativa esteja sempre a regra geradora de melhorias nas condições sociais de trabalho.

Antes da reforma trabalhista, a lógica para aplicação do princípio da norma mais favorável ao caso concreto, era a utilização da teoria denominada simplesmente conglobamento, onde era possível analisar todas as fontes do direito para encontrar a norma mais benéfica e favorável ao trabalhador e por óbvio aplicá-la.

No entanto, com nova lei trabalhista vigente atualmente, surgiu um novo método para aplicação do princípio da norma mais favorável, qual seja, a teoria do conglobamento mitigado ou por instituto, ao qual o empregado fica restrito ao texto normativo acordado e fracionado ao mesmo assunto e mesma matéria sem condições de transpor essa condição.

Portanto, diante disso, não pode mais o trabalhador escolher e analisar todas as fontes do direito do trabalho disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, e entre todas elas, poder encontrar e aplicar a norma mais benéfica e favorável ao seu caso concreto, no entanto, agora após a reforma trabalhista somente pode aplicar, em específico, o que foi acordado entre empregado e empregador.

Além do mais, com a reformulação da legislação trabalhista, sofreram também uma grande flexibilização, o princípio da indisponibilidade, assim como todos os subprincípios do princípio da proteção, quais sejam, o subprincípio da regra da aplicação da norma mais favorável, o da regra da aplicação da condição mais benéfica e da regra do in dubio pro operário, ocorrida nos mencionados artigos 444, parágrafo único, 611-A e 620, todos da CLT.

No artigo 444, parágrafo único da CLT, a reforma laboral, estabelece que o contrato de trabalho prevalecerá sobre a norma coletiva. No artigo 611-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, a releitura da norma, dispõe que as convenções e acordos prevalecerão sobre a lei. Já no artigo 620 da CLT, a nova legislação trabalhista, deixa claro que o acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerá sobre a convenção coletiva de trabalho, portanto, a flexibilização sobre o entendimento e aplicação dos princípios basilares do direito do trabalho é evidente.

Desta feita, esses artigos deixam cristalina a violação sofrida pelo princípio da proteção, que é o princípio basilar do direito do trabalho, face a nova legislação trabalhista, mitigando a proteção recebida anteriormente pelo trabalhador, gerando insegurança ao empregado que possuía proteção integral da lei até então.

Ainda, nesse sentido, esclarece Leite (2018, p. 81):

No entanto, a chamada Reforma Trabalhista, instruída pela Lei 13.467/2017, encontra-se na contramão do fenômeno da constitucionalização do direito (e do processo) do trabalho, já que estabelece a supremacia das normas autocompositivas sobre as demais fontes normativas de proteção aos trabalhadores, como se depreende, por exemplo, do novel parágrafo único do art. 444 da CLT, que estabelece odiosa discriminação em desfavor dos trabalhadores com diploma de nível superior que percebam salários superiores ao dobro do

limite máximo dos benefícios pagos pela Previdência Social. Além disso, o art. 611-A da CLT, com redação dada pela Lei 13.467/2017, enaltece a prevalência das normas previstas em convenções e acordos coletivos sobre as disposições previstas em lei nas hipóteses em que a lei especifica. Igualmente, o art. 620 da CLT, com nova redação dada pela referida lei, prescreve que as “condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva de trabalho”.

Desta feita, o que ocorre com os outros artigos citados, acontece também com o novo artigo 507-A da CLT, que traz à tona a figura do empregado hipersuficiente, ou seja, aquele empregado com salário mensal igual ou maior do que duas vezes o limite máximo de benefícios do Regime Geral de Previdência, e ainda, com diploma de nível superior tem, segundo o legislador reformista, capacidade suficiente para negociar as cláusulas contratuais da relação de emprego e se impor perante o empregador.

Pois, este artigo trazido pela reforma trabalhista, nada mais é, do que a uma manifesta e clara violação do princípio da proteção, que gera, entre outras coisas, uma insegurança a classe trabalhadora que se encontra na situação de hipersuficiência, que não se depara mais, com a proteção integral que era garantida a todos os trabalhadores antes da reforma, pois esta condição, se mostra uma forma de estratificar os empregados dentro das empresas, criando uma diferença nefasta entre os trabalhadores, que não existia até então.

Destarte, os artigos apresentados nesse estudo, são frutos do novo modelo de legislação trabalhista, que entram em conflito veemente com os princípios basilares e mais importantes para o direito trabalhista, como por exemplo, o princípio da indisponibilidade e o princípio da autonomia da vontade, trazendo assim, de certa forma, uma grande possibilidade de inconstitucionalidade dos artigos apresentados, justificada diante da nova postura adotada pelo legislador infraconstitucional em adotar a livre negociação entre as partes, como regra no direito do trabalho .

3.1 EFICÁCIA TEMPORAL DA LEI Nº 13.467/2017

A eficácia da nova legislação trabalhista brasileira é imediata, assim como a aplicação de toda e qualquer regra contemporânea e juridicamente imposta, devendo somente observar a *vacatio legis*, que corresponde ao período entre a data de publicação da lei, e a sua efetiva vigência.

Destarte, sobre a aplicação das normas no Direito do Trabalho, aponta Delgado (2017, p. 259):

Aplicação do Direito consiste no processo de realização da incidência da norma abstrata sobre o caso concreto. Aferidas as circunstâncias e elementos caracterizadores da situação fática enfocada, e pesquisada e interpretada a ordem jurídica, o operador do Direito consoma a incidência do preceito normativo pertinente à situação real examinada.

A dinâmica da aplicação jurídica implica, desse modo, uma “passagem do plano abstrato ao plano concreto, do plano geral ao plano particular, o que traduz uma operação de dedução. O instrumento para efetuação desse processo de aplicação do Direito concentra-se, fundamentalmente, em um silogismo, mediante o qual a norma jurídica desponta como premissa maior, o fato, como premissa menor, e a sentença, como conclusão.

Sobre a aplicação temporal da norma, discorre Delgado (2017, p. 260):

O Direito do trabalho submete-se ao princípio jurídico geral que rege o conflito das normas jurídicas no tempo: a norma jurídica emergente terá simples efeito imediato, respeitando, assim, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada (art. 5º, XXXVI, CF/88). Apenas por exceção, desde que claramente fixada no próprio texto constitucional, é que uma regra jurídica poderá afrontar situações passadas já definitivamente constituídas, vindo a rege-las de maneira alternativa àquela já consumada no tempo (por exemplo: art. 46 e parágrafo único, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, CF/88).

A aplicação temporal da reforma trabalhista foi regulamentada pela Medida Provisória nº 808 em 14 de novembro de 2017. No seu artigo 2º, a MP expõe que “O disposto na lei nº 13.467 de julho de 2017 se aplica na sua integralidade aos contratos de trabalhos vigentes”.

No entanto, aponta Leite (2018, p. 126):

Imperioso destacar que o art. 2º da MP 808, de 14.11.2017, prevê expressamente que a Lei 13.467, de 13.07.2017, “se aplica, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes”. Este novo dispositivo, porém, deve ser interpretado conforme a Constituição, que só permite a edição de Emendas Constitucionais ou leis que visem à melhoria das condições

sociais dos trabalhadores (art. 7º, caput) e veda a retroatividade das leis (art. 5º, XXXVI, *in casu*, ato jurídico perfeito), bem como em observância ao princípio da progressividade dos direitos sociais, positivado no art. 2º, n. 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil (Decreto Legislativo 226/1991 e Decreto Presidencial 591/1992).

Portanto, a Medida Provisória nº 808 propõe a aplicação da nova legislação trabalhista brasileira a todos os contratos de trabalho, sejam eles novos contratos firmados já após a reforma, ou àqueles anteriores e vigentes antes e durante a promulgação da nova lei.

Em seu artigo 6º, a Medida Provisória encaminhou, quando e como se daria sua aplicação aos contratos de trabalhos vigentes antes da reforma, bem como, sua aplicação aos contratos que serão celebrados após sua vigência, respeitando o prazo previsto no diploma legal de 120 dias de *vacatio legis*.

Nesse sentido discorre Delgado (2017, pag. 370):

Naturalmente que a nova lei ostenta vigência imediata a partir de 13 de novembro de 2017. Assim, ela captura todas as situações novas deflagradas a partir dessa data, quer no campo do Direito Material (relações trabalhistas novas, iniciadas em 13 de novembro de 2017 ou em período posterior a essa data), quer no campo do Direito Processual (ações trabalhistas novas, protocoladas em 13.11.2017 ou em período posterior a esse dia.

Nesse diapasão, ainda aponta Delgado (2017, p. 371):

De outro lado, há ponderações no sentido de que a Lei n.13.467/2017 teria de respeitar o direito adquirido pelos trabalhadores, em seus contratos de trabalhos antigos, não podendo modificar o conteúdo de tais contratos, ainda que esse conteúdo tenha sido criado, tempos atrás, por regra legal.

No entanto, a Medida Provisória nº 808 caducou em virtude da sua não aprovação por parte do Congresso Nacional, dentro do prazo previsto para sua votação, devido seu alto grau de inconstitucionalidade, determinado assim, o fim de sua vigência e refletindo, dessa forma, em insegurança jurídica aos trabalhadores sobre as condições de seus contratos de trabalho.

Atualmente, o que está em vigor para trazer uma mínima segurança jurídica referente a aplicação da Lei 13.467 de 2017 aos contratos de trabalho e emprego, é a Instrução Normativa nº 41/ 2018 editada pelo TST, que vigora em caráter temporário, até a edição de uma Medida Provisória que atenda de fato, a regulamentação de aplicação da reforma trabalhista.

A Instrução Normativa nº 41 de 2018, traz em seu artigo 1º:

A aplicação das normas processuais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho, alteradas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, com eficácia a partir de 11 de novembro, é imediata, sem atingir, no entanto, situações pretéritas iniciadas ou consolidadas sob a égide da lei revogada (TST, 2018).

Entende-se, dessa forma, que os efeitos produzidos pelas mudanças propostas na reforma laboral, somente poderão ser aplicados as demandas judiciais trabalhistas e contratos de trabalho propostos ou iniciados após a entrada em vigor da Lei 13.467 de 2017, respeitando a *vacatio legis* da norma em questão, ou seja, a partir da data de 11 de novembro de 2017, portanto, não sendo aplicáveis as reformas trazidas pela nova legislação trabalhista, aos processos trabalhistas e contratos de trabalho anteriores a este marco temporal.

Vale lembrar, que os novos contratos de trabalho firmados a partir da vigência da nova norma trabalhista devem se submeter a legislação em vigor, no entanto, devem ser respeitados os direitos adquiridos, os atos jurídicos perfeitos, e a coisa julgada, que estão constantes no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu inciso XXXVI.

Portanto, neste diapasão, o empregado que estava contratado antes da reforma trabalhista não poderá sofrer modificação, nem ser prejudicado com alterações no seu contrato de trabalho, salvo, somente, se tais mudanças sejam para melhorar as suas condições de labor no meio ambiente de trabalho dentro da empresa, respeitando sempre o que prega o subprincípio da condição mais benéfica ao trabalhador.

No entanto, em relação aos empregados considerados hipersuficientes pela nova legislação trabalhista, estes são exceção ao que foi posto no parágrafo anterior, e, portanto, poderão, se desejarem, renegociar seu contrato de trabalho, uma vez que o novo modelo de legislação laboral trabalhista trouxe esta possibilidade, mesmo se tratando de contrato de trabalho firmados antes da vigência da nova lei.

Em razão disso, a nova norma reformada somente terá efeito aos contratos anteriores a reforma, se sofrerem modificações no contrato de trabalho ocorridas

após a vigência da lei 13.467 de 2017, devendo apenas logicamente, respeitar o princípio da condição mais benéfica aos trabalhadores.

Por sua vez, no que diz respeito aos contratos de trabalho já vigentes antes da nova lei trabalhista e que não sofrerem alterações em seu conteúdo pós reforma trabalhista, permanecerão como foram assinados anteriormente, sem sofrer modificação alguma em suas cláusulas, ficando resguardados os direitos garantidos pelo modelo anterior da CLT.

A respeito da irretroatividade e da aplicação da nova legislação trabalhista, aos contratos de trabalho firmados antes, e aos acordados depois da reforma, explica Leite (2018, p. 125):

A eficácia da norma trabalhista no tempo leva em conta dois princípios constitucionais gerais: o da irretroatividade, uma vez que a lei não pode retroagir para prejudicar, pois deve respeitar o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI) e o da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, § 1º), na medida em que as normas que criam direitos fundamentais sociais entram em vigor imediatamente.

Ademais, sobre a eficácia intertemporal da norma processual trabalhista na ótica de Leite (2018, p. 138):

A eficácia da norma processual trabalhista no tempo é guiada por dois princípios fundamentais: o princípio da irretroatividade das normas processuais e o princípio do efeito imediato das normas processuais.

O princípio da irretroatividade das normas processuais informa que a lei não pode retroagir para prejudicar (CF, art. 5º, XXXVI). Este princípio, no entanto, há de ser entendido em termos, uma vez que, em se tratando de direito público (direito processual), o art. 915 da CLT diz: "Não serão prejudicados os recursos interpostos com apoio em dispositivos alterados ou cujo prazo para interposição esteja em curso à data da vigência desta Consolidação".

O princípio do efeito imediato reside no art. 912 da CLT, *in verbis*: "Os dispositivos de caráter imperativo terão aplicação imediata às relações iniciadas, mas não consumadas, antes da vigência desta Consolidação".

Em verdade, é proibida a retroatividade lesiva da lei que trata de questões materiais ou processuais no ordenamento jurídica brasileiro como um todo. Portanto, é impossível que a lei que não for mais benéfica que a anterior seja aplicada, ou seja, existe a impossibilidade de uma lei mais lesiva ser sobreposta a anterior que é considerada mais favorável e benéfica.

Além disso, no caso do direito do trabalho, essa proibição da retroatividade lesiva da lei no ordenamento jurídico nacional se mostra mais um meio para a aplicação do subprincípio da regra da norma mais favorável ao trabalhador, trazendo de forma mais contundente e efetiva a proteção que os empregados necessitam diante da superioridade patronal.

Ainda, a respeito da aplicação da nova legislação trabalhista brasileira, Lei 13.467 de 2017, mas agora, sobre a teoria do isolamento dos atos processuais no Direito Processual do Trabalho, ensina Leite (2018, p. 138):

Isto quer dizer que não há direito adquirido a dado recurso, mas o direito de recorrer é exercido de acordo com a lei que vigia ao tempo da publicação da decisão da qual se pretende recorrer. Adota-se, assim, o sistema conhecido por “isolamento dos atos processuais”. Segundo esse sistema, o processo do trabalho, assim como o processo civil, compreende uma série de atos processuais, que se coordenam e se sucedem dentro do procedimento, a partir da petição inicial e até a sentença que transitará em julgado.

Estando em desenvolvimento um processo, a lei nova regula, apenas, os atos processuais que se praticarão sob sua vigência. Os atos processuais realizados sob o império da lei anterior são validos e produzem os efeitos que lhes imprima a lei velha.

Este é o sistema adotado pelo CPC de 1973 e mantido no CPC de 2015, como se deduz do seu art. 1046, que diz que, “ao entrar vigor este Código, suas disposições se aplicarão desde logo aos processos pendentes, ficando revogada a Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973”.

Nesse caso, fica evidente que devido a teoria do isolamento dos atos processuais, a qual estabelece que esses atos não se comuniquem entre si, fica garantida que a aplicação da nova legislação trabalhista somente se dará aos novos atos dos processos em curso e terá sua imediata aplicação aos novos processos que iniciaram na vigência da reforma trabalhista.

É óbvio que, a aplicação dos atos processuais após a vigência da reforma laboral brasileira aplacará todos os processos em curso atualmente na Justiça do Trabalho, e estes por sua vez, deverão sempre respeitar o princípio basilar do direito do trabalho, qual seja, o princípio da proteção e observar também o cumprimento dos seus subprincípios.

Diante de que, essa análise se torna imprescindível, pois é indispensável a observação da aplicação dos direitos já adquiridos pelos trabalhadores, mesmo após a reforma. Garantindo que, estes benefícios estão sendo respeitados e aplicados aos atos de forma favorável ao trabalhador, pois para tanto, a Constituição Federal Brasileira de 1988, traz em seu texto a garantia constitucional da irretroatividade lesiva da lei, buscando preservar os contratos já estabelecidos e aplicar a nova regra somente aos contratos que serão realizados após a validade da nova regra, ou seja, devendo ser aplicada aos contratos firmados a partir da data de 11 de novembro de 2017.

3.2 LIMITAÇÃO AO PODER JUDICIÁRIO

Como se observa, as limitações impostas ao judiciário pela Lei 13.467/2017, ficam evidentes observando as adições de parágrafos feitas ao artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas:

As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

§ 1º O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho.

§ 2º Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstos em lei.

§ 3º No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico,

respeitando o disposto no art. 104 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. (BRASIL, 2017).

No tocante, o Poder Judiciário recebeu um recado do legislador reformista, que quem faz lei é o Poder Legislativo e não o Poder Judiciário, deixando bem clara essa posição, com as restrições impostas e também pelas revogações de entendimento já consolidados pela Justiça do Trabalho.

Nesse lance, a Lei 13.467 de 2017, atua no sentido de reprimir às Cortes trabalhistas em seu papel crucial de editar Súmulas e Orientações Jurisprudenciais da Justiça do Trabalho, que nada mais são, do que a análise do caso concreto, buscando a aplicação do princípio da proteção aos empregados.

Nota-se, que a força normativa concebida pelo legislador ao artigo 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas, sobretudo no parágrafo 2º e no parágrafo 3º do citado artigo, astuciosamente faz incidir uma situação em que o judiciário poderia suprir lacunas e omissões da lei e que agora, fica restrito a analisar se o negociado respeita os elementos essenciais do negócio jurídico, regidos pelo princípio da intervenção mínima e da autonomia da vontade.

Por exemplo, nos casos concretos onde o Poder Judiciário poderia intervir editando Súmulas ou Orientações Jurisprudenciais, fica prevalecendo agora a autonomia da vontade em detrimento da análise e julgamento técnico da lei, que eram proporcionados até então pelo Poder Judiciário em exame aos casos concretos, confirmando o maior valor e importância dados atualmente, aos Acordos e Convenções Coletivas, com a reforma da lei trabalhista.

Assim expõe, Cassar e Borges (2017, p. 36):

A Lei 13.467/2017 dificultou ao máximo a intervenção do Judiciário na validade das normas coletivas, limitando sua atuação. Adotou como princípio a intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, dando maior segurança às convenções e acordos coletivos e aos seres coletivos. Isto está refletido tanto no § 3º do art. 8º como no art. 611-A da CLT.

Decerto, a jurisprudência atua como pacificadora de entendimentos, ao passo que várias decisões de mesma natureza são integradas a legislação vigente e assim atualizando-a, e que dessa forma, vincula as decisões dos Juízes e dos Tribunais Superiores.

Em que pese, são várias decisões que são julgadas de forma uniforme e não somente apenas uma decisão isolada em particular, mas sim várias demandas, dada a sua importância na função de controlar as leis dentro dos princípios constitucionais, e que agora encontra-se impedido de fazê-lo pelos limites impostos ao Poder Judiciário pela reforma trabalhista.

Em momento anterior, o Poder Judiciário detinha a autoridade para manifestar-se sobre o conteúdo da norma trabalhista, visando proteger o empregado de possíveis irregularidades considerando no caso concreto a condição mais benéfica, a norma mais favorável e/ou, empregando o in dubio pro operário.

Agora, com reforma trabalhista, o Poder Judiciário não pode mais agir desta feita, mas somente em analisar a questão contratual envolvida, imposta pelo princípio da intervenção mínima adotado na legislação atual, não podendo mais suprir falhas ou lacunas que poderiam resguardar o empregado decidindo de forma imparcial para proteger o trabalhador.

Desta feita, a norma supramencionada fere o que diz a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 114:

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar (EC nº20/1998 e EC nº 45/2004): I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II – as ações que envolvam exercício do direito de greve; III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV – os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista, ressalvados o disposto no art. 102, I, o; VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação trabalho; VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII – a execução, de ofício, das contribuições sócias previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas,

de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. § 3º Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público de Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito (BRASIL, 1988).

Portanto, é profícuo salientar que a própria Constituição Federal de 1988, a lei maior do nosso ordenamento jurídico nos moldes apresentado por Kelsen, determina as matérias onde o Judiciário, através da Justiça do Trabalho, pode atuar, processando e julgando como aponta o supracitado artigo, no entanto o legislador infraconstitucional transformou os magistrados e tribunais do trabalho em reféns das leis ordinárias e não mais respeitando a Constituição Federal, ou seja, um inconcebível retrocesso ao amplo acesso à justiça.

Corroborando com o exposto Leite (2018, p. 68):

Em direção contrária ao neoconstitucionalismo (ou neopositivismo), que enaltece a força normativa da Constituição e adota a supremacia dos princípios e dos direitos fundamentais, a chamada Reforma Trabalhista, instituída pela Lei n. 13.467/2017, restringe a função interpretativa dos Tribunais e Juízes do Trabalho na aplicação do ordenamento jurídico.

É que depreende da leitura dos §§ 2º e 3º do art. 8º da CLT, inseridos pela referida lei, os quais revelam a verdadeira intenção do legislador reformador: desconstitucionalizar o Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho e introduzir o chamado modelo negociado sobre o legislado.

Ainda no mesmo sentido, complementa Leite (2018, p. 68):

Esses novos dispositivos (§§ 2º e 3º do art. 8º da CLT), a nosso sentir, são claramente inconstitucionais, por violarem os princípios que asseguram o amplo acesso à justiça, pois nenhuma lei pode impedir qualquer órgão do Poder Judiciário brasileiro de apreciar e julgar ação que veicule lesão ou ameaça a direito, e os princípios de autonomia e independência do Poder judiciário, na medida em que os juízes, no Estado Democrático de Direito e no modelo constitucional de

processo, têm a garantia (e o dever) de interpretar a lei e todos os dispositivos que compõe o ordenamento jurídico conforme os valores e normas da Constituição, cabendo-lhes, ainda, nessa perspectiva, atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficácia, como se infere dos arts. 1º e 8º do CPC de 2015, os quais devem ser aplicados ao processo do trabalho por força do art. 15 do mesmo Código e do art. 769 da CLT.

Destarte, fica evidente a tentativa de desconstitucionalização dos direitos trabalhistas, tirando dos trabalhadores os benefícios garantidos na Constituição Federal de 1988, que são amparados pelo princípio da proteção e seus subprincípios, empurrando para leis ordinárias, e para o legislador ordinário decidir como deve ser tratada a relação trabalhista.

Sobremais, nesse contexto, nem mesmo o Poder Judiciário poderá mais intervir, apreciando e dando resolução ao caso concreto, na aplicação do princípio da proteção seus subprincípios, quando necessário, e assim, satisfazer as necessidades dos trabalhadores em garantir a justiça de forma equânime nascidos da lei trabalhista.

Em outras palavras, fica notório que a nova legislação trabalhista Lei nº 13.467, de 13 julho de 2017 flexibiliza, modifica e subtrai direitos que até então estavam garantidos aos trabalhadores, infringindo, por meio da releitura e inclusão de artigos, incisos e parágrafos, o princípio da proteção e seus subprincípios.

Nesse contexto, o Direito do Trabalho que é dirigido pelo princípio da proteção garante ao trabalhador empregado, que é, reconhecidamente o ente da relação laboral que demanda cuidado especial pela sua capacidade econômica frágil perante o empregador, proteção e compensando a discrepância econômica com a proteção jurídica.

Como visto, essa proteção de forma alguma torna o empregado superior na relação com o empregador, mas empresta igualdade e justiça às partes envolvidas. O direito trabalhista, equilibra as relações de labor com o princípio da proteção, que dá origem aos seus subprincípios: norma mais favorável, condição mais benéfica, e o *in dubio pro operário*.

Contudo, a nova legislação trabalhista conduz-se por beneficiar o empregador em detrimento do empregado, pela violação do princípio da proteção e principalmente a mitigação do subprincípio da norma mais favorável, dado pela

nova redação apresentada na reforma laboral que se caracteriza pelo desmonte do princípio basilar do direito do trabalho.

3.3 DESINTELIGÊNCIA ENTRE AS NORMAS

Os principais direitos trabalhistas estão elencados na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seus artigos 7º ao 11º da lei máxima nacional. Essas normas constitucionais trabalhistas, portam propriedades de direitos fundamentais de segunda dimensão, e por isso, são consideradas como princípios imprescindíveis aos contratos de trabalho, por se tratarem de direitos sociais reconhecidos constitucionalmente e em leis diversas do ordenamento jurídico, afim de proteger o trabalhador.

Nesse contexto, discorre Leite (2018, p. 153):

A vinculação entre direitos humanos e direito processual do trabalho é corolário do reconhecimento de que o processo constitui instrumento de proteção e de realização dos direitos da pessoa que trabalha. Afinal, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reconhece os direitos sociais dos trabalhadores como direitos humanos de segunda dimensão e prevê, em seu art. 8º, que: “Toda a pessoa tem direito a recurso efetivo para as jurisdições nacionais competentes contra os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela Lei”. Vale dizer, o acesso à justiça, o que, modernamente, significa o acesso a um processo justo, é, inegavelmente, tema que exige do hermeneuta a aplicação interdisciplinar de direitos humanos e direito processual do trabalho.

Outrossim, os princípios dos direitos fundamentais podem ser pontuados como todas aquelas posturas jurídicas referentes a proteção das pessoas e amparadas nos princípios dos direitos humanos constitucionalmente garantidos, e legalmente positivados, justamente pelo seu caráter de indisponibilidade por parte de seus titulares, ressaltando a sua importância ímpar assegurando a dignidade humana perante aos indivíduos.

Assim sendo, embora o direito do trabalho seja formado por um conjunto de normas indisponíveis pois são considerados como norma cogente, ou seja, são de ordem pública para resguardar os direitos dos trabalhadores, os contratos de trabalho não perdem suas características de direito privado, pois regulam relações jurídicas entre particulares concretizadas pelas diretivas de vontade manifestadas por empregados e empregadores.

No mesmo sentido, ensina Tavares (2020, p. 908):

Outra característica, própria dos direitos sociais do trabalho, comumente apontada pelos doutrinadores, é a denominada irrenunciabilidade. Os direitos sociais são, nesse sentido, considerados normas cogentes, vale dizer, de ordem pública, não anuláveis por força da vontade dos interessados ou, no caso das relações trabalhistas, pela vontade das partes contratantes. Neste caso, ao trabalhador, por se tratar de parte hipossuficiente, sempre em posição de desvantagem em relação ao empregador, não é dado abrir mão ou dispor dos direitos anotados pela Constituição.

Daí por que, mesmo que o contrato de trabalho tenha caráter de direito privado, o princípio fundamental do direito trabalhista é o princípio da proteção, pois todos os direitos deste diploma legal imanam deste princípio, instrumento esse, que deseja afastar o trabalhador da posição de hipossuficiência perante seu empregador com o objetivo de simplesmente coloca-los em pé de igualdade com o tal.

Por óbvio, o Direito do Trabalho é orientado também por outros princípios basilares, que por vezes podem entrar em conflito entre si, e de certo modo levar um de encontro ao outro, como ocorre de maneira comumente na nova legislação trabalhista vigente atualmente, que foi disposta pela lei 13.467 de 2017, também conhecida como reforma trabalhista.

Em realidade, o princípio da indisponibilidade foi profundamente flexibilizado com a reforma, pois esse princípio assegura que os direitos trabalhistas não podem ser negados nem mesmo se tornarem disponíveis a qualquer trabalhador, por se tratarem de normas cogentes, portanto inegociáveis.

Vale lembrar, que as normas cogentes garantem o mínimo de proteção que o empregado necessita. O princípio da indisponibilidade, torna essas normas de certo modo coercitivas, para que de fato elas se concretizem e ofereçam a proteção necessária ao elo hipossuficiente da relação de trabalho que é o empregado.

Como se nota, a livre negociação acerca das condições e cláusulas contratuais do trabalho não era uma alternativa até então, com a reforma laboral o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas vai de encontro ao princípio da autonomia da vontade, ou seja, atualmente com a nova norma trabalhista em vigor, esse conceito restou totalmente prejudicado.

Como visto, antes da promulgação da reforma trabalhista as normas cogentes eram consideradas, já que, de modo algum e em nenhuma hipótese o

trabalhador em negociação com seu empregador, poderia estabelecer em contrato de trabalho nenhum direito a menos do que o mínimo garantido pela Constituição Federal Brasileira de 1988 e também do que estava firmado pela Consolidação das Leis Trabalhista, ou o que fosse mais benéfico ao empregado, levando-se em consideração o sistema jurídico como um todo, mas agora essa hipótese está legalmente aceita.

A respeito do conflito de princípios, leciona Leite (2018, p. 78):

Transplantando a teoria de Dworkin para o nosso ordenamento, poderíamos dizer que as normas constitucionais são o gênero que tem como espécie os princípios e as regras. Essa teoria possui grande mérito, com o qual concordamos, de desvendar que, ao contrário das regras, princípio não revoga princípio; antes se harmonizam, abrindo espaço para a aplicação da justiça no caso concreto, mediante outro princípio: o da razoabilidade, proporcionalidade ou ponderação de bens.

Nessa esteira, nota-se que os princípios não apresentam caráter imperioso, devido ao fato de que se tem grandes chances de ponderar conflitos e de se chegar a um equilíbrio, utilizando-se do princípio da proporcionalidade, e visando o equilíbrio e a ponderação entre os princípios em colisão, determinando-se de forma casuística qual princípio se assenta melhor ao caso concreto em questão.

Nesse passo, outra questão que merece atenção, são as restrições ao Poder Judiciário que a reforma trabalhista trouxe. Valendo-se da intervenção mínima o legislador reformista limitou a análise e fiscalização da aplicação das normas trabalhistas pelo Judiciário.

Com a adoção do princípio da intervenção mínima, o trabalhador pode ser prejudicado de várias formas e maneiras. O choque entre o princípio da intervenção mínima e o princípio da proteção traz como consequência, a limitação da atuação do Judiciário e prejudica a aplicação da proteção, pois desta forma, o princípio da proteção não prevalece mais sobre o princípio da intervenção mínima.

Ou seja, a regra fundamental do direito do trabalho era adotar medidas de proteção ao elo hipossuficiente da relação de labor, aplicando o princípio da proteção em favor do empregado, obedecendo a lógica de prevalência do princípio da proteção sobre o princípio da intervenção mínima, que não é mais possível atualmente diante da promulgação da Lei 13.467 de 2017.

Desta feita, era garantida pelo Poder Judiciário essa aplicação lógica, pois em análise ao caso concreto o Judiciário poderia verificar, se o contrato de trabalho

estava em conformidade com a Constituição Federal, ou com a CLT, ou com a norma que se mostrasse mais favorável ao trabalhador.

Ademais, expõe Leite (2018, p. 116):

Em outros termos, o ordenamento é coerente quando as normas que o compõem não sejam antinômicas ou conflituosas, pois elas devem guardar relação de coerência entre si. Já “um ordenamento jurídico é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema”.

Em análise última, estes conflitos normativos e principiológicos no âmbito do direito do trabalho, se resolveriam de forma racional e coerente observando-se um dos subprincípios do princípio da proteção, qual seja, o subprincípio da aplicação da regra da norma mais favorável.

Este princípio, por sua vez, estabelece que nos casos em que houver mais de uma norma aplicável ao caso em tela, deve-se, por óbvio, aplicar aquela norma que se mostre mais favorável ao trabalhador, mesmo que esse código em questão, esteja hierarquicamente em patamar inferior na escala de aplicação das leis, utilizando-se para tanto, a teoria do conglobamento, adotada pelo direito do trabalho, e que deve ser sempre aplicada, face as normas que versem sobre direitos fundamentais e indisponíveis.

Em suma, o Direito do Trabalho tem em sua essência, de ser um instrumento de proteção ao trabalhador e ao empregado, garantindo a correta regulamentação das condições de trabalho, das relações de emprego e dos contratos de trabalho celebrados, diante de seus empregadores e patrões, buscando ainda, que as reformas ou atualizações da legislação trabalhista, sejam sempre positivas a ambos os contratantes.

Por tais razões, que o Direito do Trabalho continuará procurando acompanhar as evoluções destas relações e das dinâmicas sociais que envolvem o trabalho, buscando atualização legislativa, mas sempre devendo respeitar e garantir que os princípios basilares do Direito do Trabalho não sejam, em hipótese alguma, ignorados e que sempre sejam aplicados, de forma a proteger o trabalhador que sempre será a parte hipossuficiente da relação de trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Posto isso, no presente trabalho verificou-se que o princípio da proteção é um triunfo da classe trabalhadora em busca da igualdade material entre o empregado e o seu empregador nas relações de emprego. No entanto, ao analisar as alterações conduzidas pela nova legislação trabalhista Lei nº 13.467 de 2017, notou-se uma considerável relativização dos princípios protetivos que historicamente foram alcançados pelos trabalhadores.

A violação dos princípios basilares do Direito do Trabalho trazidos pela reforma trabalhista, tornaram vários direitos conquistados e positivados pela Consolidação das Leis Trabalhistas, pela atuação e participação dos Sindicatos de classe, pelo Judiciário na edição de Sumulas e Orientações Jurisprudenciais, e até mesmo àqueles ditados pela Constituição Federal Brasileira de 1988, inócuos.

A nova legislação trabalhista brasileira, flexibilizou, descaracterizou e também retirou direitos anteriormente conquistados pelos trabalhadores, diante da violação latente do princípio da proteção, e sobretudo na aplicação da norma mais favorável, ficando evidente essa contingência na releitura e na inclusão de alguns artigos, incisos e parágrafos instituídos pela reforma.

No contexto histórico, observou-se a evolução paulatina na conquista dos direitos trabalhistas, já que ao longo da história a relação de trabalho sempre foi de desigualdade entre patrão e empregado, e que atualmente, ficou claro o conceito e aplicação do princípio da proteção e de seus subprincípios na relação de trabalho e emprego, sobretudo pela indisponibilidade destes direitos conquistados.

Tendo em vista que, historicamente os trabalhadores se caracterizavam por serem um objeto, com a chamada coisificação do ser humano, onde não recebiam salários, as jornadas de trabalho eram abusivas e sem qualquer garantias e direitos, pois as pessoas se tratavam de um ativo de seus senhores e não de seres humanos, e diante disso, descobriu-se a necessidade de proteção ao trabalhador, com uma legislação que garantisse sua dignidade como ser humano e proteção de suas garantias fundamentais, inclusive como empregados.

Atualmente, como verificou-se, o ordenamento jurídico trabalhista brasileiro molda-se pelo princípio basilar da proteção, que é a sua essência por si só, e traduz a existência do Direito do Trabalho, que existe somente para dar proteção ao trabalhador, diante da sua condição de subordinado e hipossuficiente perante o seu empregador.

Abordou-se também, que o princípio da proteção não tem o condão de tornar o trabalhador superior ao seu empregador, mas sim, emprestar igualdade

entre as partes, ou seja, este princípio é o degrau que o trabalhador pode se utilizar para subir e se igualar em altura com seu empregador, traduzindo-se assim, o conceito de equidade e paridade de armas entre as partes na relação de trabalho e emprego.

Por isso, estudou-se que o princípio da proteção se decompõe em outros três princípios ou subprincípios que deixam cristalina sua ocupação, quais sejam, a regra do in dubio pro operário que se aplica quando subsiste dúvidas sobre a hermenêutica das normas, ou seja, devendo-se aplicar ao caso concreto a norma mais favorável ao trabalhador em caso de dúvidas.

Outro subprincípio da proteção abordado, foi o da regra da aplicação da norma mais favorável, isto é, quando houver duas ou mais normas sobre o mesmo assunto, deve ser aplicada ao caso concreto o modelo que se apresente mais favorável ao empregado, mesmo que se altere a aplicação comumente usada no ordenamento jurídico, respeitando a teoria do conglobamento que é usada para garantir o mais favorável ao trabalhador.

Por fim, examinou-se o subprincípio da aplicação da condição mais benéfica, o qual significa, ao trabalhador, que seu contrato de trabalho nunca será alterado para uma situação que piore sua condição diante do que está estabelecido no contrato de trabalho, exceto, para alterações que o favoreçam diante da sua condição atual, devendo essa modificação ser sempre para melhor, e também, ser aceita pelo empregado antes da sua alteração.

Como visto, o Direito do Trabalho foi fundado no princípio da proteção, se tratando por consequência disso, de normas com força cogente e de ordem pública, significando que são direitos indisponíveis ao trabalhador, pois estão contidos na Constituição Federal Brasileira de 1988, em seu artigo 7º e na Consolidação das Leis Trabalhistas.

Descobriu-se que os direitos dos trabalhadores estão previstos em lei e se tratam de normas de força cogente e de ordem pública. Assim dizendo, são direitos indisponíveis por parte dos trabalhadores, ou seja, não podem ser ignorados, disponibilizados ou negociados, somente podem ser aperfeiçoados e ampliados sempre buscando um meio ambiente de trabalho mais favorável e buscando as melhores condições de labor aos empregados, evitando-se assim o retrocesso.

Diversamente, observou-se que a nova legislação trabalhista surgiu como um mecanismo mais adequado para administração da crise econômica enfrentada pelo país. Com a justificativa de que enfrentaria o nível de desemprego alarmante, trazendo maior segurança ao setor empresarial pela maior flexibilização do contrato

de trabalho garantida pela reforma trabalhista, esperando-se assim, como consequência, a geração de mais empregos.

Entretanto, como verificou-se no presente Trabalho de Conclusão de Curso, o princípio da proteção que é basilar no direito laboral brasileiro, foi duramente mitigado, como por exemplos utilizados os artigos 444, parágrafo único, 611-A e 620, todos da Consolidação da Leis Trabalhistas.

Como visto, o parágrafo único do artigo 444 da CLT traz à tona a figura do trabalhador hipersuficiente, que se diferencia dos demais trabalhadores por ser um empregado com formação acadêmica e concomitantemente receber um salário no montante de cerca de R\$ 12.000,00 (doze mil reais).

Diante dessas condições analisadas, o empregado hipersuficiente está permitido a negociar livremente suas condições de trabalho com o empregador, disponibilizando seus direitos em contrato de trabalho com cláusulas que se equivalem a uma Convenção Coletiva, e dessa forma, claramente está sendo ignorada de sobremaneira a aplicação da norma mais favorável e a condição mais benéfica ao empregado.

Ainda, observou-se que a releitura feita pela reforma ao artigo 620 da Consolidação das Leis Trabalhistas, que garante agora aos Acordos Coletivos prevalência sobre as Convenções Coletivas de Trabalho, ou seja, diante disso, pouco ou nada importa a aplicação do subprincípio da norma mais favorável ao trabalhador.

Por fim, testemunhou-se que o artigo 611-A da Consolidação das Leis Trabalhistas, que traz em seu conteúdo um rol não taxativo e apenas exemplificativo do que pode ser flexibilizado e aplicado aos contratos de trabalho. Desta feita, apreciou-se que o referido artigo, pode ter seu rol ampliado entre as partes negociantes, dependendo da interpretação feita, limitando-se profundamente o poder de análise e aplicação de normas ao caso concreto pelo Judiciário nas questões trabalhistas, o que deixa clara a prevalência absoluta do negociado sobre o legislado.

Conseqüentemente, observou-se contudo, que a nova legislação trabalhista brasileira, imposta pela Lei 13.467 de julho de 2017, objetivou beneficiar o empregador em detrimento das necessidades e direitos historicamente conquistados pelos empregados. Promovendo uma violação do Princípio da Proteção que é o princípio basilar do Direito do Trabalho.

Assim, o presente Trabalho de Conclusão de Curso, presenciou que a Reforma Trabalhista demonstra um retrocesso na aplicação do Princípio da Proteção, e que a legislação trabalhista vem sofrendo atualmente uma relativização sem precedentes, colocando a pacificação e o bem-estar social em segundo plano, e por

quanto, somente preocupada em buscar o benefício de alguns poucos em detrimento de toda a sociedade, causando como consequência, uma maior desigualdade social, traduzida pela maior concentração da renda na mão dos empresários, e não distribuição de parte desta riqueza, que era distribuída em forma de direitos trabalhistas conquistados até então, e que agora, restaram violados e mitigados pela nova legislação trabalhista brasileira Lei nº 13.467/2017.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10ª edição. São Paulo: LTr, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 53ª edição. Brasília: Edições Câmara, 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à Reforma Trabalhista**. 1ª edição. São Paulo: Método, 2017.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho**. 9ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. 1ª edição. São Paulo: LTr, 2017.

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

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

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 16ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 26ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3ª edição. São Paulo: LTr, 2000.

SENADO FEDERAL. **Consolidação das Leis do Trabalho – CLT**. 2º edição. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas, 2018.

TAVAREZ, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 18ª edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Informativo TST: Compilação**. 1ª à 189ª edição. Brasília: Coordenadoria de Jurisprudência, 2018.

VIVEIROS. Luciano. **CLT - Comentada pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017)**. 9ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS OMISSIVOS NA LINHA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA:

Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Tradicionalmente, a maioria da doutrina e jurisprudência brasileiras vem indicando que o ordenamento jurídico vigente contempla a teoria da responsabilidade objetiva do Estado na hipótese de danos que seus agentes, nesta condição, **causarem** a terceiros, adotando a teoria do risco administrativo. A constituição Federal, em seu artigo 37, § 6º, dispõe que:

"as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes causarem, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."

Deste modo, em se tratando de condutas comissivas, a responsabilidade civil do Estado se dá de forma objetiva, independentemente da demonstração de culpa da Administração ou do agente público causador do dano.

Não obstante inexistam grandes divergências doutrinárias e jurisprudenciais quando o assunto é a responsabilidade civil do Estado por atos comissivos, em se tratando da responsabilidade civil por omissão o cenário de uniformidade não se repete.

Neste viés, percebe-se que, no contexto atual, existe uma tendência de mudança de postura quando a questão é a responsabilidade civil do Estado em razão de omissão do Poder Público. Conforme será possível constatar mais adiante, a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva nas hipóteses de danos decorrentes de omissões do Estado, até então predominante no cenário jurídico nacional, está perdendo espaço para os que defendem a incidência de responsabilidade objetiva do Estado tanto nos casos de atos comissivos quando de omissivos.

De todo modo, a mudança de cenário jurisprudencial indicada não representa, jamais, a incorporação na ordem jurídica vigente da Teoria do Risco Integral, de modo que a responsabilidade da Administração Pública pode ser afastada em diversas situações, como adiante melhor se esclarecerá.

Assim, o escopo deste trabalho volta-se para uma breve análise acerca da nova linha de jurisprudência que vem se formando no âmbito do Supremo Tribunal Federal quando o assunto é a responsabilidade civil do Estado por omissão, buscando identificar o que essa alteração de fato representa em termos prático para responsabilização do Poder Público.

Quando o assunto é a responsabilidade civil do Estado, as civilizações vêm experimentando a incorporação em seus ordenamentos de variadas teorias, desde as que defendem a total irresponsabilidade do Estado, passando pela teoria da culpa administrativa, até as que se pautam pela responsabilidade objetiva, calcadas no risco administrativo.

No âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, embora sedimentada a responsabilidade civil objetiva do Estado, ao menos em se tratando de atos comissivos, foi incorporada a Teoria do Risco Administrativo, com a possibilidade excludentes do dever de indenizar, como, por exemplo, na situação de culpa exclusiva da vítima.

Na linha da Teoria do Risco Administrativo, o Estado, enquanto Ente superior e detentor de prerrogativas em face dos particulares, passou a assumir os riscos de suas atividades, colocando o ônus dos prejuízos causados aos particulares na coletividade personificada na figura estatal. Assim, quando o Estado atua o faz em benefício da sociedade, então, o ônus dos danos decorrentes dessa atividade estatal deve ser suportado pela própria coletividade, e não pelos particulares.

Neste toar, a Constituição Federal de 1988 fez consignar em seu corpo que 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 terceiro, independentemente de dolo ou culpa.

Assim, ao que se percebe, a Carta Maior incorporou em seu texto a Teoria do Risco Administrativo, possibilitando a responsabilização objetiva do Estado, independentemente da comprovação de dolo ou culpa de seus agentes, ao menos em se tratando de danos causados por ação.

Em se tratando da responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, a doutrina especializada nacional era quase que uníssona em propugnar a aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva, onde a imputação de responsabilidade à

Administração Pública dependeria da comprovação de falha ou falta na prestação do serviço.

Nomes de relevo na doutrina do Direito Administrativo há muito defendem que, nos casos em que não se está diante de uma conduta comissiva do Estado, sua responsabilização depende da demonstração do elemento culpa. A esse respeito cumpre observar as lições de José dos Santos Carvalho Filho, que sabiamente ensina:

"Quando a conduta do estatal for omissiva, será preciso distinguir se a omissão constitui, ou não, fato gerador da responsabilidade civil do Estado. Nem toda conduta omissiva retrata um desleixo do Estado em cumprir seu dever legal; se assim for, não se configurará a responsabilidade estatal. Somente quando o Estado se omitir diante do dever legal de impedir a ocorrência do dano é que será responsável civilmente e obrigado a reparar os prejuízos. A consequência, dessa maneira, reside em que a responsabilidade civil do Estado, no caso de conduta omissiva, só se desenhará quando presentes estiverem os elementos que caracterizam a culpa. A culpa origina-se, na espécie, do descumprimento do dever legal atribuído ao poder público de impedir a consumação do dano. Resulta, por conseguinte, que, nas omissões estatais, a teoria da responsabilidade objetiva não tem perfeita aplicabilidade, como ocorre nas condutas comissivas.⁵

No mesmo sentido são os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, que assim leciona:

"Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) é de se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode logicamente, ser ele o autor do dano. E, se não foi o autor, só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumprir dever legal que lhe impunha obstar ao evento lesivo.

Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as consequências da lesão. Logo, a

⁵ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 24ªed. Editora Lumen juris, 2011. p. 517

*responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constitua em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.*⁶

Assim, percebe-se a existência de doutrina de peso propugnando pela aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva como pressuposto para responsabilização civil do Estado por atos omissivos, *mediante comprovação da má prestação ou da prestação ineficiente do serviço ou, ainda, da prestação atrasada do serviço.*

O próprio Supremo Tribunal Federal, em posição que não mais prevalece na Corte, incorporava em seus julgados a aplicação da teoria da responsabilidade civil subjetiva para as situações de danos decorrentes de omissões do Poder Público, conforme se percebe do julgado abaixo transcrito, que refletia essa posição:

EMENTA: Responsabilidade civil do Estado, por dano causado por terceiro, em razão de negligência culposa de agente público: recurso extraordinário: descabimento: questão de natureza infraconstitucional ou que demanda reexame de fatos e provas. Acertado, definitivamente, nas instâncias de mérito, a existência de omissão ou de negligência culposa do agente público, nas circunstâncias do caso e o nexo de causalidade entre a sua culpa e a ação do terceiro, a questão ou é de ser resolvida à luz do regime da responsabilidade subjetiva, de natureza infraconstitucional, ou demanda o reexame de toda a matéria de fato e das provas dos autos, inviáveis no extraordinário. (RE 235524 AgR, Relator(a): SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 30/06/2004, DJ 20-08-2004 PP-00047 EMENT VOL-02160-02 PP-00391 RT v. 94, n. 831, 2005, p. 189-191)

Todavia, esse posicionamento não mais prevalece no âmbito do Supremo Tribunal Federal, tendo, atualmente, o STF adotado a teoria do risco administrativo, com imputação de responsabilidade objetiva ao Estado, tanto nas situações de atos comissivos quanto omissivos, conforme-se vê da ementa do julgado seguinte:

⁶ MELLO Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 17^a ed. Editora Malheiros, São Paulo, 2004. p.895

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FISCALIZAÇÃO DO COMÉRCIO DE FOGOS DE ARTIFÍCIO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NECESSIDADE DE VIOLAÇÃO DO DEVER JURÍDICO ESPECÍFICO DE AGIR. 1. A Constituição Federal, no art. 37, § 6º, consagra a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos. Aplicação da teoria do risco administrativo. Precedentes da CORTE. 2. Para a caracterização da responsabilidade civil estatal, há a necessidade da observância de requisitos mínimos para aplicação da responsabilidade objetiva, quais sejam: a) existência de um dano; b) ação ou omissão administrativa; c) ocorrência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa; e d) ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. 3. Na hipótese, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo concluiu, pautado na doutrina da teoria do risco administrativo e com base na legislação local, que não poderia ser atribuída ao Município de São Paulo a responsabilidade civil pela explosão ocorrida em loja de fogos de artifício. Entendeu-se que não houve omissão estatal na fiscalização da atividade, uma vez que os proprietários do comércio desenvolviam a atividade de forma clandestina, pois ausente a autorização estatal para comercialização de fogos de artifício. 4. Fixada a seguinte tese de Repercussão Geral: “Para que fique caracterizada a responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes do comércio de fogos de artifício, é necessário que exista a violação de um dever jurídico específico de agir, que ocorrerá quando for concedida a licença para funcionamento sem as cautelas legais ou quando for de conhecimento do poder público eventuais irregularidades praticadas pelo particular”. 5. Recurso extraordinário desprovido.

(RE 136861, Relator(a): EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-201 DIVULG 12-08-2020 PUBLIC 13-08-2020 REPUBLICAÇÃO: DJe-011 DIVULG 21-01-2021 PUBLIC 22-01-2021)

Assim, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência, passando a incorporar a Teoria do Risco Administrativo com a responsabilização objetiva do Estado em razão dos danos causados por omissões do Poder Público.

Não obstante, é preciso destacar que não houve a incorporação da teoria do risco integral, de modo que a responsabilidade civil do Estado, seja por ação ou omissão, continua dependendo da existência de um dano causado por ação ou omissão administrativa, mediante constatação denexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa, e da ausência de causa excludente da responsabilidade estatal.

Então, a par do Supremo Tribunal Federal apontar para a aplicação da responsabilidade objetiva do Estado, inclusive quando o dano for decorrente de omissão da Administração, há pressupostos necessários a serem atendidos para que se configure a responsabilidade do Estado e o consequente dever de indenizar.

Em primeiro, é imprescindível a existência de um dano e que este tenha sido decorrente de uma omissão do Poder Público. É necessário que haja uma correlação de causalidade entre a omissão do Estado e o dano sofrido pelo particular, ou seja, o dano deve ser consequência de uma omissão do Estado quando existia o dever de agir. É o que se chama de nexo causal.

Como exemplo da atuação do fator “nexo causal” poderíamos pensar em uma pessoa que, em sua residência, sofre um mal súbito e vem a óbito abruptamente e, em paralelo, há uma demora excessiva no socorro médico após a solicitação de familiares. Nesta situação hipotética, acaso se constate que, quando do acionamento do serviço público de atendimento móvel de emergência pelos familiares, o paciente já estava em óbito, não se pode atribuir a responsabilidade pelo resultado morte ao Poder Público, ainda que, de fato, tenha havido ineficiência no socorro solicitado, pois, nessa situação, o nexo causal não restaria configurado.

Há ainda situações que, embora acabem agindo no campo no nexo causal, são comumente alçadas à condição de excludentes de responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima e o caso fortuito ou de força maior. Nesta perspectiva, o próprio Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a inexistência de responsabilidade do Poder Público quando há o rompimento do nexo de causalidade, como na situação de dano causado a terceiro por foragido do sistema prisional, quando esse dano não guardar relação direta com a fuga, conforme se vê do julgado abaixo transcrito:

EMENTA. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOA CONDENADA CRIMINALMENTE, FORAGIDA DO SISTEMA PRISIONAL. DANO CAUSADO A TERCEIROS. INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL ENTRE O ATO DA FUGA E A CONDUTA DANOSA. AUSÊNCIA DE DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO. PROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO.

1. A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público baseia-se no risco administrativo, sendo objetiva, exige os seguintes requisitos: ocorrência do dano; ação ou omissão administrativa; existência de nexos causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa e ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. . 2. A jurisprudência desta CORTE, inclusive, entende ser objetiva a responsabilidade civil decorrente de omissão, seja das pessoas jurídicas de direito público ou das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público. 3. Entretanto, o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias como o caso fortuito e a força maior ou evidências de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima. 4. A fuga de presidiário e o cometimento de crime, sem qualquer relação lógica com sua evasão, extirpa o elemento normativo, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente. Nesse cenário, em que não há causalidade direta para fins de atribuição de responsabilidade civil extracontratual do Poder Público, não se apresentam os requisitos necessários para a imputação da responsabilidade objetiva prevista na Constituição Federal - em especial, como já citado, por ausência do nexos causal. 5. Recurso Extraordinário a que se dá provimento para julgar improcedentes os pedidos iniciais. Tema 362, fixada a seguinte tese de repercussão geral: "Nos termos do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, não se caracteriza a responsabilidade civil objetiva do Estado por danos decorrentes de crime praticado por pessoa foragida do sistema prisional, quando não demonstrado o nexos causal direto entre o momento da fuga e a conduta praticada".

(RE 608880, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-240 DIVULG 30-09-2020 PUBLIC 01-10-2020)

Assim, não obstante o Supremo Tribunal Federal tenha adotado em seus julgados mais recentes a teoria que imputa responsabilidade objetiva do Estado, tanto nos casos de danos decorrentes de ação como nos de omissão, essa responsabilidade deve ser afastada sempre que o nexos de causalidade entre o dano e a ação ou omissão estatal não restar caracterizado.

Nestes termos, é possível concluir que houve alteração de posicionamento jurisprudencial em matéria de responsabilidade civil do Estado por atos omissivos, especialmente em função das mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal, no sentido de adotar teoria do risco administrativo, com responsabilização objetiva do Estado pelos danos causados, seja por ação ou omissão.

Então, na linha da atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a Administração Pública deve responder de forma objetiva pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, por ação ou omissão, admitindo-se, todavia, a exclusão de responsabilidade por falta de nexo causal entre o dano e a ação ou omissão administrativa ou diante da constatação de causas excludentes da responsabilidade estatal, como a culpa exclusiva da vítima e o caso fortuito ou de força maior, que, em última análise, findam por romper o próprio nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito Tributário Esquematizado*. Ed. 3ª. São Paulo: ED. Método, 2009.

ATALIBA, Geraldo. *Hipótese de Incidência Tributária*. 6º ed. São Paulo: ED. Malheiros, 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, ed 24ª. São Paulo: ED. Saraiva, 2012.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 24ªed. Editora Lumen juris, 2011

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 18ª ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2005.

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

O GENOCÍDIO RUANDÊS: FELICIEN KABUGA E O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA APÓS 26 ANOS.

VITOR HUGO SAMPAIO:

Estudante de Direito na Universidade de Taubaté-SP, realizou parte da graduação na Universidade de Coimbra (Portugal).

Edson Sampaio da Silva[i]

(orientador)

RESUMO: O escopo do presente artigo é trazer à baila, através de uma abordagem mista, um episódio bárbaro que chocou toda a comunidade internacional no fim do Século XX, o genocídio Tutsi em Ruanda, a que por sua vez voltou a ocupar os holofotes midiáticos com a prisão de Felicien Kabuga. A partir de estudos históricos será relatado brevemente a história da sociedade ruandesa, de sua formação e estruturação social ao genocídio, a fim de se ter uma melhor compreensão sobre o episódio. Além disso, será exposto o papel de Kabuga e da rádio RTLM no massacre. Por fim, será feita uma análise doutrinária e legislativa dos crimes constantes em sua peça acusatória, sob a luz do Direito Internacional Humanitário e dos tratados internacionais de direitos humanos.

Palavras chave: Genocídio ruandês. Direito Internacional Humanitário. Felicien Kabuga. Crimes contra a humanidade.

ABSTRACT: The scope of this article is to bring up, through a mixed approach, a barbaric episode that shocked the entire international community at the end of the 20th century, the Tutsi genocide in Rwanda, which in turn, once again occupying the media spotlights due to the arrest of Felicien Kabuga. From historical studies will be briefly reported the history of Rwandan society, from its formation and social structuring to genocide, in order to in order to have a better understanding of the episode. In addition, kabuga's and RTLM radio role in the massacre will be exposed. Finally, it will be done, a doctrinal and legislative analysis of the crimes contained on his indictment will be made, by the light of the International Human Rights Law and international human rights treatises.

Key Words: Rwandan Genocide. International Human Rights Law. Felicien Kabuga. Crimes against humanity

SUMÁRIO: Introdução. 1. Ruanda: História e divisões étnicas. 2. O papel de Felicien Kabuga no genocídio: A rádio RTLM e as milícias hutus. 3. As acusações que Felicien Kabuga enfrentará no Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR). Considerações finais. Referências.

Introdução

Após 26 anos de busca Felicien Kabuga, o magnata conhecido como o 'tesoureiro do genocídio' em Ruanda e um dos homens mais procurados do mundo, cuja recompensa para quem dispusesse de informações relevantes acerca de seu paradeiro alcançou a marca de U\$\$ 5, 000.000,00. (Cinco milhões de dólares) pelo governo dos EUA[1], foi finalmente detido, em um apartamento em Paris, em maio de 2020, após duas décadas foragido.

Apontado como um dos principais financiadores do genocídio que assolou o país em 1994, cujas marcas na sociedade ruandesa reverberam até hoje irá ser julgado no Tribunal Penal Internacional para Ruanda, e se sentará no mesmo banco de outros algozes já condenados.

Acusado de Genocídio, crimes contra a humanidade e outras graves violações ao direito internacional humanitário, apontado como um dos financiadores do genocídio ruandês, Kabuga atualmente encontra-se sob a jurisdição da ONU, após decisão pela sua extradição pela mais alta corte francesa (*cour de cassation*). Agora ele irá de encontro com o seu justo e merecido destino, um julgamento no Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

O genocídio que chocou toda a comunidade internacional ceifou aproximadamente 800 mil vidas, as razões deste massacre se encontram na análise da estruturação da sociedade ruandesa, um país que tem por marca registrada a divisão étnica, umbilicalmente ligado à própria história de Ruanda, divisões que para além de serem sociais também eram institucionais.

O tribunal Penal Internacional para Ruanda foi um tribunal *ad hoc*, estruturado de maneira semelhante ao Tribunal Penal Internacional para a Ex- Iugoslávia, cuja competência é apurar, acusar e julgar os algozes acusados pelas mais graves violações ao Direito Internacional humanitário, como genocídio e crimes contra a humanidade em suas diversas modalidades.

Deste modo no artigo encontraremos informações e dados sobre aquele que foi um dos episódios mais bárbaros do Séc. XX, o genocídio em Ruanda, a partir de uma breve consideração histórica sobre a divisão étnica no país, a fim de trazer uma melhor compreensão das peculiaridades ruandesas até a eclosão do massacre em 1994.

Assim como será especificado o papel exercido por Felicien Kabuga no genocídio, como financiador de milícias hutus e antigo presidente da *Radio Television Libre Mille Collines (RTLM)*, principal difusora de mensagens de ódio contra a etnia tutsi no país, por derradeiro teceremos alguns comentários sobre os crimes constantes na acusação de Kabuga, no caso, genocídio e crimes contra a humanidade, sob a luz do Direito internacional humanitário.

1- Ruanda: História e divisões étnicas

O país desde sua história pré-colonial é marcado pelas divisões sociais de cunho étnico, havia três grandes etnias em Ruanda, os hutus, a grande maioria, correspondente a 84% da população, e a minoria tutsi correspondente a 14%, e ainda, havia um pequeno grupo que correspondia a 1% do contingente populacional, denominado Twa.[ii]

Tais divisões étnicas eram definidas em acordo com algumas características fenotípicas, os hutus eram mais baixos, e o físico mais compacto, já os tutsis eram mais altos, com feições angulosas, e os Twa, eram pigmeus, e durante o período colonial, muitos deles serviam como “bobos da corte”, para além disso, durante o período colonial, os europeus se identificavam mais com a população tutsi por algumas feições faciais, visto que os tutsis tinham o nariz e os lábios mais finos que o restante da população.

No Séc.XIX, houve a divisão arbitrária do continente africano pelas potências europeias, o que ficou conhecido como “partilha da África”, formalizado na conferência de Berlim (1884-1885), com a justificativa escusa de “civilizar” o continente os europeus não só partilharam territórios entre si, mas como também delimitaram fronteiras artificiais no continente, deste modo, o território Ruandês ficou determinado à Alemanha, e em 1894 o conde Gustav Adolf Von Gotzen foi até o país tomar posse da Colônia em nome da Alemanha.

Cumprir trazer à baila, que o regime político em Ruanda antes da invasão europeia, era uma monarquia, cujo rei era tutsi, assim como todos os membros da administração pública também eram pertencentes à etnia, aos hutus lhes eram relegados trabalhos manuais nas lavouras e no campo, cuja imensa maioria era analfabeta. Com a derrota alemã na primeira grande guerra (1914-1918), o território Ruandês ficou a cargo da monarquia belga, foi o início de um período brutal de dominação, com o recrudescimento da divisão étnica no país.

Durante todo o período colonial belga, os tutsis se mantiveram no centro no poder, e nos cargos administrativos da burocracia estatal colonial, em 1933 houve um censo populacional no país realizado pelos belgas, em que todo cidadão de Ruandês recebeu um cartão de identidade com a etnia discriminada, cumpre ressaltar

que na hierarquia étnica colonial, os europeus ocupavam o topo da pirâmide, logo após vinham os tutsis, e os hutus eram mantidos na base.

“[...]Ao mesmo tempo, os belgas incentivaram esse comportamento, pois somente tutsis podiam se oficiais. Eles sistematicamente retiraram os hutus das posições de poder e os excluíam do acesso à educação superior que eram voltadas a preparação de cargos administrativos. Dessa forma, eles impuseram o monopólio tutsi da vida pública não só nas décadas de 20 e 30, mas também para as futuras gerações. Os únicos hutus que conseguiram fugir dos trabalhos braçais foram os poucos que tiveram acesso ao estudo religioso.” (AKYIAMA, et al. TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. O julgamento de Jean Kambanda e o genocídio em Ruanda. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/a_pdf/tpi_mini_guia_ruanda.pdf>, acesso em dez. 2020

Embora os tutsis tenham sido a maioria da população desde o período pré-colonial, sempre estiveram aliados do poder, e do centro da vida política, econômica e acadêmica do país, situação que perdurou até a declaração de independência de Ruanda, em 1962, na qual o presidente eleito, Gregoire Kayibanda, um hutu, formou um governo apenas com hutus, deu-se o início da expulsão dos tutsis da burocracia estatal e dos núcleos formuladores das principais decisões políticas do país, contudo, os ódios e conflitos continuam a ser cultivados.

Em 1973, o general Juvenal Habyarimana assume o comando do país, dando início a uma ditadura que durou vinte anos, entretanto o presidente e sua comitiva, a bordos de um avião que retornava da Tanzânia, em 06 de abril de 1994, são alvos de um atentado, cuja autoria é incerta até os dias de hoje, é o estopim para o início do massacre, dá-se início ao genocídio que ceifou aproximadamente 800 mil vidas, apesar de algumas contagens apontem até um milhão de vítimas[iii]

“Fato é que, pouco antes ou após a queda do avião, Ruanda se viu engolfada numa onda de terror, sendo a morte do presidente o estopim para o início das matanças de tutsis e hutus moderados[...] Ao longo dos dias posteriores à queda do avião até o mês de julho de 1994, membros das forças armadas de Ruanda, da guarda presidencial e das milícias interhamawe e impuzamugambi, atuaram eliminando tutsis, hutus moderados e twas, utilizando armas de fogo, machetes ou outras armas brancas, removendo corpos em caminhões, manejando e

controlando bloqueio de estradas, estuprando mulheres e saqueando propriedades das vítimas assassinadas ou de sobreviventes em fuga.” (DE PAULA. Luiz Módulo. Genocídio e o Tribunal Penal internacional para Ruanda, 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

2. O papel de Felicien Kabuga no genocídio: A rádio RTLM e as milícias hutus.

“ É impossível falar do genocídio sem falar de Felicien Kabuga, ele foi o financiador da RTLM, uma estação de rádio comandada por ideólogos do genocídio, que foi utilizada diuturnamente para demonizar e insultar tutsis...” (Jean Pierre Sagahatu, sobrevivente do genocídio)[iv]

Felicien Kabuga, foi um magnata do café e do chá, presidente e financiador da rádio RTLM, a principal difusora de mensagens anti-tutsis em Ruanda, homem pertencente ao círculo íntimo do poder, tinha uma de suas filhas casadas com um filho do presidente Habyarimana, ainda, coordenou o Fundo de defesa nacional, que atuou como suporte financeiro da milícia hutu *interahamwe*.**[v]**

Após 26 anos foragido da justiça, foi finalmente detido em maio deste ano em um apartamento nos arredores de Paris, atualmente se encontra sob a jurisdição da ONU, mais especificamente do Mecanismo dos Tribunais Internacionais, a estrutura responsável por completar o trabalho do Tribunal Penal Internacional para o Ruanda (TPIR). Após decisão da mais alta corte francesa (*cour de cassation*) para sua extradição.**[vi]**

É paradigmática a questão da difusão do discurso de ódio e da incitação ao genocídio pela rádio em Ruanda, era a rádio RTLM (Radio- Télévision Libre Milles Collines), comandada por ideólogos extremistas, os quais não só fomentaram os massacres, mas como também nacionalizaram o projeto genocida, não à toa, o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, condenou dois radialistas e um jornalista por incitação ao genocídio, o que só havia se visto em Nuremberg, com a condenação de Julius Streicher, fundador do jornal antisemita *Der Stürmer*. (STRAUS,2007.)

A RTLM se tornou popular no país, por seu estilo informal, vívido e satírico, e o sucesso estrondoso da rádio é atribuído às transmissões interativas, algo inédito até então em Ruanda, o ouvir à rádio comparava-se a uma conversa entre amigos no bar, sem moderadores ou formalidades, as pessoas se sentiam à vontade para ligar e pedir músicas, expressar opiniões ou simplesmente ‘fofocar’.**[vii]**

É consenso entre os estudiosos do genocídio a ligação umbilical entre as transmissões rádio RTLM e a violência genocida, o Comandante da Força de Paz das Nações Unidas para Ruanda (MINUAR) entre 1993 e 1994, Roméo Dallaire alega que “**Em Ruanda, a rádio era semelhante à voz de Deus**, e se a rádio chamasse pela violência, muitos ruandeses responderiam em conformidade, acreditando que tais ações estavam sendo sancionadas”(tradução nossa)[viii], e a vencedora do prêmio Pulitzer Samantha Power comenta que era costumeiro durante o genocídio ver os executores do massacre com uma machete na mão e um aparelho de rádio na outra[ix], e por fim, Linda Melvern afirma que não existiu uma arma como a propaganda no genocídio, e conceitua a RTLM como a “voz do genocídio”[x]

Por derradeiro, atribui-se às transmissões da RTLM a convocação pela “União hutu” contra o “inimigo tutsi”, utilizando-se de eufemismos e técnicas semânticas, o termo “matança” era substituído por “trabalho”, e os tutsis eram identificados como “baratas”[xi] (comum ver o termo “*cockroaches*” como referência aos tutsis na literatura em língua estrangeira sobre o tema) e “ervas daninhas” a serem erradicadas do solo Ruandês.

3. As acusações que Felicien Kabuga enfrentará no Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR).

Imputa-se a Kabuga, (*THE PROSECUTOR AGAINST FELICIEN KABUGA*, Case No. ICTR-98-44B-I) os seguintes crimes: crime de genocídio, em suas diversas modalidades, a ver: a) Cumplicidade no massacre; b) conspiração para genocídio; c) Incitamento público e direto para o cometimento de genocídio; d) conspiração para o genocídio, e) tentativa de genocídio, e crimes contra a humanidade, os quais perseguição e extermínio.

O crime de genocídio é tipificado no art. 2º da convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, de 1948, em cujos termos, “entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional. Étnico, racial ou religioso, como tal:

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;

e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

E o art. 3º traz um rol de atos genocidas puníveis, a saber: a) o genocídio; b) a associação de pessoas para cometer o genocídio; c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio; d) a tentativa de genocídio; e) a coautoria no genocídio.

Tal convenção atuou como base de direito material para o Tribunal Penal para Ruanda (TPIR).

O crime de genocídio é cometido por um sujeito coletivo, as ações perpetradas com o intento de destruir total ou parcialmente um grupo social, são resultados da convergência de intenções e de ações de sujeitos individuais, movidos por objetivos comuns e intenções compartilhadas, o sujeito ativo do crime não enxerga na vítima um indivíduo singular, dotado de personalidade e identidade próprias, pelo contrário é a face do sujeito coletivo estampada no sujeito individual, é a transformação do sujeito-individual em sujeito-coletivo.

Mata-se pelo simples pertencimento ao grupo perseguido, a exemplo, não foram Juvenal Rukundakuvuga e Emmanuel Sempabwa que foram perseguidos, mas apenas dois tutsis, em uma analogia com o genocídio judeu perpetrado pelos nazistas, Geraldo Miniuci escreve:

“Cada mulher ou homem morto na noite dos cristais significava muito mais do que a morte de indivíduos; significava a morte de uma parte do grupo. Eles não foram mortos por algum interesse material imediato, mas por serem considerados pelos agressores como membros e representantes de uma coletividade inimiga que se desejava destruir. Em suma, cada ataque desferido contra judeus ou suas propriedades, muito mais do que violência praticada contra indivíduos, era um ataque contra toda a comunidade judaica. ” (Revista de Direitos Fundamentais & Democracia, Curitiba, v. 22, n. 3, p. 197-214, set. /dez. de 2017.)

Já os crimes contra a humanidade, são crimes contra a própria condição humana, classificados como *delicta jus gentium* (crimes contra a lei das nações), cujos comitentes são verdadeiros inimigos do gênero humano (*hostis humanis*), um homicida, mesmo que receba o perdão das vítimas mediatas e indiretas pelo seu crime (cite-se familiares e amigos da vítima imediata do crime), será processado pelos órgãos acusadores competentes, pois sua ação foi uma violação à lei da comunidade na qual está inserido, deste modo os crimes contra a humanidade são uma violação às condições básicas do gênero humano, reprováveis por toda a comunidade

internacional e puníveis em qualquer espaço ou tempo, visto que são crimes imprescritíveis.

Crimes contra a humanidade estão definidos no art. 3º do Estatuto do Tribunal Penal Internacional para Ruanda (ETPIR), *verbis*:

“O Tribunal Internacional para Ruanda tem competência para proceder contra os responsáveis por qualquer um dos seguintes crimes, quando cometido como parte de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, por motivos nacionais, políticos, étnicos, raciais ou religiosos:

- a) Assassínio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação;
- e) Prisão;
- f) Tortura;
- g) Violação;
- h) Perseguição por motivos políticos, raciais ou religiosos;
- i) Outros atos desumanos.

Ainda, ambos os crimes, cite-se genocídio e crimes contra a humanidade estão também tipificados no Estatuto de Roma, em seus arts. 6º e 7º, devidamente ratificado pelo Brasil em 2002.

O tribunal responsável para o julgamento dos algozes ruandeses foi o Tribunal Internacional para Ruanda (TPIR), tribunal ad hoc, criado a partir da resolução n.955 do Conselho de Segurança da ONU, que até março de 2010, já havia proferido 48 sentenças (incluindo-se apelação), determinando a imposição de 18 penas de prisão perpétua, 11 condenações com pena igual ou superior a 25 anos e 13 inferiores a 25 anos de prisão.[xii]

Felicien Kabuga, após 26 anos foragido, vai de encontro com seu justo e merecido destino, e se sentará no banco onde seus pares já se sentaram e responderam por seus crimes, como Augustin Bizimungu, Gaspard Kanyarukiga, Michel Bagaragaza, entre outros, agora é sua vez.

Considerações finais

Após o genocídio judeu perpetrado pelos nazistas alemães, com toda certeza é o genocídio ruandês o episódio que mais chocou a comunidade internacional, e que representou o ponto mais elevado do que é capaz de se suceder em uma sociedade intolerante e extremamente dividida.

Os crimes em voga, no caso genocídio e crimes contra a humanidade são imprescritíveis, não importando quanto tempo se passe, os responsáveis por esse tipo de violência atroz contra o gênero humano e a condição humana responderão por seus atos.

Não à toa, em 1º de novembro de 1943, era firmado a Declaração sobre as atrocidades alemãs, por ocasião da Conferência de Moscou, nela os aliados deixariam claro que os carrascos nazistas responderiam pelos seus crimes "porque as três Potências Aliadas se comprometem a persegui-los inexoravelmente até os mais remotos confins da terra, entregando-os aos seus acusadores para que se faça justiça. "

Trazendo essa mensagem para os dias atuais, é pertinente estender seu alcance e conteúdo para todos aqueles criminosos que se ocuparam do massacre em Ruanda, a prisão de Felicien Kabuga é de grande carga simbólica, vinte e seis anos se passaram, e o algoz foi perseguido até os mais remotos confins da terra, entretanto foi encontrado e agora será entregue aos seus acusadores para que se faça justiça.

NOTAS:

[1] Disponível em < <https://2009-2017.state.gov/j/gcj/wcrp/206033.htm>>, acesso em 09.12.2020

[i] Professor titular de Direito Constitucional na Universidade de Taubaté –SP. Advogado. Email: edsonsampaio.adv@gmail.com

[ii] DE PAULA. Luiz Módulo. Genocídio e o Tribunal Penal internacional para Ruanda, 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo.

[iii] É a estimativa de Philip Gaillard, chefe da cruz vermelha, ainda, em um censo do governo Ruandês de 2001, chegou-se ao número de 951.000 vítimas. MELVERN, Linda. Conspiracy to murder: The Rwandan Genocide. London: Verso, 2004, p. 252

[iv] Felicien Kabuga: The man behind Rwanda's hate media | The Listening Post (Feature). Al Jazeera english. Youtube. 14 Jun. 2020. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=JxEk0MGtwjQ>>, acesso em dez. 2020

[v] Rwandan genocide suspect Felicien Kabuga arrives in The Hague to face trial. **Deutsche Welle**, Alemanha, 26.10.2020. Disponível em < <https://www.dw.com/en/rwandan-genocide-suspect-felicien-kabuga-arrives-in-the-hague-to-face-trial/a-55402723>>, acesso em dez.2020

[vi] Félicien Kabuga: French court backs extradition of Rwanda genocide suspect, BBC news, 30 Set.2020. Disponível em < <https://www.bbc.com/news/world-africa-54340411>>, acesso em dez.2020

[vii] FORGES, Alison Liebhafsky Des. *Propaganda and Praticce*. In: *Leave None to Tell the Story: Genocide in Rwanda*. Human Rights Watch Report, 1999

[viii] Original: *In Rwanda the radio was akin to the voice of God, and if te radio called for violence, many rwandans would respond, believing they were being sanctioned to commit these actions*. Shake hands with the devil: The failure of humanity in Rwanda . New York: Random House,2004, p.272

[ix] POWER.Samantha, "Bystanders to genocide: Why the United States Let the Rwandan Genocide happen". *The Atlantic Monthly* 288,no.2 (2001),89.

[x] Citado por: STRAUS, Scott. Rwanda and RTLM Radio Media Effects, 2007, p.4. Disponível em < <http://www.genocideresearchhub.org.rw/document/relationship-hate-radio-violence-rethinking-rwandas-radio-machete/>>

[xi] DE PAULA. Luiz Módulo, ob.cit.

[xii] PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o direito constitucional internacional, 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.284.

O DIREITO A EDUCAÇÃO, SUA EFETIVIDADE EM TEMPOS DE PANDEMIA – COVID 19.

ANA LÚCIA BARBOSA DE OLIVEIRA:

Administradora, especialista em Gestão de Pessoas pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo.

RESUMO: O direito à educação constitui um grupo de direitos nomeados direitos sociais no Brasil, os quais tem como base a relevância da igualdade entre as pessoas, sendo considerado um direito fundamental. A conquista deste direito foi regulamentada na Constituição Federal de 1988, tornando a educação dever do Estado e da família, sendo também promovida e incentivada pela sociedade, a qual deve ser ofertada de maneira digna, gratuitamente e com qualidade. Nesse sentido entende-se que tal direito garantido legislativamente é essencial, sendo indispensável que a educação seja promovida efetivamente de forma ampla, proporcionando condições de acesso a todos. No entanto atualmente com a Covid 19 o direito a escolarização tem perpassado grandes desafios, sendo importante refletir o impacto da pandemia perante a efetividade da oferta do direito a educação. A relevância da educação é irrefutável, sendo essencial para o desenvolvimento do indivíduo, oportunizando condições de acesso aos seus direitos e deveres, possibilitando seu exercício de cidadania.

Palavras-chave: Educação. Direito. Cidadania.

Sumário: 1 Evolução Histórica do direito a educação. 2 Impactos da pandemia Covid 19 perante a garantia do direito a educação. 3 Considerações Finais. 4 Referências.

1. Evolução histórica e jurídica do direito a educação

No início dos primórdios a educação era voltada ao seio familiar, ou seja, as experiências de desenvolvimento humano, culturais e conhecimentos importantes para a manutenção da vida, relacionavam-se por meio da reprodução transmitida de geração em geração, sendo produzida de forma espontânea, não apresentando um processo sistemático.

Nesse sentido, não havia uma entidade responsável pelo ensino das pessoas, no entanto, no decorrer do desenvolvimento da sociedade a instituição familiar deixou de ser suficiente na disseminação da cultura, e só as experiências vivenciadas no seio da família tornaram-se insuficientes, surgindo assim às instituições educacionais, objetivando complementar e fortalecer esse processo de desenvolvimento do ser humano, apresentando um ensino sistemático formal institucional.

Os autores Bastos e Martins relatam com clareza características deste processo no decorrer dos primórdios:

Já nas civilizações clássicas, a educação era revestida de um caráter político. Para o povo romano, por exemplo, a família era vista como um pequeno Estado, em razão da estrutura patriarcal, sendo assim, esta era a responsável pela educação de seus componentes. Com o passar do tempo, essa função foi perdida para a Igreja, mas o interesse real de Roma pela educação só surgiu quando os municípios foram incumbidos de organizar as escolas, isso na época de Vespasiano. As primeiras manifestações da escola formal surgiram na Grécia antiga. Inicialmente, era voltada de forma quase que exclusiva para as questões militares, mas com as conquistas de privilégios e poderes políticos tornou-se coletiva, direcionando-se aos homens livres e recebendo regulamentação oficial. (1988, p. 412).

No período da Idade Média as características que permeavam o ensino pautavam-se em uma essência religiosa, tendo em vista a união do Estado e Igreja, sendo que as escolas existentes eram mínimas, as quais ofertavam seus serviços apenas a uma pequena parte da sociedade que detinham de poder aquisitivo econômico.

No que tange esse período o autor Gorczewski salienta:

A educação passa a ter um fim maior: a salvação da alma e da vida eterna; ocorre nos mosteiros e passa a ser a principal ferramenta da Igreja para manter e reforçar seus dogmas, poderes, e continua sendo destinada à formação das classes dominantes (nobreza e aristocracia), agora acrescidas de uma nova classe: o clero (2006, p. 12).

Dentre as mudanças mais significativas relacionadas ao desenvolvimento da educação nos primórdios, está à evolução social e estrutural ocorrida no século XVII, conforme detalhado por Krug:

O século XVII trouxe uma avalanche de novas ideias, que buscavam modificar a estrutura social e cultural da época. A Reforma da Igreja, que causou a ruptura da unidade religiosa; a descoberta do Novo Mundo; o desenvolvimento do comércio e da indústria; a queda do feudalismo e a ascensão da burguesia; bem como o renascimento cultural, que modificou

a centralidade da cultura, que deixava de ser em Deus e trazia o ser humano para seu centro; a ciência buscando explicações para os fenômenos naturais, não mais reconhecendo os argumentos religiosos. Todas essas modificações não foram resultado de uma vontade particular, nem de uma única dimensão, mas de um conjunto de processos, que, por sua vez, também encontrou grandes resistências. (2010, p. 15).

Diante de todas as mudanças que abarcavam esse conjunto de processos os quais impactaram grandemente em transformações da estrutura social e cultural da época, foi possível perceber uma preocupação mais significativa com a educação, esta que permeava ao fato da existência de um elevado número de pensadores que surgiram no período valorizando a importância do ensino. Novamente o autor Gorczewsk destaca:

É nesse momento, de grandes transformações, que a educação vai ocupar papel de destaque no interesse e na preocupação de intelectuais e políticos que passam a considerá-la como a ferramenta única para se transformar a natureza humana no sujeito exigido pelos novos tempos. Os iluministas depositam na educação boa parte da sua esperança na construção de um mundo novo (2006, p. 13).

Em busca de entender a sociedade e solucionar seus problemas com base na razão e não na lógica da fé, os iluministas buscavam a construção de um novo mundo, o autor Ribeiro salienta:

No período Iluminista, destacam-se as ideias de liberdade e igualdade, e a sociedade, dessa época, pensa a educação em dois ramos, uma para o povo e outra para os dirigentes, tendo destaque o pensamento de Rousseau para quem a educação era necessária para a formação do cidadão livre e sujeito às leis. (2002, p. 119).

No entanto essa necessidade para a formação do cidadão não era compartilhada com toda a sociedade, tendo em vista que neste período cidadania significava possuir conhecimento formal, ou seja, apropriar-se da leitura, escrita, cálculos e demais formalidades que compunham o saber da época, sendo que as pessoas que não dispunham de tal entendimento eram excluídos. Neste processo as mulheres por serem dependentes de seus maridos e os mais abastados de riquezas estavam entre os destaques das categorias que não precisavam receber educação.

No que tange o direito a educação no Brasil o destaque inicial está voltado ao ensino religioso, ofertado especificamente pelos jesuítas, tendo em vista que até a metade do século XVIII o ensino era disponibilizado por instituições de ordem religiosa, as quais objetivavam catequizar os índios e propagar a doutrina católica para o aumento dos fiéis, conseqüentemente intensificando o comando da igreja.

Em relação às legislações e a regulamentação da educação, vários processos de desenvolvimento jurídicos ocorreram, dentre os principais documentos e leis que abordaram o assunto no decorrer dos primórdios, alguns ganham destaques, um deles: a Constituição Política do Império do Brasil de 1824 tratava a respeito inicialmente, sendo que vigorou por 65 anos, o título oitavo, Art. 179, inciso XXXII expunha a seguinte redação: "A instrução primaria é gratuita a todos os Cidadãos." Importante salientar que essa gratuidade vem ao encontro a uma concepção de cidadania, nesse sentido mulheres, trabalhadores rurais e os mais abastados de riquezas não teriam essa instrução primária gratuita, segundo o autor Horta:

Estabelece-se, assim, uma relação direta entre educação e cidadania, definida esta última como garantia de direitos civis e políticos. Não há referência à educação como um direito, nem se alude ao princípio da obrigatoriedade escolar. A gratuidade será reafirmada na lei de 15 de outubro de 1827, que determina também a criação de escolas de primeiras letras em todas as cidades, vilas e lugares mais populosos. E, em 1834, o Ato Adicional transfere para as províncias a competência de legislar sobre instrução pública e sobre estabelecimentos próprios para promovê-la. (1998, p.11).

Outros documentos, decretos e reformas existiram adiante, no entanto com maior ênfase aos avanços aqui destacados podemos citar a Constituição de 1934, declarando a educação como direito garantido e obrigatório, sendo inclusive responsabilizado a família e os poderes públicos em seu cumprimento, no entanto o documento não previu amparo jurídico no descumprimento de tal dever mais uma vez o autor Horta, salienta:

O texto definitivo da Constituição de 1934 consagrará o princípio do direito à educação, que "deve ser ministrada pela família e pelos poderes públicos" (art.149) e o princípio de obrigatoriedade, incluindo entre as normas a serem obedecidas na elaboração do plano nacional de educação, o ensino primário integral gratuito e de frequência obrigatória, extensivo aos adultos, e a tendência à gratuidade do ensino educativo ulterior ao primário. Não há, porém, a incorporação

do direito à educação como direito público subjetivo, como havia sido defendido por Prado Kelly, nem a previsão de responsabilização criminal das autoridades responsáveis pelo não atendimento, como havia proposto a Federação do Trabalho do Distrito Federal (1998, p. 18).

Nesse raciocínio nota-se que infelizmente não foi possível a total eficácia do direito. Adiante outro marco que impactou no processo de regulamentação da educação foi o surgimento da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, afirmando em seu art. 26 que todos deviam ter direito a escolarização, gratuita ao menos nos estágios elementar e fundamental, sendo que o primeiro devia ser compulsório, segundo o autor Boto:

Finalmente, a partir da Declaração de 1948 terá início uma terceira fase quando se propugnará a tese de proteção jurídica dos direitos – possibilitando a ideia de direito subjetivo, cujo não-cumprimento torna possível ação judicial contra o Estado, garantindo a prerrogativa do direito existente. Desde aquela segunda metade do século XX, ganhariam força as reivindicações específicas por direitos intrínsecos a grupos sociais específicos; que reclamam a identidade na diversidade... (2005, p. 778).

No entanto apesar das garantias explicitas em tal documento, até então não havia sido possível a instituição da prática do acesso à educação, ainda ficaram lacunas na lei, dificultando seu cumprimento.

Assim, no decorrer da evolução dos processos que permeiam a educação as reais mudanças na prática do direito garantido foram possíveis com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a qual explicitou detalhadamente, indo além, apresentando os caminhos e meios para sua efetivação, tendo como marco a educação como direito subjetivo essencial, sendo incluída no título da ordem social detalhada no capítulo III, explícitos dos artigos 205 aos 214.

Um dos artigos que compõe maior destaque da Carta Magna relacionado ao assunto é o 208, o qual dispõe:

O dever do Estado para com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - ensino fundamental, obrigatório e gratuito, assegurada, inclusive para os que a ele não tiveram acesso na idade própria; II - progressiva universalização do ensino médio gratuito; III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente

na rede regular de ensino; IV - atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade; V - acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI - oferta de ensino noturno regular, adequada às condições do educando; VII - atendimento ao educando, no ensino fundamental, através de programas suplementares de material didático escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde. §1º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo. §2º O Não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente. §3º Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola. (BRASIL, 1988).

A regulamentação do direito a educação na Carta Magna de 1988 foi um marco social, além da garantia na lei maior, ainda é possível vislumbrar tal prerrogativa no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), regulamentado por meio da lei 8.069 do ano de 1990, a qual explicita a proteção integral das crianças e adolescentes no Brasil.

Neste sentido, no que tange a educação o ECA expressa:

Art. 53. A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-lhes:

I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II - direito de ser respeitado por seus educadores;

III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores;

IV - direito de organização e participação em entidades estudantis;

V - acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência, garantindo-se vagas no mesmo estabelecimento a irmãos que frequentem a mesma etapa ou ciclo de ensino da

educação básica. (Redação dada pela Lei nº 13.845, de 2019). (BRASIL, 1990).

No entanto, importante salientar que não basta ofertar o ensino gratuito, é necessário disponibilizar o acesso a uma escola de excelência, que demonstre qualidade no processo educacional, objetivando formar verdadeiros cidadãos, onde só o real acesso ao ensino, possibilitará essa garantia, permitindo assim, a oportunidade da construção de uma sociedade mais justa e humana, pois a educação é o alicerce do desenvolvimento do indivíduo um mecanismo capaz de transformar o corpo social, o autor Konze, salienta:

O ESTATUTO (artigos 53 a 59) (...) recria a igualdade de condições de acesso e permanência; a gratuidade e a obrigatoriedade do ensino fundamental, sob a ótica de direito público subjetivo; (...) O modelo proposto desafia o sistema educacional. Significa a necessidade da reconstrução da atual unidade escolar, uma escola, algumas vezes, ainda tão-só preocupada em produzir indivíduos capazes de produzir. O Estatuto propõe uma escola transparente e democrática, participativa e comunitária, como um espaço cultural e de socialização da pessoa em desenvolvimento, uma escola formadora de cidadãos, pessoas preparadas para o exercício de direitos e o cumprimento de deveres, sinônimo de cidadania (1995, p. 13).

Sendo assim, considerando que a educação atualmente é um direito reconhecido mundialmente e que só se torna válida possibilitando o acesso, permanência e conclusão, faz-se importante destacar um dos maiores desafios vivenciados na atualidade no que tange sua garantia, a situação de calamidade pública instalada pelo surgimento do corona vírus, o qual tem transformado a forma de disponibilizar o acesso ao ensino.

2. Impactos da pandemia Covid 19 perante a garantia do direito a educação.

No início de 2020 o coronavírus passou a assolar o mundo, ocasionando impactos indescritíveis, afetando todas as áreas da sociedade e, no Brasil não foi diferente, a situação vivenciada apresenta efeitos que ultrapassam a esfera da saúde, os quais permeiam a sociedade em um todo.

O Covid19 adentrou o cotidiano das pessoas sem aviso prévio, impactando a área social, política, econômica e cultural, impondo medidas drásticas de adaptação em meio ao caos, isolamento social, ações de saúde pública, distanciamento, criação de medidas econômicas, um acentuado número de mortes, desemprego, adaptação

das políticas públicas na oferta dos serviços básicos, dentre outras mudanças significativas.

No que tange a educação, direito em destaque neste artigo, a escola, principal meio de garantir o acesso ao ensino tem vivenciado grandes mudanças, sendo afetada imensamente com a interrupção das aulas presenciais pela necessidade do isolamento, expondo assim desigualdades nas estratégias especificadas para fornecer o acesso ao ensino, causando um grande impacto social.

As desigualdades que permeiam essa fase melindrosa na área educacional se tornaram mais aparentes quando a principal medida, praticamente a única, instituída na continuidade do ensino formal adentrou a oferta do ensino a distância (EAD), assegurando a escolarização de crianças e adolescentes, tendo em vista a necessidade de cumprimento do ano letivo, mesmo que a qualidade de oferta do serviço possa estar em jogo. Nesse sentido, o autor Rena, destaca:

Contudo, essa euforia com a EAD esbarra na realidade de um enorme contingente de 27 milhões famílias brasileiras que não tem acesso a internet: *“Mais de um terço (39%) dos domicílios brasileiros ainda não tem nenhuma forma de acesso à internet. Segundo a pesquisa TIC Domicílios 2017, divulgada hoje (24) pelo Comitê Gestor da Internet (CGI.br, 2018)”* Há um outro conjunto de domicílios em que apenas uma pessoa tem acesso a WWW (rede mundial de computadores) e quase sempre é o adulto da casa que faz de seu celular sua ferramenta de trabalho. E ainda podemos falar de um outro grupo que está conectado à rede através de conexões de baixa qualidade e/ou curta duração. Esses entre outros condicionantes de natureza social e tecnológica estão sendo desconsiderados por gestores das políticas públicas e das redes educacionais públicas e privadas ao afirmar a continuidade do ano letivo em 2020. (2020, s/p.)

Em meio a tantos desafios enfrentados para assegurar a escolarização neste momento atípico, importante salientar que as dificuldades ao acesso à tecnologia, a informação e a internet nos coloca a frente de um grande dilema, no passado muito se lutou para o alcance do acesso igualitário da sociedade a educação, no entanto devido à particularidade do momento e a falta de preparação para lidar com os grandes impactos causados pela pandemia atual, não está sendo possível atingir com precisão o acesso de todos, dificultando principalmente a admissão à população mais empobrecida, reforçando as desigualdades de oportunidades. A crise causada pela pandemia derivando o fechamento das escolas e Universidades ocasionou um

impacto na vida de 90% dos estudantes do mundo (UNESCO,2020). Nesse sentido, uma preocupação apresentada diante de todo esse cenário é como ficará a educação no período pós-pandemia, ainda não se sabe ao certo, tendo em vista a particularidade da situação única vivenciada.

O processo pós-pandemia pode desencadear um aumento das desigualdades sociais impactando inclusive no progresso educacional já conquistado no decorrer dos primórdios, ocasionando diversos problemas que vão requerer maior investimento na educação, as autoras Dias e Pinto destacam:

Quando as escolas reabrirem, e, em algumas partes do mundo, tal evento já começou a ocorrer, a emergente recessão econômica, certamente, aumentará as desigualdades e poderá reverter o progresso obtido por alguns países na expansão do acesso educacional e na melhoria da aprendizagem. Por isso, é necessário que os países reconheçam o problema – como não o fizeram quando a COVID-19 começou a espalhar-se pelo mundo –, e criem políticas públicas voltadas especificamente para a Educação. Ao nosso ver, por mais que a economia dos países sofra com a pandemia, os investimentos em Educação devem ser mantidos, quiçá aumentados. Conforme a Unesco, a natural queda na aprendizagem poderá alastrar-se por mais de uma década se não forem criadas políticas públicas que invistam em melhorias de infraestrutura, tecnologias, formação, metodologias e salários, além do reforço da merenda, melhor aproveitamento do tempo, tutoria fora do horário usual das aulas e material adicional, quando possível (UNESCO, 2020). Em concordância com a Unesco, o parecer do Conselho Nacional de Educação do Ministério da Educação do Brasil, seguiu a mesma linha e reconheceu os problemas causados pela pandemia. (2020, s/p.).

Dentre tantos desafios, há também os impactos causados pelo isolamento social e distanciamento, medidas impostas pela Organização Mundial de Saúde (OMS), que provocam significativos efeitos no acesso educacional, novamente as autoras Dias e Pinto apud Maia; Dias 2020, salientam:

Não podemos esquecer que saúde física e saúde mental andam juntas. A duração prolongada do confinamento, a falta de contato pessoal com os colegas de classe, o medo de ser infectado, a falta de espaço em casa – torna o estudante menos ativo fisicamente do que se estivesse na escola –, e a falta de

merenda para os alunos menos privilegiados são fatores de estresse que atingem a saúde mental de boa parte dos estudantes da Educação Básica e das suas famílias. Estimular a solidariedade, a resiliência e a continuidade das relações sociais entre educadores e alunos nesse período é fundamental, pois ajuda a minorar o impacto psicológico negativo da pandemia nos estudantes. Agora, importa prevenir e reduzir os níveis elevados de ansiedade, de depressão e de estresse que o confinamento provoca nos estudantes em quarentena. (2020, s.p).

Sendo assim, está claro que o acesso educacional em igualdade conquistado legislativamente está ameaçado, tendo em vista todos os impactos que estão sendo causados pelo Covid19, repensar as políticas públicas na área da educação parece ser o melhor caminho a seguir, para alcançar a possibilidade de enfrentamento e superação deste momento tão delicado, sendo importante também que o Estado assuma seu papel, abraçando suas responsabilidades quanto garantidor da organização e controle social.

Considerações Finais

A educação é uma ferramenta que transforma a sociedade, por meio da escolarização o indivíduo alcança a cidadania, intensifica seu desenvolvimento pessoal e social, melhorando sua criticidade e o acesso aos demais direitos sociais.

Conquistada com muitas lutas e em um processo árduo e demorado, a educação é fundamental na evolução do ser humano e sociedade, não podemos perder de vista todo o progresso alcançado até aqui, sendo importante estarmos atentos à garantia deste direito, mesmo que no momento vivemos essa situação caótica e adversa.

O impacto do Covid19 perante a efetividade da oferta desse direito deve ser acolhido com precisão, tanto no momento atual como no pós-pandemia, pois a relevância da educação na vida das pessoas é irrefutável, essencial, não podendo de maneira alguma deixar de ser ofertado em igualdade, impondo a necessidade de se pensar em novas alternativas de viabilizar o acesso, inclusive em nível de políticas públicas, para que a desigualdade de oportunidades não o negligencie como têm ocorrido com estudantes que não possuem acesso as tecnologias disponíveis.

Considerado um direito fundamental, a educação dever do Estado e da família, deve ser promovida e incentivada pela sociedade, ofertada de maneira digna, gratuitamente e com qualidade, sendo indispensável à promoção com efetividade de forma ampla, proporcionando condições de acesso a todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1998.

BOTO, Carlota. **A educação escolar como direito humano de três gerações: identidades e universalismos**. Educação & Sociedade. Campinas, v. 26, n. 92, p. 777-798, Especial - Out. 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 11 de nov. de 2020.

BRASIL. Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o **Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 16 jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm#art266>. Acesso em: 01 dez. 2020.

GARCIA, Emerson. **O Direito à Educação e suas Perspectivas de Efetividade**. Rio de Janeiro, Editora Revista Forense., 2008.

GORCZEWSKI, Clóvis (org). **Direito e Educação: A questão da educação com enfoque jurídico**. Porto Alegre: UFRGS, 2006.

HORTA, José Silvério Baia. **Direito à educação e obrigatoriedade escolar**. Educação e Pesquisa. São Paulo, n. 104, p. 5-34, jul. 1998. Disponível em: <http://www.fcc.org.br/pesquisa/publicacoes/cp/arquivos/158.pdf>. Acesso em 27 de nov. 2020.

KRUG, Juliana. **O DIREITO À EDUCAÇÃO, SEU DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E JURÍDICO**. Revista Diálogo 17.indd 13. 22/6/2011. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Dialogo/article/view/58/77#>. Acesso em 17 de nov. de 2020.

MAIA, B. R.; DIAS, P. C. **Ansiedade, depressão e estresse em estudantes universitários: o impacto da COVID-19**. Estudos de Psicologia (Campinas), Campinas, v. 37, e200067, 2020. <https://doi.org/10.1590/1982-0275202037e200067> .

RENA, Luiz Carlos C. B. O direito à educação em tempos de pandemia. **30 de abril de 2020.** Disponível em: <https://pensaraeducacao.com.br/pensaraeducacaoempauta/o-direito-a-educacao-em-tempos-de-pandemia/> . Acesso em: 01 de dez. de 2020.

RIBEIRO, Marlene. **Educação para a cidadania: questão colocada pelos movimentos sociais.** Educação e Pesquisa. São Paulo, v. 28, n. 2, p. 113-128, Jul./dez. 2002.

UNESCO. **A Comissão Futuros da Educação da Unesco apela ao planejamento antecipado contra o aumento das desigualdades após a COVID-19.** Paris: Unesco, 16 abr. 2020. Disponível em: <https://pt.unesco.org/news/comissao-futuros-da-educacao-da-unesco-apela-ao-planejamento-antecipado-o-aumento-das>. Acesso em: 27 de nov. 2020.

PRECEDENTES NO TRIBUNAL DE JUSTIÇA: A FUNÇÃO DE REVISOR DECISÓRIO E A FORMAÇÃO DE TESE JURÍDICA VINCULANTE TERRITORIAL

INGRYD STÉPHANYE MONTEIRO DE SOUZA:
Advogada. Pós-graduanda em Direito Processual pela PUC-Minas. Graduada em Direito pela Faculdade de Rondônia (FARO).

RESUMO: A possibilidade de rever determinada decisão judicial proferida por um magistrado tem por corolário o duplo grau de jurisdição, considerando a falibilidade inerente do ser humano, o que acaba por agregar-se aos direitos e deveres processuais, uma vez que o Tribunal de Segundo Grau tem como função viabilizar a correta aplicação da norma jurídica, incluindo o reexame da matéria fática. Com a concepção processualista civil da norma vigente, os Tribunais precipuamente meros revisores ou mesmo criadores de precedentes persuasivos, ganham uma amplitude decisória inédita: a de formar precedentes vinculantes, em forma de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e Incidente de Assunção de Competência. O cerne da presente pesquisa é, especificamente, abordar as condições em que levaram a essa nova funcionalidade e os efeitos prováveis para o deslinde das demandas e para o próprio desenvolvimento da justiça.

Palavras-chave: Precedentes vinculantes. Decisão judicial. Duplo grau de jurisdição.

Sumário: Introdução. 1. Precedentes judiciais no CPC/15 e a importância do passado para aplicação no presente; 2. A necessidade de adequação sistêmica quando da utilização de precedentes judiciais; 2.1 O precedente como instrumento de igualdade e segurança jurídica; 3. A formação de precedentes vinculantes pelos Tribunais de Segundo Grau; 4. Considerações finais; 5. Referências.

Introdução

Ao constatar o aumento de demandas sobre a mesma matéria fática e jurídica, houve a necessidade de desenvolver mecanismos para conter a sobrecarga de processos, morosidade e eventual ineficácia jurisdicional fortemente estigmatizada pelo senso comum, por meio da criação de julgamentos por amostragem em terreno tradicionalmente ocupado pelo sistema romano-germânico *civil law*. Até o ponto de tornar-se inegável a relevância no estabelecimento de compatibilização com o sistema no qual utiliza como fonte principal a jurisprudência.

Tal inserção da característica do sistema europeu *common law*, expandiu a perspectiva de precedentes com o amparo do CPC/15, dando realce para interpretação normativa, tendo como objetivo alavancar a uniformização das

decisões, promover os deveres de estabilidade, integridade e coerência, de maneira a consagrar não somente os Tribunais Superiores como formadores de precedentes, mas, igualmente inclinar aos Tribunais de segundo grau, a competência em formar, orientar e seguir suas próprias decisões vinculantes, com a fixação da tese jurídica.

A problemática adentrará na abordagem a respeito da gestão de precedentes para um processamento voltado à nova realidade do sistema jurídico, a fim de buscar a seguinte resposta: como obter o aperfeiçoamento sistêmico jurisdicional a partir de uma gestão de precedentes no Tribunal de Justiça?

Pretende-se trazer a lume uma demonstração analítica dos institutos formadores de precedentes no âmbito dos tribunais, bem como a discussão em torno da competência dada para tais órgãos, e seus impactos nas respectivas decisões.

1 Precedentes judiciais no CPC/15 e a importância do passado para aplicação no presente

Para fins de contextualização, cabível descrever alguns aspectos gerais sobre precedentes judiciais, sua inserção no CPC/15, conduzindo até a importância de precedentes, tecendo singelas anotações no que atine a transição funcional quando da amplitude decisória na gestão de precedentes nos Tribunais, com a finalidade de se tornar o precursor do aperfeiçoamento do desenvolvimento do direito.

O microsistema de precedentes foi implantado na seara dos Tribunais de Justiça, e com a finalidade de aplicação dessa nova perspectiva, tornou-se essencial para alcançar melhorias no que atine à eficácia, celeridade, coerência e segurança jurídica no acesso à justiça, desde que resguardada a utilização adequada dos institutos postos pelo CPC/15.

Pensar em precedentes é, de certa forma, reconhecer a importância do passado ao encontrar a mesma peculiaridade fática para uma respectiva solução do caso em concreto, aplicável ao presente.

A atividade judicante, tradicionalmente controlada pela lei como fonte predominante do direito, parecia suficiente para o abarcamento dos acontecimentos da sociedade, obtendo um resultado previamente positivado correspondente ao pleito levado ao Judiciário.

Por este trilhar, o sistema adepto ao *civil law*, tem como finalidade máxima conter a discricionariedade e interpretação irrestrita do magistrado, e, por conseguinte, estabelecendo um ponto de proteção à sociedade amparada por meio da codificação.

Neste processo histórico existiu uma grande desconfiança do juiz, não por acaso, pois os juízes, a magistratura francesa, eram membros da nobreza contra a qual se levantaram os revolucionários, mas também, por outro lado, uma desconfiança do direito comum, identificado com o soberano e com seus arbítrios ou, como outra face da mesma moeda, com o decisionismo judicial dos próprios juízes, o dog-law, na célebre e crítica expressão de J. Bentham, com um claro fetiche de que a lei, traduzida na absorção de todo o direito pelo legislativo, seria capaz de garantir a democracia pela representatividade das casas políticas e que, a partir da sistematização fornecida pelos códigos, repositórios completos e unívocos do sentido do direito, haveria uma razão escrita para qual não seria necessária a interpretação. (ZANETI JR., 2017, p. 82).

Devido a isso, o princípio da legalidade aliado ao sistema romano-germânico *civil law*, inviabilizariam interpretações criativas por partes do juízes, eis que as autoridades estariam limitadas ao que estabelecia a lei, trazendo à memória a clássica expressão “boca da lei” de Montesquieu, (ZANETI JR., 2017, p. 83), funcionando como causa limitante para a utilização dos precedentes judiciais como fontes do direito.

As características do sistema *common law* estão longe de ser recentes no ordenamento jurídico brasileiro, é bem verdade que, conforme dito, o Supremo Tribunal Federal já detinha a súmula vinculante para propagar efeitos vinculantes nas suas decisões, além de declarar, de modo difuso ou concentrado, a declaração de inconstitucionalidade, corroborado pela Constituição Federal.

Noutro giro, as características que predominam podem ser classificadas como híbrida, nas palavras de Zaneti Jr. (2017), ou concluir que “constituíram mudanças no status quo e/ou um movimento em direção a nova tradição” (DIDIER JR.; SOUZA, 2015, p.106), eventualmente com peculiaridades brasileiras.

A abertura para propiciar o despertar criativo do magistrado fluiu a partir da tendência doutrinária e científica atinente a temática de precedentes, com o desenvolvimento das reformas normativas, inserção da súmula vinculante em 2004, fatores que “motivaram a publicação de trabalhos que não se limitaram a examinar aspectos dogmáticos das reformas processuais que conferiram eficácia aos precedentes e à jurisprudência” (DIDIER JR.; SOUZA, 2015, p.104).

Pertinente ter em mente algumas diferenciações a respeito de julgado, precedente e súmula vinculante. A primeira é aquela decisão do ponto de vista mais singular, resolvendo a lide sem repercutir em outros casos – na medida em que meramente repete a aplicação de determinado precedente. Já o precedente, por sua vez, tem o poder influenciador mais ampliado, a depender se for do tipo persuasivo ou vinculante, incidindo em casos com a mesma similitude fática e jurídica.

No que se refere à súmula vinculante, Streck (2008, p. 166), brilhantemente descreve a distinção entre súmula vinculante e precedente:

1º) O efeito vinculante está prescrito em um texto normativo (art.102, §2º, art. 103-A CF)/ 2º) A instituição do efeito vinculante tem como finalidade "barrar" novas discussões sobre a matéria (e não atender à solução de uma demanda entre as partes); 3º) A aplicação do precedente dotado de efeito vinculante se dá de forma descontextualizada, dedutivistas e reveste a decisão/súmula com ares de regra geral e abstrata, infringindo área de competência do legislador (art. 5º, II da CF). Este último fator demonstra a incompatibilidade "genética" entre a regra do precedente e o sistema romano-germânico, visto que sempre a súmula ou decisão revestida de efeito vinculante será dotada de generalidade e abstração própria da lei.

Não se pode olvidar que, por meio desse despertar criativo, os precedentes se mostram igualmente essenciais para o desempenho da advogada ou advogado na defesa de seus patrocinados, seja para que o seu caso, por ser similar, seja julgado da mesma maneira, seja para afastar a aplicação do precedente por distinção ou superação de uma tese jurídica – talvez assim, provocando o debate, abrande o automatismo argumentativo que engessa tanto o Judiciário quanto a advocacia.

2 A necessidade de adequação sistêmica quando da utilização de precedentes judiciais

É nítido o grande esforço normativo para incorporar o ideário de utilização de precedentes. Com a dinamicidade da sociedade e do próprio direito como um todo, a utilização dos precedentes demonstra constantemente a necessidade de estudos aprofundados e concatenados, principalmente com o CPC/2015, no qual possibilitou aplicações diversas para alcançar simetria decisória, bem como a integralidade, estabilidade e coerência, nos moldes do art. 927.

O precedente, agindo como o espelho a ser refletido nas matérias idênticas, nas quais poderão ser perfeitamente aplicáveis aos acontecimentos igualmente assemelhados em apreciação pelo Juízo, evitando decisões inconstantes. Caso não se torne aplicável a incidência da tese jurídica, que na referida decisão tenha sido produzida a devida fundamentação, descrevendo a sua inaplicabilidade no caso concreto.

Na última hipótese aduzida anteriormente, no que tange à teoria de precedente, em síntese, o magistrado ou mesmo a parte poderá se utilizar de técnicas denominadas *distinguishing* (distinção) e *overruling* (superação), a primeira sobre a incompatibilidade do caso paradigma (precedente) com o caso em concreto e a segunda se refere ao fato que o precedente não se enquadraria nas novas concepções do direito, seja nos aspectos sociais, jurídicos, econômicos ou políticos, e, por este motivo, a tese deveria ser superada ou modificada para atender a atualidade.

Para tal mister, patente a importância de se debater a melhoria no Poder Judiciário, eis que na atualidade, resta claro que há um descrédito por parte da sociedade, em parte causado por óbices no sistema jurisdicional, impedindo de alcançar a pacificação social, seja pela morosidade em solucionar lides ou por eventuais instabilidades decisórias, posicionando uma só tese jurídica a ser utilizada, estabilizando o precedente, bem como seus argumentos a fim de serem mantidos, pela teoria do *stare decisis*.

De regra, o termo *stare decisis* significa tanto a vinculação, por meio do precedente, em ordem vertical (ou seja, como representação da necessidade de uma Corte inferior respeitar decisão pretérita de Corte superior), como horizontal (a Corte respeitar decisão anterior proferida no seu interior, ainda que a constituição dos juízes seja alterada). (MARINONI, 2010, p. 7).

As decisões judiciais poderiam servir de sustentação para princípios basilares constitucionais, eis que as especificidades fáticas e jurídicas de cada caso levado à tutela jurisdicional fazem com que a legislação se torne insuficiente para abraçar juridicamente por meio da solução mais adequada, efetiva e isonômica.

2.1 O precedente como instrumento de igualdade e segurança jurídica

Cada decisão dada por um Tribunal, em julgamento por amostragem local – com a identificação da devida similitude entre os casos constantes, formaria um precedente, uma *ratio decidendi*, que em linhas gerais seria a fundamentação

jurídica a fim de ser aplicada no âmbito Estadual em outros casos que porventura estejam alinhados ao mesmo contexto fático e jurídico.

A par disto, haveria a prestação jurisdicional ao indivíduo de modo mais célere que o habitual, e, em contrapartida, o sistema teria uma quantidade significativa de processos abrandados. Uma relação de interdependência, aprimorando o modo de pensar e aplicar os princípios na rotina de processos.

Na mesma vertente, o tratamento dispensado para as partes, para Marinoni (2010, p. 228), deve ser observado a ideia de “igualdade de acesso à justiça” ou perante a jurisdição, a respeito, inclusive, das dificuldades econômicas das partes envolvidas.

O respeito aos precedentes garante ao jurisdicionado a segurança de que a conduta por ele adotada com base na jurisprudência já consolidada não será juridicamente qualificada de modo distinto do que se vem fazendo; a uniformidade da jurisprudência garante ao jurisdicionado um modelo seguro de conduta presente, na medida em que resolve as divergências existentes acerca da tese jurídica aplicável a situações de fato semelhantes. (DIDIER JR., 2016. p. 470).

Somado a isso, não são raros os apelos sociais por celeridade e qualidade na prestação jurisdicional, acompanhada da insatisfação pela ausência de unidade institucional, de maneira a interpretar sistematicamente a norma infraconstitucional com o modelagem da Constituição Federal, padronizando decisões para propor a aparente utopia da previsibilidade, ressaltando a peculiaridade de cada contexto fático.

Tendo em mente que o modelo garantista da Constituição, quando da aplicação do precedente judicial, há que se atentar ao princípio da isonomia. E, ainda, mais amplo do que o já positivado, tais como a igualdade perante a lei, acesso à justiça ou a paridade de armas. A amplitude que se pretende alcançar é a isonomia frente a decisões judiciais. Como os precedentes judiciais podem promover este princípio? Através da coerência e estabilidade das decisões, refletindo seus efeitos para casos que possuem a mesma similitude. (SOUZA; LEMOS, 2019, p.15).

A relevância de compreensão sobre precedentes vinculantes se justifica pelo fato da decisão ter a visualização de ser um instrumento de “promoção da

unidade do direito a partir do trabalho desenvolvido pelos juízes e tribunais”, desenvolvendo a justiça, bem como a “observância da segurança jurídica, da igualdade e da coerência”. Tendo como desafio jurisdicional a “construção de uma linguagem específica visando a obtenção da unidade do direito”. (MITIDIERO, 2012, p. 69).

3 A formação de precedentes vinculantes pelos Tribunais de Segundo Grau

Por todo o leque de modificações em que transita o ordenamento jurídico brasileiro, igualmente se procede no ponto de vista dos tribunais de segundo grau, ao ampliar a competência para a criação de parâmetros vinculativos, mostrando-se imprescindível uma discussão na perspectiva da nova função dos Tribunais de Justiça, envolvendo o meio científico e impactando as conjunturas sociais. A propósito, conforme Mitidiero (2012, p. 69), a temática atinente à decisão judicial vinculante é direcionada à sociedade em geral.

Com o advento do CPC/2015 inegável é a função criadora ou constitutiva do Direito pelos tribunais, principalmente pelos tribunais superiores. Os julgamentos em sede de recursos repetitivos, IRDR (este julgado originariamente pelos tribunais de justiça e pelos tribunais regionais federais) e do IAC constituem precedentes que devem ser obrigatoriamente aplicados. (DONIZETTI, 2017, p. 143).

A visão de Tribunal de Justiça formador de precedentes, apesar de positivada, não é uníssona na doutrina, embora sido constituída os institutos para tanto, há o questionamento no que se refere à seara funcional do Tribunal de Segundo Grau – frisa-se, inicialmente mero revisor – ante ao duplo grau de jurisdição, sendo encarada de soslaio a competência constitucional para tanto, na linha de compreensão de que tal função seria somente dos Tribunais Superiores, conforme estabelecida na Carta Magna.

Na mesma vereda, infere Marinoni (2015, p. 401), ao direcionar seu pensamento de que as decisões em IRDR não formariam precedentes, vez que “a decisão proferida no incidente de resolução de demandas repetitivas apenas resolve casos idênticos”. Ou ainda, é possível a noção de o precedente teria efeito delimitado, devidamente proveniente das decisões emanadas pelo Tribunal de Justiça:

É preciso entender que o CPC/2015 optou por imbuir esses tribunais de competência para criar precedentes vinculantes, mas, evidentemente, que o conteúdo que possa ser extraído como norma jurídica dali somente

deve ser aplicável no âmbito dos tribunais que o firmaram, com um alcance territorial limitado, como preconiza Mancuso ao falar sobre o IRDR, mas que também servirá para as demais possibilidades de precedentes formados em segundo grau. (LEMOS, 2017, p. 253).

De todo modo, o CPC/15 propiciou uma espécie de transição funcional dos Tribunais, mantendo seu caráter revisor, porém, recondicionando ou ampliando a possibilidade de não somente criar precedentes persuasivos, mas igualmente pacificar, suspender processos advindos de temas relevantes para julgamento em procedimento diferenciado, com vistas a promover simetria decisória no respectivo território.

Na mesma vertente, a maneira como essa visão afetará os jurisdicionais é evidentemente relevante e significativa, vez que os tribunais resolveriam “os próprios problemas”, sem a necessidade, pelo menos *a priori*, de aguardar posicionamento do STJ ou STF. De outro lado, o refreamento do alcance aos Tribunais Superiores poderia simbolizar a eventual mitigação de suas funções Constitucionais como originais formadores de precedentes – o que, em uma primeira análise, tal posicionamento não se sobressai.

Em verdade, os precedentes vinculantes territoriais (delimitados na competência do respectivo Tribunal de Justiça), aparentemente produzem efeitos de aproximação prática da sistemática de precedentes quando aplicação por parte dos advogados, juízes e desembargadores, conseqüentemente, filtrando as temáticas ditas efetivamente importantes para desembarcar na aventura até os Tribunais Superiores, objetivando o alcance e influência decisória nacional.

Considerações finais

Por esta vereda, utilizando dos métodos de julgamento por amostragem e enfrentamento das situações de grande litigiosidade em segundo grau, tal como ocorre em sede de Tribunal Superior, reflete nas decisões padronizadas proferidas analisadas sob o crivo destes institutos, elevando seus efeitos como observância obrigatória territorial do respectivo Tribunal Estadual, e, por via de consequência, sendo desenvolvidos no sistema jurídico pátrio como instrumentos de aperfeiçoamento da justiça.

Mesmo que meramente de forma paliativa, a presente pesquisa teve como finalidade estimular a reflexão sobre as funções dos Tribunais Superiores, a perspectiva dos precedentes judiciais e, por fim, a transição da funcionalidade dos Tribunais. Conforme aludido, a vinculação territorial impacta e tende a permanecer

impactando no desenvolvimento da justiça, bem como na atuação da advocacia e demais envolvidos, a depender da correta utilização dos institutos para a formação de precedentes e da aplicabilidade de teses jurídicas com efeitos vinculantes territoriais pelos juízos de primeiro grau.

Cumprir notar que, logicamente, as decisões serão devidamente delimitadas ao Tribunal local até se a temática for relevante o suficiente para ser aventada em Tribunal Superior. Consequentemente, evidenciando a busca por circunstâncias viabilizadoras da melhor prestação jurisdicional, a partir de uma combinação entre concretização das garantias processuais e o aperfeiçoamento do *modus operandi* da sistemática de precedentes a nível estadual, caminhando para o cumprimento dos direitos e deveres processuais e institucionais.

Referências

DIDIER JR, Fredie; SOUZA, Marcus Seixas. O respeito aos precedentes como diretriz história do direito brasileiro. Revista de Processo Comparado. vol. 2. ano 1. p. 99-120. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. Revista de processo.** São Paulo: Ed. RT. Ano 37. Vol. 206. 2012.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual.** 20. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Atlas, 2017.

ZANETI JR., Hermes. **O valor dos precedentes: teoria dos precedentes normativos formalmente vinculantes.** 3. ed. rev., amp. E atual. Salvador: JusPODIVM, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O “problema” do incidente de resolução de demandas repetitivas e dos recursos extraordinário e especial repetitivos.** Revista de Processo. vol. 249. ano 40. p. 399-419. São Paulo: Ed. RT, nov. 2015.

LEMOS, Vinicius Silva. **O procedimento do microsistema de formação de precedentes vinculantes: desafios, deficiências e ponderações.** Dissertação (Mestrado em Sociologia e Direito). UFF, Niterói, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Súmulas, vagozas e ambiguidades: necessitamos de uma “teoria geral dos precedentes”?** Direitos Fundamentais & Justiça n.5. Out./Dez. 2008.

SOUZA, Ingrid Stéphanie Monteiro de; LEMOS, Vinicius Silva. **O recurso excepcional como fundamento em superação de precedente, sua inadmissibilidade, a revisão de tese e o acesso ao Tribunal Superior.** Revista

Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária.
São Paulo, SP: Síntese. Ano 70, nº 507, jan./2020.

[*] **Ingyrd Stéphanie Monteiro de Souza**. Pós-graduanda em Direito Processual pela PUC-Minas. Graduada em Direito pela Faculdade de Rondônia (Faro). Advogada. monteiroingryds@gmail.com.

A EXECUÇÃO SENTENÇA COLETIVA NOS JUIZADOS ESPECIAIS DA FAZENDA PÚBLICA

DANILO FRANÇA FALCÃO PEDROSA: Procurador do Estado de Alagoas, ex-Procurador do Estado de Pernambuco, ex-Analista Judiciário do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina, Pós-Graduado em Direito Administrativo e Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera-Uniderp.

Como se sabe, tem sido cada vez mais frequente o ajuizamento de ações de natureza coletiva por sindicatos e associações de categorias do funcionalismo público buscando tutelar direitos de natureza individual homogênea de seus filiados, a exemplo das diversas ações judiciais que buscam pleitos remuneratórios em favor dos integrantes de determinada categoria profissional. Nestas situações, o título prolatado na ação coletiva precisa ser liquidado e executado de forma individualizada, considerando a natureza divisível do direito. Então, o problema a ser aqui investigado é justamente acerca da possibilidade desse título, prolatado em ação coletiva, ser individualmente executado no Juizado Especial da Fazenda Pública, quando o valor individualizado não ultrapassar 60 (sessenta) salários mínimos.

O ponto inicial da discussão aqui aventada reside no fato da competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, onde ele estiver instalado, ser absoluta, nos termos do § 4º do art. 2º da Lei 12.153/2009. Em consequência, passou-se a questionar se o cumprimento de sentença oriunda de Ação Coletiva, em que o valor da causa seja inferior a 60 (sessenta) salários mínimos, deve seguir o rito sumaríssimo da Lei 12.153/2009.

De outra banda, o artigo 2º, § 1º, I, da Lei Dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, dispõe que não se incluem na competência do Juizado as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos. Então, diante desta aparente antinomia normativa, cumpre ao operador do direito, com as ferramentas disponíveis no sistema, solucionar-la, indicando o Juízo competente para processar o cumprimento de sentença prolatada em sede de demanda coletiva, quando o montante individualizado não for superior a 60 (sessenta) salários mínimos.

Ao que parece, esse aparente confronto normativo é meramente ilusório, sendo facilmente elucidado pela interpretação sistemática e teleológica do sistema processual aplicável aos Juizados Especiais que, adiante-se, mostra-se incompatível com a tutela reclamada pelas demandas de natureza coletiva.

Nesta perspectiva, é possível perceber de antemão que o regramento processual desenhado para os Juizados Especiais não foi concebido para tutela de direitos coletivos, sendo, em verdade, projetado para demandas de menor complexidade, o que, *a priori*, não alcançaria das demandas de índole coletiva.

Outrossim, a própria Lei 12.153/2009, em seu artigo 2º, I, é taxativa em afastar da competência dos Juizados as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos, *in verbis*:

Art. 2º É de competência dos Juizados Especiais da Fazenda Pública processar, conciliar e julgar causas cíveis de interesse dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, até o valor de 60 (sessenta) salários mínimos.

§ 1º Não se incluem na competência do Juizado Especial da Fazenda Pública:

I – as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, por improbidade administrativa, execuções fiscais e as demandas sobre direitos ou interesses difusos e coletivos;

II – as causas sobre bens imóveis dos Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios, autarquias e fundações públicas a eles vinculadas;

III – as causas que tenham como objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou sanções disciplinares aplicadas a militares.

Não obstante essa clara vedação legal indicada, poder-se-ia argumentar que as execuções de sentenças referentes a direitos individuais homogêneos não estariam abarcadas no conceito de demanda coletiva propriamente dito, por refletir apenas a pretensão executória individualizada.

Todavia, com a devida vênia aos que comungam pensamento em sentido diverso, esse argumento não se sustenta, já que o Juizado, por expressa disposição legal, apenas detém competência para executar seus próprios julgados, a teor do artigo 3º, § 1º, da Lei 9.099/1995, que assim dispõe:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas:

(...)

§ 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução:

I - dos seus julgados;

II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei.

Então, ao que vê, a execução individual de sentença coletiva nos Juizados Especiais da Fazenda não encontra respaldo legal no sistema normativo de regência. Neste propósito, cumpre destacar que a matéria ora em debate foi objeto do Tema de Recurso Repetitivo nº 1.029 do Superior Tribunal de Justiça, onde se fixou a tese no sentido de não ser possível a propositura nos Juizados Especiais da Fazenda Pública de execução de título executivo formado em Ação Coletiva que tramitou sob o rito ordinário, assim como impor o rito sumaríssimo da Lei 12.153/2009 ao juízo comum da execução.

Assim, se dúvidas ainda restavam, o julgado acima referido, proferido em sede de Recurso Repetitivo, veio para encerra-las de forma definitiva, com a fixação da tese de que não é possível propor nos Juizados Especiais da Fazenda Pública a execução de título executivo formado em Ação Coletiva que tramitou sob o rito ordinário, assim como impor o rito sumaríssimo da Lei 12.153/2009 ao juízo comum da execução.

Nestes termos, é possível concluir pela impossibilidade de ajuizamento nos Juizados Especiais da Fazenda Pública de execução de título executivo formado em Ação Coletiva que tramitou sob o rito ordinário.

Então, seja pela incompatibilidade axiológica ou pela falta de respaldo normativo, a propositura de procedimento de cumprimento de sentença coletiva em sede de Juizado Especial da Fazenda Pública deve ser prontamente rechaçada, conforme acertadamente decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgado que resultou no TEMA 1.029.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Trad. Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. Bauru, SP: Edipro, 2001.

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Trad. Maria celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10ª ed. Brasília: Editora UNB, 1999.

DIDIER Jr, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 11ed. Salvador: JusPODVUM, 2017.

FILHO, Rodolfo Pamplona; GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil, Volume II – Das Obrigações**. 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, Volume V, Direito das Coisas**. São Paulo: ED. Saraiva, 2006.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico: Plano da Existência**. 12ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições do Direito Civil. Volume III - Contratos**. ed 12º. Rio de Janeiro: ED. Forense, 2005.

VIGLIAR, José Marcelo. **Interesses Difusos, Coletivos, e Individuais Homogêneos**. Salvador: ED. JusPODIVM, 2005

A FAMÍLIA HOMOAFETIVA: OS DESDOBRAMENTOS DO DIREITO CONTEMPORÂNEO PARA A GARANTIA DA ENTIDADE FAMILIAR DIANTE DO PRECONCEITO SOCIAL

LUIZ MOACIR RODRIGUES MAIA:
Graduado do Curso de Direito da
Universidade Nilton Lins.

ARTUR AMARAL GOMES⁷

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como proposta verificar se a família homoafetiva mesmo com a escassez de garantias jurisdicionais diretas está se inserindo de forma eficaz dentro da sociedade contemporânea sem adversidades. Busca-se com esse artigo científico demonstrar o modo comparativo as legislações antigas e as vigentes, para apontar a evolução da família e os surgimentos das novas entidades familiares, analisando a parte histórica e social da família, para assim fazer comparações de clássicos e contemporâneos, para melhor se apresentar a consolidação das novas entidades familiares pois busca-se entender se mesmo com entendimentos jurisprudenciais e garantias constitucionais, ainda hoje existem dilemas a serem enfrentados pela família homoparental, se comparada aos outros tipos de família. Com o intuito de analisar se o Poder Legislativo está realmente preocupado com os fatos sociais e questões relacionadas à família homoafetiva, isso será realizado através da análise de atuação do poder Judiciário diante os desdobramentos que o direito contemporâneo enfrenta para a garantia de entidade familiar homoafetiva, diante do preconceito social e a escassez de lei expressa dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito de Família. Família Homoafetiva. Entidade Familiar. Preconceito Social.

ABSTRACT: El presente trabajo tiene como objetivo verificar si la familia homoafectiva, aun con la falta de garantías jurisdiccionales directas, se está insertando efectivamente en la sociedad contemporánea sin adversidades. Este artículo científico busca demostrar la forma comparativa de la legislación antigua y actual, para señalar la evolución de la familia y el surgimiento de nuevas entidades familiares, analizando la parte histórica y social de la familia, con el fin de realizar comparaciones de clásicos y contemporáneos, para presentar mejor la consolidación de las nuevas entidades familiares en cuanto se busca comprender si aún con

⁷ Professor Mestre Orientador da Universidade Nilton Lins. E-mail: arturrrh@gmail.com

entendimientos jurisprudenciales y garantías constitucionales, aún existen dilemas que debe enfrentar la familia homoparental, frente a otros tipos de familia. Para analizar si el Poder Legislativo está realmente preocupado por los hechos sociales y los temas relacionados con la familia homoafectiva, se hará a través del análisis de la actuación del Poder Judicial ante los desarrollos que enfrenta el derecho contemporáneo para garantizar una entidad familiar homoafectiva. ante el prejuicio social y la escasez de derecho expresado en el ordenamiento jurídico brasileño.

Keywords: Derecho de Familia. Familia Homoafectiva. Entidad Familiar. Prejuicio Social.

Sumário: *1 Introdução. 2 Conceito da família no direito brasileiro. 3 Evolução da família no direito brasileiro. 3.1 A família no direito brasileiro após constituição federal de 1988. 3.2 A efetuação da união homoafetiva como entidade familiar. 4 Benefícios concedidos a família homoafetiva e suas consequências. 4.2 Desdobramentos e ineficácia do judiciário. 4.2 Dilemas de inclusão social das famílias homoafetivas. 5 Considerações finais.*

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico traz consigo os desdobramentos do direito contemporâneo em que a família homoafetiva sofre para a garantia de entidade familiar diante do preconceito social. Explanando suas adversidades de consolidação diante dos órgãos jurisdicionais, tendo em vista a sociedade em que vivemos, com alto índice de violência contra homossexuais, indicando o apresso diretamente as famílias homoafetivas com escassez da legislação vigente, pela falta de leis expressas que não mencionam diretamente garantias à família homoparental.

Figura-se que a família homoafetiva não está se consolidando de forma eficaz na sociedade contemporânea devido ao preconceito social e pela carência de lei expressa dentro do ordenamento jurídico que atenda às famílias homoafetivas. Conflitos que existem por parte da própria sociedade que ainda traz uma ideia sobre o fator biológico da família (pai, mãe e filhos), predominando ainda em grande parte na sociedade, como uma idealização de família "certa", "saudável", "educativa" e de bons "princípios", com crenças que atingem grande parte dos indivíduos. Além da objeção dos juristas que apontam a importância da integridade física e mental do núcleo familiar e do menor que nele convive.

Dessa forma, indigita-se a antítese de que outras entidades familiares, como a heterossexual, não enfrenta problemas em se consolidar e inserir-se socialmente diante da sociedade contemporânea, visto que não sofrem preconceito e são contempladas por leis de forma categórica, dessa forma, mesmo com princípios constitucionais e garantias jurisprudenciais a família homoparental está se inserindo

de forma ineficaz dentro da sociedade contemporânea ficando expresso que existem distinções e impasses entre as entidades familiares na sua composição. Contudo, aponta-se que ordenamento jurídico nem sempre consegue contemplar as famílias homoparentais sem distinção.

Foram utilizadas inúmeras técnicas para a realização deste artigo científico, utilizou-se a documentação indireta por meio da pesquisa bibliográfica. Analisando-se a parte histórica e social da família, para assim fazer comparações de clássicos e contemporâneos, para melhor se apresentar a consolidação das novas entidades familiares.

Portanto, o presente artigo tornou-se relevante, pois contribuiu com a importância da igualdade social para prevalecer diante de qualquer preconceito ou obstáculo. Apresentando-se a valorização dessas famílias que estão entre as minorias, onde se deparam diariamente com dificuldades em poder ter uma vida digna e que temem pela sobrevivência em maior parte dos casos, posto isso, a busca de valores a serem considerados tanto pelo ordenamento jurídico, quanto pela sociedade contemporânea.

2 CONCEITO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

“[...] a família é uma realidade sociológica e constitui a base do Estado, o núcleo fundamental em que repousa toda a organização social.” (GONÇALVEZ, 2008, p. 1). Com uma solução biológica, afetiva, ancestral, se torna uma ligação entre pessoas, formando um organismo familiar. Para o direito de forma sucessória demarcam-se os consanguíneos em linha reta e aos colaterais até o quarto grau de parentesco.

A família se constitui desde os primórdios, que trouxeram e trazem conceitos ao longo do tempo, sempre em constante evolução. Anteriormente a ideia de família era postulada pelo núcleo familiar do homem, da mulher e todos os filhos não emancipados, trazendo convicções de crenças e ideologias de acordo com a organização da época. O marido era posto como chefe de família, assim, “a mulher era totalmente subordinada à autoridade marital e podia ser repudiada por ato unilateral do marido” (GONÇALVEZ, op. cit, 2008, pág. 15). Fatos como esse, que não levavam em consideração a afetividade familiar e incluíam como base apenas aspectos ao designo de conservação dos bens, não existindo assim diversidades da família padrão a título de exemplo, filhos adotivos ou união estável. Desta forma com o passar do tempo, o conceito de família começou a sofrer uma evolução sociológica e jurídica.

Novos conceitos se adequaram a realidade de cada época, definindo-se assim novos tipos de doutrinas modernas, desta forma estipulando novos horizontes ao

judiciário, hoje a família liga-se diretamente a laços sanguíneos, de convivência e não menos importante a efetividade dos membros a que compõe, pais biológicos, pais adotivos, filhos biológicos, filhos adotivos, avós, tios, quem quer que seja, desde que haja relação familiar entre as partes. Foi positivada de fato a pluralidade de famílias que existiam dentro do espaço social, com surgimento de princípios constitucionais, houve codificação de novos tipos de entidades familiares e a definição de família começou a tomar uma proporção com mais ensejo, como trata Teresa Rodrigues Vieira:

“Isto impulsionou que novos valores e princípios pudessem mostrar o novo Direito de Família, com o declínio do patriarcalismo e introdução dos princípios da afetividade, da solidariedade, da responsabilidade, dentre outros, inclusive da boa-fé objetiva.” (VIEIRA et al., 2018, pág. 15)

Desta forma, o Judiciário teve que se adequar a essas evoluções, apresentando apoio aos direitos fundamentais, exemplificativamente, o princípio da igualdade jurídica, “que revolucionou o governo da família organizada sobre a base patriarcal” (DINIZ, 2008, pág. 18). Desse modo, a família deixou de ser patriarcal e se tornou igualitária, não existindo mais hierarquia, consolidando-se igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos, respeitando as diferenças e valores em busca de uma entidade familiar mais imparcial. Norteador desse modo, mudanças e novos princípios para os novos direitos das unidades familiares.

Neste momento, temos inúmeros tipos de entidades familiares, que divergem da matrimonial a informal, da monoparental a anaparental, entre outras reconhecidas e amparadas pela Constituição Federal de 1988, que traz no artigo 226 que, “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”, dessa forma mesmo existindo consideráveis tipos de família, o que as assemelha são os direitos basilares postos pelo judiciário, contudo em especial a afetividade que possui grande dimensão jurídica. No mais tocante, houve o surgimento da família homoafetiva, que está ligada diretamente a essa dimensão jurídica, baseada no afeto entre os seus membros.

Segundo Vieira et al. (2018, pág. 15) “tais relações sociais e jurídicas, que até pouco tempo eram inadmissíveis e escandalizavam, hoje já ganham ares de normalidade, legitimidade e cidadania”, as novas entidades familiares que surgiram estão conseguindo se estabelecer gradativamente frente à sociedade em que vivemos, com o ganho de novos conceitos, definições e princípios que abraçam legalmente essas famílias, que mesmo tendo uma grande afluência, ainda sobrem objeções tanto da sociedade quando do judiciário.

Mesmo com a maior plenitude de conceitos dados, hodiernamente, o basilar não é levar em consideração a família como uma relação contratual, tal como bens e sim a preeminência de junção por afins, pela felicidade de todos, com o cuidado da prole, igualdade, proteção, além de inúmeras características idôneas para a construção de uma família bem consolidada, ainda hoje os conceitos de família respondem e refletem aos interesses de determinada sociedade, porém consegue-se enxergar o avanço e a luta para que essas novas entidades familiares consigam direitos garantidos frente ao preconceito social.

3 EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO DIREITO BRASILEIRO

“A família era, então, simultaneamente, uma unidade econômica, religiosa, política e jurisdicional” (GONÇALVES, 2008, pág. 15). Essa era a ideia intitulada na sociedade da época e pelo judiciário, não importava os laços afetivos, a família se consolidava como uma espécie de contrato entre as partes, se firmando legalmente com o casamento, com objetivo único a procriação. Defronte, inaugurou-se o Código Civil de 1916, apresentando concepções discriminatórias, matrimonialistas e patriarcais, a família só era constituída pelo casamento e não existiam legalmente outros tipos de entidades familiares. Assim dispozo o artigo 223 do Código Civil de 1916: “O marido é o chefe da sociedade conjugal”, deste modo, a cônjuge e os filhos provenientes do casamento deviam venerar as regras do chefe de família. Além de convicções traçadas por crenças e valores limitados, a entidade familiar não podia ser dissolvida e a família tinha que ser preservada independente da circunstância.

A religião era um dos maiores apoiadores para a consolidação de famílias com objetivo monetário e reprodutivo. Designavam esta ideologia diante a sociedade a ser cumprida, desta forma, defendia-se a consolidação de entidade familiar apenas com o casamento firmado, não era considerado moral a formação de outro tipo de família. Porém, a sociedade começou a sofrer mudanças, mães de família começaram a se desdobrar diante as dificuldades, algumas se tornando mães solteiras, grande parte começou a exercer o poder de chefe de família sem o apoio marital, mulheres começaram a ser inseridas dentro do mercado de trabalho, para o sustendo familiar, desdobrando-se entre o trabalho doméstico e remunerado, desta forma, começou uma pequena margem de direitos igualitários, mas sem serem legalizados, ampliando-se a quebra das concepções matrimonialistas, conseqüentemente houve gradativamente o esmorecimento da influência religiosa que tinha influência direta frente à consolidação de casamentos baseados apenas em designo de conservação dos bens e reprodução.

Daí em diante, começou a luta para o abatimento do poder da religião em teor estatal e a diminuição do poder do Estado frente às unidades familiares, tal como, a Lei do Divórcio que foi aprovada no ano de 1977, que pode conceder a

dissolução do casamento, mesmo frente ao preconceito social, possibilitando apenas um novo casamento, mas tornou-se desta forma um avanço para as famílias da época, adiante todas essas mudanças e movimentos para garantias legais, o Código Civil de 1916 começou a sofrer mudanças para conciliar-se com evolução da sociedade, assim houve o surgimento da Constituição Federal de 1988, que trouxe mudanças de paradigmas priorizando a família socioafetiva.

3.1 A família no direito brasileiro após Constituição Federal de 1988

Desse ponto, diante as transformações históricas, sociais e culturais, a família socioafetiva começou a ter uma melhor prioridade diante o jurisdicional. Logo, a Constituição Federal de 1988, trouxe novas ideologias e significados ao conceito de família, com grandes desdobramentos que mudaram totalmente as convicções que foram enraizadas durante todo um período. Houve então uma convulsão no direito de família, reconheceu-se novos valores, privilegiando a dignidade da pessoa humana. Assim, além de garantir uma ampla proteção a família, houve um melhor aparato jurisdicional, com o surgimento de princípios constitucionais, para atender as necessidades que a unidade familiar encontrava. (GONÇALVEZ, 2008, p. 17-18)

Nos dias atuais o afeto tem total valor jurídico e é levado em consideração para a instituição da família, entendendo-se dessa forma, como um dos principais princípios instituídos dentro do Direito de Família, tanto para sua formação, quanto para a sua proteção. Giselle Câmara Groeninga afirma que:

“O papel dado à subjetividade e à afetividade tem sido crescente no Direito de Família, que não mais pode excluir de suas considerações a qualidade dos vínculos existentes entre os membros de uma família, de forma que possa buscar a necessária objetividade na subjetividade inerente às relações. Cada vez mais se dá importância ao afeto nas considerações das relações familiares; aliás, um outro princípio do Direito de Família é o da afetividade.” (GROENINGA, 2008, p. 28)

Desse modo, o princípio da afetividade, trouxe e traz até os dias atuais garantias para inclusão nos meios sociais e jurídicos, a título de exemplo uma decisão dada pelo Superior Tribunal de Justiça de São Paulo REsp 1.159.242/SP:

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.”
(BRASIL, 2009, on-line)

Permitindo-se dessa forma, a reparação por abandono afetivo, afirmando a Min. Nancy Andrighi que existe uma obrigação inescapável dos pais em prestar apoio

psicológico aos filhos. Assim sendo, de suma importância a valorização do princípio da afetividade para o meio jurídico e social, como forma de contemplar garantias a novos tipos de famílias que tentam se instituir no meio social, dando margem para o fim do patriarcal, trazendo o reconhecimento da família monoparental e da união estável, passando a ser fundamentada no aspecto afetivo.

“Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”, dispondo assim o artigo 226, parágrafo 3º da Constituição Federal de 1988. Desse modo, legalizou-se a união estável do homem e da mulher que tem por objetivo constituir família não sendo mais descriminalizado, trouxe assim uma nova titulação de entidade familiar e não mais só considerando o casamento com a única forma de instituição de família. Sendo um grande marco histórico para essa nova unidade familiar estipulado pelo nascimento da Constituição Federal, fazendo nascer um novo conceito de família para a sociedade e o jurisdicional.

Com uma nova estrutura apresentada pelas mudanças sociais e com a nova Carta Magna de 1988, houve um novo ideal de família a ser estipulado tanto social, quanto jurisdicional. Entendendo-se assim que, houve uma nova remodelação dentro do núcleo familiar, trazendo a igualdade e o afeto no matrimônio e na união estável, desse modo, com o objetivo, a própria família ligada ao amor e a afetividade, referindo-se também aos princípios constitucionais como, a dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade em contribuição à proteção integral do menor, já que antes não era consolidada a afeição. Rompendo assim, totalmente as ideologias do Código Civil de 1916 e surgindo o novo Código Civil de 2002. (DINIZ, 2008, pág. 3-15)

Com todo o progresso e as transformações que a sociedade sofria, foram basilares as alterações do Código Civil de 1916, que tratava do ideal de uma família matrimonialista e discriminatória, trazendo com o novo código o valor jurídico da igualdade e do afeto.

“Frise-se, por fim, que as alterações pertinentes ao direito de família, advindas da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, demonstram e ressaltam a *função social* da família no direito brasileiro, a partir especialmente da proclamação da igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos [...]” (GONÇALVES, 2008, p. 19)

Desse modo, a família deixou de ser patriarcal e se tornou igualitária, não existindo mais hierarquia, consolidando-se igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos, respeitando as diferenças e valores em busca de uma entidade familiar mais

imparcial. Norteando desse modo, mudanças e novos princípios para os novos direitos das unidades familiares.

O surgimento dos novos princípios de direito de família trouxe um amparo estatal e melhor garantias as novas entidades familiares, como a igualdade. O artigo 5º da Constituição Federal de 1988 norteia bem essa igualdade, apontando que “que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, entendendo-se assim que, não deve haver descriminalização, devendo sempre ser posto como basilar os direitos e garantias constitucionais, como a igualdade entre os cônjuges. Além de reforçar a igualdade jurídica de todos os filhos, devendo ser tratados igualmente dentro da unidade familiar. Desse modo, as novas unidades familiares começaram a evoluir socialmente e juridicamente, se adaptando melhor as novas realidades encontradas em confronto com a sociedade retrograda que começou a ficar para trás, dando assim, abertura para uma nova validação adotiva.

“A proteção integral tem como fundamento a concepção de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, frente à família, à sociedade e ao Estado” (CURY et al., 2002, pág. 21). Desse modo, dando abertura para os filhos terem direitos amparados dentro do ordenamento jurídico e abrindo a possibilidade de famílias poderem adotar, à vista disso, contribuindo para que o menor possa ter um melhor desenvolvimento dentro de um seio familiar, tendo total proteção estatal garantida e certificando-se que a adoção seja igualitária a filiação biológica. Dessa maneira, as unidades familiares começaram a ter uma melhor consolidação com todo o surgimento legislativo, com garantias jurisdicionais, dando assim, abertura para o surgimento de novas entidades familiares que não eram mencionadas no ordenamento jurídico.

A família usufruindo-se do princípio da dignidade da pessoa humana, pondo como basilar o direito a felicidade e a afetividade, fez surgir assim, novos tipos de entidades familiares fora da Carta Magna de 1988, que começaram a ser entendidas dentro do ordenamento jurídico.

“Hoje, pode-se dizer que o elemento da consanguinidade deixou de ser fundamental para a constituição da família. [...], a doutrina e a jurisprudência vem aumentando o rol das modalidades de família, já sendo aceitas por alguns juristas outras formas, tais como a homoafetiva, a anaparental.” (BAPTISTA, 2014, p.24)

Assim, não devendo ser descartado nenhuma forma de entidade familiar, mesmo não estando prevista na Constituição Federal de 1988 ou no Código Civil

de 2002, devendo garantir tratamento igualitário e sendo impedido de qualquer tipo de discriminação, proporcionando adjunta a família homoafetiva.

3.2 A efetuação da união homoafetiva como entidade familiar

Com os conservadores entendimentos que já foram rotulados para o conceito de família e também apresentados, nenhum deles mencionava a união afetiva de pessoas do mesmo sexo, sempre tratavam da ideia de “fator biológico [...] a família nuclear, pai, mãe e filhos [...]” (VIEIRA et al., 2018, pág. 279) e abominavam esse tipo de unidade familiar. Além da falta de amparo jurídico, a sociedade e crenças religiosas também eram as principais contribuintes para o desamparo da família homoafetiva, pois carregavam ideologias ultrapassadas que eram transmitidas hierarquicamente por cada época, em que se recusavam a abrir margens para inclusão dessas famílias dentro da sociedade.

A religião teve e ainda tem grande influência sobre a sociedade. Dispôs de grande contribuição na estipulação da família, já que antes havia o entendimento de que a família era consagrada apenas com o casamento e que a mulher era apenas utilizada para a procriação. Partindo ao ponto a orientação sexual e sobre as famílias homoafetivas, pregavam que o fator era totalmente antinatural, apontando até como “doença”. Porém com as constantes mudanças apresentadas no âmbito jurisdicional e estudos comprovados, foi apontado que, a orientação sexual não poderia ser tratada como doença, não podendo existir um tratamento ou ser modificada. Com o surgimento da Carta Magna de 1988, trouxe o princípio da igualdade, que dispõe o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Não devendo assim ter qualquer tipo de descriminalização, dando abertura para a inclusão dessas minorias e trazendo novos entendimentos para a consolidação das famílias homoparentais.

Novos entendimentos começaram a surgir quando se deu início às mudanças sociais. Pequenas minorias de famílias homoafetivas começaram a tentar um espaço dentro da sociedade e iniciaram uma luta para o reconhecimento jurisdicional, já que a Constituição Federal e o Código Civil vigentes mesmo não dando menção direta a essas unidades familiares, não as proibiu de se formarem. Partindo assim, grandes discussões que iam de contra, a favor, quando se apresenta a ideia de união estável apenas entre homem e mulher. Não se deve limitar somente a essa expressão, pois existem princípios constitucionais amparativos que podem ser utilizados e reprimir-se apenas a ideia de “homem e mulher”, faz com que apresente uma ideia discriminatória, já que não existe uma proibição dentro do ordenamento jurídico, não havendo motivos plausíveis para que a união homoafetiva fosse impedida de constituir-se família. Surgindo assim, novos

aparatos jurídicos que trouxeram segurança a esse novo tipo de entidade familiar. (BARROSO, 2007, pág. 26-30)

4 BENEFÍCIOS CONCEDIDOS A FAMÍLIA HOMOAFETIVA E SUAS CONSEQUÊNCIAS

A união homoafetiva para a instituição de família era vista como ilusória, por não haver menção legislativa ou jurisprudencial expressa dentro do ordenamento jurídico de relacionamento entre casais do mesmo sexo ou na sociedade por não ser algo corriqueira. Porém com o surgimento dessas famílias e a sua abundância, o judiciário foi obrigado a rever direito a essa minoria.

Preliminarmente, já existiam casais homoafetivos instituídos, mas sem direitos equiparados, viu-se então, a necessidade da busca de garantias jurisdicionais, a título de exemplo, o reconhecimento de sociedade de fato entre dois homens, dispondo o direito ao companheiro sobrevivente à partilha de bens na constância da relação homoafetiva, levando em consideração o princípio da igualdade o princípios da afetividade. A contribuição do princípio da afetividade foi de suma importância para o apoio da família homoafetiva, dando apoio para a instituição de sociedade de fato. Dissertando mostra-se simples, mas visto que o judiciário sempre se manteve inerte referente aos direitos a casais homoparentais, torna-se abstruso a garantia de direitos adquiridos, por uma omissão preconceituosa de parlamentares e legisladores em não equiparar direitos expressos dentro do ordenamento jurídico. O judiciário então contraiu a necessidade de conferir garantias jurídicas a essas famílias que se encontravam sem nenhum direito respaldado, que mesmo com ausência de leis expressas, o direito não pode impedir o âmbito da tutela jurídica.

Todavia, as famílias homoafetivas sofriam e sofrem até hoje com a falta de inclusão, defronte a nossa sociedade possuir convicções culturais e religiosas limitadas em detrimento do primordial, dessa forma, afetando diretamente as famílias homoafetivas, um dos principais motivos contribuintes intitula-se o temor diante as altas taxas de violência contra homossexuais no Brasil. Ainda a título de exemplo, impasses e impedimentos vindos diretamente do judiciário. Se não existe disposto legal amparativo e existe impedimentos oriundos do judiciário, fica cada vez mais difícil a inclusão dessas famílias frente ao preconceito social.

Levando em consideração a busca de direitos das famílias homoparentais e a escassez de garantias legais, consolidou-se um entendimento que deu margem para o apoio dessas entidades familiares, o reconhecimento jurisprudencial da união estável homoafetiva no Brasil, ocorreu em maio de 2011, após vinte e dois anos da Carta Magna de 1988 e nove anos depois do surgimento do Código Civil

de 2002. Assim, reconhecendo a união homoafetiva também como núcleo familiar, mesmo não havendo abertura para uma lei expressa dentro do ordenamento jurídico. Com o entendimento, apontou-se também que a Constituição Federal de 1988 apresenta caráter laico para o Estado e que a moral religiosa, não poderia assim ser motivo para o impedimento ou ter argumentos contra a decisão. Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, "A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão família, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa" (BRASIL, 2011, on-line). Aclama-se o novo entendimento jurisprudencial carregando que, as uniões homoafetivas devem ser tratadas como igualitárias as margens das uniões heterossexuais, assim iniciando-se novos reconhecimentos jurídicos.

Em 2013, foi reconhecido mais um entendimento para esse novo tipo de entidade familiar, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) aprovou a celebração de casamentos civis homoafetivos dispondo que "é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo" (BRASIL, 2013, on-line), dando assim direitos iguais aos cônjuges no matrimônio. Trazendo inúmeros benefícios para as famílias homoafetivas, decisões que eram tratadas em varas cíveis, foram passadas para os juizados de família, planos de saúde e a realização de declaração da receita federal começaram a aceitar os parceiros como dependentes, além de novos benefícios que foram se consolidando. Porém mesmo o jurisdicional tentando atender de forma eficaz essas famílias, encontravam problemas, já que o ordenamento jurídico não expressa diretamente direitos estipulados para essa unidade familiar e mesmo existindo novas decisões havia divergências em que a família homoafetiva se padecia, tais como, a adoção homoafetiva.

4.2 Desdobramentos e Ineficácia do Judiciário

O Judiciário caminhava conforme a necessidade encontrada. Mesmo com algumas garantias já amparadas as familiares homoafetivas, não conseguia adotar um aparato jurídico abrangente, de forma consolidada, visto que já é reconhecida a união estável e o casamento, via-se burocracias para a realização de adoção por casais homoafetivos.

A título de exemplo, um casal homoafetivo de mulheres, quando uma das companheiras já havia adotado duas crianças e conseqüentemente a sua companheira gostaria de dividir as responsabilidades civis, em primeira instância existiu a autorização do pedido, entendendo que as crianças adotadas teriam todos os direitos equiparados, porém o Ministério Público recorreu a decisão, com a alegação de que: "em nenhum momento a legislação se refere a um casal

homossexual” (BRASIL, 2006, on-line). Em grande parte das situações o Judiciário se torna ineficaz, por não existir garantias integradas, sendo amparativas apenas em situações necessárias ou urgentes.

“A adoção por homossexual, *individualmente*, tem sido admitida, mediante cuidadoso estudo psicossocial [...]” (GONÇALVEZ, 2008, pág. 344). Em outro giro, mesmo depois de direitos equiparados, famílias homoafetivas sofriam problemas para a realização da adoção, outrora sendo apenas possível por um dos pares e não por ambos, a mesma não era tão simples como a adoção heterossexual, o jurisdicional apontava preocupação com o menor que iria ser adotado, em relação à saúde mental e a integridade física do adotando diante a nova família homoparental. Existiram assim inúmeras decisões contrárias, indicando que não era possível o processo de adoção para essas famílias, algumas decisões trazendo argumentos de que o processo de adoção valeria apenas para casais heterossexuais, originários de homem e mulher, como é expresso dentro do ordenamento jurídico, vindo assim certas restrições do próprio jurisdicional, conseqüentemente tornando esse processo mais dificultoso. Além de problemas relacionados ao registro de nascimento, apontando-se para a não realização do processo de adoção. A partir desses conflitos inaugurou-se uma decisão para a aprovação da adoção por casais homoafetivos.

No ano de 2015 foi julgado o Recurso Extraordinário RE 846.102 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA E RESPECTIVAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS. ADOÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 4.277. ACÓRDÃO RECORRIDO HARMÔNICO COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.” (BRASIL, 2015, on-line).

A relatora da decisão Min. Cármen Lúcia, autorizou um casal homossexual em adotar uma criança, afirmando que não haveria motivos para o impedimento. “Se as uniões homoafetivas já são reconhecidas como entidade familiar, com origem em um vínculo afetivo, a merecer tutela legal, não há razão para limitar a adoção” (BRASIL, 2015, on-line). O Supremo Tribunal Federal ainda deu interpretação conforme ao artigo 1.723 do Código Civil, “para dele excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. [...]”. Assim, abrindo margem para que o jurisdicional apoiasse esse procedimento e para que não houvesse restrições. O jurisdicional mesmo dando aparato jurídico, falha ao tentar conferir a entidade familiar como uma imagem

positiva, sendo que a intolerância à diversidade sexual e a inclusão dessas famílias é o problema central guardada a sociedade e a falha de leis expressas dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

No Brasil a carga de atender as garantias legais das famílias homoafetivas, tornou-se responsabilidade do judiciário por conta da evolução social, comparado ao legislativo que sempre esteve inerte em relação a essas garantias, visto que, até nos dias atuais se comporta de tal forma, devidamente por conta dos parlamentares que instauram seus interesses frente a tutela legal. Um dos pontos alvo são os “valores morais” e discriminação social. Mesmo que não haja essa previsão específica, não é uma justificativa para a exclusão desses direitos.

Perante toda evolução e conquista de direitos dos casais homoafetivos, hoje não existem leis expressas dentro do ordenamento jurídico que mencionem a família homoafetiva ou a adoção homoafetiva para equiparar direitos explícitos, trazendo assim um “silêncio” jurisdicional. Apontando como justificativa os “valores morais” e dando apoio a discriminação social. Já foram apresentados inúmeros projetos de lei, um exemplo é o PLS nº 612, de 2011, que propõe que altere a redação dos artigos 1.723 e 1.726 do Código Civil, para permitir o reconhecimento legal da união estável entre pessoas do mesmo sexo, porém todos os projetos de leis apresentados foram arquivados e ainda sofrem resistência de parlamentares conservadores, deixando assim uma “falta de proteção” para essas entidades familiares, não tendo leis expressas essas famílias dependem do judiciário para equiparar-las.

“E quando a legislação não cumpre a sua função de criar pautas de condutas a servirem de baliza, a única solução de quem se encontra à margem do sistema jurídico é socorrer-se do Poder Judiciário. Este é o caminho que vem sendo trilhado por todos aqueles a quem a sociedade vira o rosto. Quem não tem voz nem vez precisa ter certeza de encontrar na Justiça uma resposta.” (DIAS, 2011, p. 251)

Diante disso, mesmo tendo reconhecimentos jurisprudenciais de alguns direitos, essas unidades familiares ficam sem lei expressa no ordenamento jurídico para atender a ordem que o direito deve seguir. Estando em necessidade a abertura para a existência de novos projetos de lei, para garantir o apoio às minorias e garantias sólidas de inclusão dessas famílias nos meios sociais, pois já sofrem diariamente com essa falta de inclusão e desta forma abrindo margem a homofobia.

4.2 Dilemas de inclusão social das famílias homoafetivas

Mesmo com a evolução histórica da família, com as conquistas de direitos e o reconhecimento das famílias homoafetivas *jurisdicionalmente*. Ainda hoje sofrem diariamente com dilemas para que possam se incluir socialmente. Patenteando-se o exemplo em que um indivíduo com a orientação sexual divergente a um

heterossexual sofre preconceito social e quando se aponta uma família homoparental esse preconceito se dobra.

“Em 2018, as denúncias somaram 1.685 casos, que resultaram em 2.879 violações. Destas, 70,56% são referentes à discriminação, seguida por violência psicológica – que consiste em xingamentos, injúria, hostilização, humilhação, entre outros (com 47,95%) - violência física (27,48%) e violência institucional” (11,51%). (BRASIL, 2019, on-line)

O impasse principal é o temor de inclusão diante a sociedade brasileira, já que existem altas taxas de violência contra homossexuais no Brasil, números surpreendentes, tornando o Brasil o país campeão de assassinatos a homossexuais, essas famílias temem em se incluir socialmente. Diante disso a jurisdição viu a necessidade de dar apoio a essas minorias que sofrem esse enjeitamento social.

A homofobia afeta diretamente homossexuais, chegando a provocar depressão, suicídio, homicídio dentre outros dilemas enfrentados, tal como, o caso de Alexandre Ivo, adolescente homossexual de 14 anos, torturado e assassinado por homofobia no Rio de Janeiro. Segundo a Revista Fórum:

“[...] foi sequestrado, espancado, torturado e finalmente assassinado por três garotos. Seu corpo, vestido apenas por uma bermuda, foi encontrado dias depois em um terreno baldio. De acordo com o laudo do Instituto Médico Legal (IML), a causa da morte foi espancamento seguido de tortura e estrangulamento – provavelmente cometido com a sua própria camiseta.” (FORUM, 2014, on-line)

Dessa forma, a homofobia social se mostra predominante e totalmente sombria. Inúmeros casos ocorrem diariamente dentro do Brasil e em grande porção torna-se absorto, pela morosidade judicial e temor de denúncia por parte dessas minorias.

O Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADO 26/DF em conjunto com o MI 4733/DF, em treze de junho de 2019 julgou pela criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas, se enquadrando no crime de racismo, um crime inafiançável e imprescritível. Tratando assim a ADO 26/DF:

“[...] 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, constituindo, também, na hipótese de homicídio doloso, circunstância que o qualifica, por configurar motivo torpe (Código Penal, art. 121, § 2º, I, "in fine")." (BRASIL, 2019, on-line)

Verifica-se, portanto, que o entendimento do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas enquadra-se dentro do crime de racismo, pois projeta-se além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos como é possível entender no trecho a seguir:

"O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico [...]." (BRASIL, 2019, on-line)

Tal entendimento jurisdicional ocorre após mais de trinta anos do surgimento da Carta Magna de 1988, em que se percebe que não houve registro de defesa específica para essas minorias.

"[...] ainda não se registrou – no que concerne à punição *dos atos e comportamentos* resultantes de discriminação contra pessoas em razão *de sua orientação sexual* ou em decorrência *de sua identidade de gênero* – a necessária *intervenção concretizadora* do Congresso Nacional, que se absteve, *até o presente momento*, de editar o diploma legislativo essencial ao desenvolvimento da plena eficácia jurídica dos preceitos constitucionais inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política." (BRASIL, 2011, on-line)

Assim, um dos fatores para a criminalização da homofobia foram as visíveis altas taxas de homicídios e por sofrerem a luta diária contra a descriminalização. Desse modo, sendo mais um apoio à família homoafetiva, que se sentia vulnerável

em relação à inclusão dentro da sociedade, mesmo que o preconceito não seja completamente combatido.

A homofobia está inserida na maior parte da sociedade, dentro de casa, nas escolas, nas ruas. Não é um assunto tratado com clareza, ainda existe uma objeção sobre a temática, grande parte da sociedade postula a orientação sexual como um problema, como uma doença ou qualquer outro termo degenerativo para negligenciar e haver uma rejeição social. Dessa forma, contribuindo para a marginalização de uma possível inclusão social satisfatória. A título de exemplo declarações dadas pelo Ministro da Educação Milton Ribeiro, afirmando que:

“Acho que o adolescente, que muitas vezes, opta por andar no caminho do homossexualismo (sic), tem um contexto familiar muito próximo, basta fazer uma pesquisa. São famílias desajustadas, algumas. Falta atenção do pai, falta atenção da mãe. Vejo menino de 12, 13 anos optando por ser gay, nunca estive com uma mulher de fato, com um homem de fato, e caminhar por aí. São questões de valores e princípios.” (ESTADÃO, 2020, on-line)

Deste modo, revela-se que ainda existe descriminalização quando o fator evolve a orientação sexual homoafetiva, afetando diretamente o contexto familiar homoparental, onde está encaixada essa minoria e retalia-se em se constituir.

A principal agravante para problemas frente a instituição da família homoafetiva como entidade familiar é definitivamente o preconceito social enraizado, passado de geração para geração, onde grande parte desse preconceito está em chefes religiosos com grande número de seguidores e em parlamentares que fazem descaso com lei expressas dentro do ordenamento jurídico, sem poder abrir margem para a inclusão direta e amparativa, possuindo apenas entendimentos que se veem necessários em casos extremos.

Contudo, tendo apenas o lacônico avanço jurisdicional, não se pode mais privar essas famílias de direitos básicos. Como consolida-se o Supremo Tribunal Federal:

“Ao assim decidir a questão, o Pleno desta Suprema Corte proclamou que ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Isso significa que também os homossexuais têm o direito de receber a igual proteção das leis e do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável

qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual.” (BRASIL, 2020, on-line)

No entanto, mesmo com a criminalização da homofobia e garantias constitucionais, deve-se apresentar a sociedade contemporânea firmemente o fato ilícito do novo tipo penal, para tornar-se assim mais eficaz a inclusão dessa entidade familiar dentro do convívio social. Posto que, indicies apontam aumento de agressão, suicídio e homicídios contra lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais (LGBT).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A abordagem do tema mostra-se totalmente pertinente diante ao Direito de Família, já que deve ser visto as mudanças sociais e suas necessidades para prover as carências da coletividade familiar.

A homofobia é um dos principais encadeamentos que conduzem obstáculos, tanto individuais ou em conjunto, mostrando-se totalmente alarmante pela objeção de essa minoria se inserir no meio social, seja em relação as famílias homoafetivas ou individualmente em escolas, praças, ruas ou até mesmo em lugares que deveriam dispor de seguridade.

No Brasil as famílias homoafetivas sofrem de carência jurisdicional por parte do legislativo que atua de forma inerte diante os parlamentares e respectivos preconceitos sociais, aplicando desde discurso de ódio a perseguição a essas minorias. Dessa forma o judiciário se atenta apenas devidamente as carências encontradas pelo caminho e não se preocupa em abranger e resguardar garantias legais as famílias homoparentais. Tornando-se assim, uma busca inalcançável por direitos expressos.

Arremate, à frente de toda evolução coexistente e a todos os aparatos jurídicos até hoje estabelecidos no ordenamento jurídico atual, não existem leis ou artigos específicos, que mencionem diretamente essa inclusão das famílias homoparentais, tanto em relação à união estável ou a adoção. Um dos pontos alvo são os “valores morais” e discriminação social, visto que o Brasil passa por uma fase de conservadorismo, onde possui bancadas de parlamentares conservadores que de forma inequívoca ignoraram direitos fundamentais e suas garantias, dessa forma, tornando a Constituição Federal de 1988 ineficaz, acarretando uma falta de seguridade não só afeta as famílias homoafetivas ou a comunidade LGBT, mas sim a nação, contribuindo para o desprezo de uma classe e gerando lacuna para outros tipos de impasses.

Apesar de todos os empecilhos arrematados pelo caminho, a principal origem do problema se encontra na omissão do Poder Legislativo em criar leis específicas para a inclusão das famílias homoafetivas, além disso, para reprimir e conseguir evitar de uma forma mais branda atitudes que são discriminatórias. Dessa forma, tornando inconstitucional por ser totalmente omissa e essas minorias dependerem apenas do judiciário para garantias de direitos, já que não existem leis específicas.

Portanto, a luta para as garantias de direitos da entidade familiar homoparental, são de suma importância para as mudanças sociais e para o avanço do direito contemporâneo, para tornar-se mais bem equiparada e compreendida. Evidenciando-se que o preconceito social ainda é um retardo para a estipulação de direitos básicos dessas unidades familiares, porém, apontando que as lutas dessas minorias contribuem de fato para direitos básicos frente ao jurisdicional que em algumas vezes se torna falho. Assim, em busca de uma desconstrução frente ao preconceito e a desigualdade social, apanhando então, a igualdade dessas famílias e o respeito muito social, clama-se por melhores contribuições jurisdicionais frente à evolução, buscando a coesão social, para a família homoafetiva ser aceita como qualquer outra.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA, Silvio Neves. **Manual de direito de família**. 3. ed. Recife: Bagaço, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. **Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil**. [S.I.], 2007. p. 24-27. Disponível em: <[http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro /diferentes_iguais_lrbarroso.pdf](http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/diferentes_iguais_lrbarroso.pdf)>. Acesso em: 28 de maio de 2015.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 175 de 14/05/2013**. Dispõe sobre a habilitação, celebração de casamento civil, ou de conversão de união estável em casamento, entre pessoas de mesmo sexo. 14 de maio de 2013. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/1754>>. Acesso em: 17 de maio de 2020.

BRASIL, Governo Federal. **Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos**. Disque 100 registra quase três mil violações contra a população LGBT. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2019/junho/disque-100-registra-quase-tres-mil-violacoes-contr-a-populacao-lgbt>>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta De Inconstitucionalidade**: ADI 4277 DF. Tribunal Pleno. DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341. 5 de Maio de 2011. Disponível em:

<<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627236/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-4277-df-stf>>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.159.242** - SP (2009/0193701-9). CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. Recurso Especial. T3 – TERCEIRA TURMA. São Paulo, 24 de abril de 2012. Disponível em: <https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STJ/attachments/STJ_RESP_1159242_a95ca.pdf?AWSAccessKeyId=AKIARMMD5JEAD4VJ344N&Expires=1605305474&Signature=iNRuc8b8S9IVRXh9ZletxMcG4UQ%3D>. Acesso em: 13 de nov. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário**: RE 846102 PR. RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ, RECDO.(A/S) : A L M DOS R, RECDO.(A/S) : D I H. 5 de maio de 2015. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178770481/recurso-extraordinario-re-846102-pr-parana>>. Acesso em: 19 de maio de 2020.

BRASIL. Brito, Ayres. **Voto ADPF nº 132-RJ**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-ministro-ayres-britto-julgamento.pdf>>. Acesso em: 25 de mar. 2020.

BRASIL. Código Civil (1916). **LEI Nº 3.071, DE 1º DE JANEIRO DE 1916**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm>. Acesso em: 20 de maio de 2020.

BRASIL. Código Civil (2002). **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BRASIL. Lewandowski, Ricardo. **União Homoafetiva**: voto oral proferido na ADPF 132 e ADI 4.277. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/uniao-homoafetiva-stf.pdf>>. Acesso em: 28 de mar. 2020.

BRASIL. Mello, Celso de. **ADO 26 / DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26CMVotoscomunicac807a771odoSenadoFederal.pdf>>. Acesso em: 28 de mar. 2020.

BRASIL. Mello, Celso de. **ADO 26 / DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo944.htm#Homofobia%20e%20omiss%C3%A3o%20legislativa%20%E2%80%93%204>>. Acesso em: 28 de mar. 2020.

BRASIL. Moraes, Alexandre de. **ADO 26 / DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADO26votoMAM.pdf>>. Acesso em: 28 de mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF), **Diversidade** / Supremo Tribunal Federal. – Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2020. 188 p. Atualizada até o DJE de 7 de julho de 2020 e o Informativo STF 983. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoPublicacaoTematica/anexo/diversidade.pdf>>. Acesso em: 28 de out. 2020.

CURY, Munir.; CURY, Munir.; MARÇURA, Jurandir Norberto.; PAULA, Paulo Afonso de.; PAULA, Paulo Afonso Garrido de. **Estatuto da Criança e do Adolescente anotado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **A família homoafetiva e seus direitos**. Revista do Advogado. n. 91. p. 103-111. São Paulo: AASP, maio 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Diversidade Sexual e Direito Homoafetivo**. In: Rumo a um novo ramo do direito. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**, 5º volume: direitos de família / Maria Helena Diniz. – 23... ed. Ver., atual. E ampl. De acordo com a Reforma do CPC e com o Projeto de Lei n. 276/2007. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito civil brasileiro**, volume VI: direito de família/Carlos Roberto Gonçalves. – 5. Ed., ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2008.

GROENINGA, Giselle Câmara. Direito Civil. Volume 7. **Direito de Família**. Orientação: Giselda M. F Novaes Hironaka. Coordenação: Aguida Arruda Barbosa e Cláudia Stein Vieira. São Paulo: RT, 2008, p. 28.

LONGO, Ivan. **De outras Copas, o mesmo sofrimento**. Revista Fórum, Brasil, Por Redação, jul. 2014. Disponível em: <<https://revistaforum.com.br/noticias/de-outras-copas/>>. Acesso em: 28 de jun. 2020.

LOTRAN, Lícia. **Famílias homoafetivas: a insistência em ser feliz**. 1 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.

RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - **Apelação Cível** : AC 70039044698 RS - **Inteiro Teor**. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20004490/apelacao-civel-ac-70039044698-rs/inteiro-teor-20004491>>. Acesso em: 31 de mar. 2020.

SOARES, Jussara. **Volta às aulas no País e acesso à internet não são temas do MEC, diz ministro**. O Estado de S.Paulo, São Paulo, Entrevista com, set. 2020. Disponível em: <<https://educacao.estadao.com.br/noticias/geral,voltas-as-aulas-no-pais-e-acesso-a-web-nao-sao-temas-do-mec-diz-ministro,70003450120>>. Acesso em: 28 de jun. 2020.

VIEIRA, Tereza Rodrigues; CARDIN, Valéria Silva Galdino; BRUNINI, Bárbara Cossettin Costa Beber. **Famílias, Psicologia e Direito**. 2 ed. Brasília: Zakarewicz Editora, 2018.

IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL E SEUS REFLEXOS NO DIREITO DO TRABALHO.

BEATRIZ VICTÓRIA DE DIEGO TERZINI.

Advogada. Formada pela Instituição IBMEC
Damásio São Paulo.

Resumo: O presente artigo busca analisar as imunidades de jurisdição e de execução relativas aos Estados estrangeiros, organizações internacionais e aos diplomatas e cônsul no que tange a jurisdição brasileira. Aliado à isso, busca-se analisar a aplicação das imunidades no âmbito da justiça do trabalho, ante a sua relativização, no que se refere as reclamações trabalhistas ajuizadas pelos empregados. Traz também a posição do Tribunal Superior do Trabalho sobre o tema.

Palavras-Chaves: Imunidade. Jurisdição. Execução. Reclamações trabalhistas.

Abstract: Immunity. Jurisdiction. Enforcement. Labor claims.

Key words: This article seeks to analyze the immunity from jurisdiction and execution related to foreign states, international organizations and diplomats and consuls with respect to Brazilian jurisdiction. Allied to this, we seek to analyze the application of immunities in the scope of labor justice, in view of their relativization, with regard to labor claims filed by employees. It also brings the position of the Superior Labor Court on the subject.

Sumário: Introdução. 1. Imunidade das organizações internacionais. 1.1 Interpretações da Orientação Jurisprudencial. 2. Imunidades dos Estados Estrangeiros. 2.1 Imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros. 2.1.1 A relativização da imunidade de jurisdição. 2.2 Imunidade de execução de Estado estrangeiro. 2.2.1 Exceções à imunidade absoluta de execução 3. Imunidades diplomáticas e consulares. 3.1 Aquisição das imunidades. 3.2 Perda das imunidades. 3.3 Amplitude ou extensão das imunidades. 3.4 Aspectos das Imunidades diplomáticas. 3.5 Aspectos das imunidades consulares. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

Há casos em que algumas pessoas atuam no território brasileiro com capacidade oficial a serviço de outro Estado e, nesse sentido, podem possuir algum tipo de imunidade de jurisdição e/ou execução perante a jurisdição brasileira.

A imunidade de jurisdição é entendida como “o privilégio reconhecido a certas pessoas estrangeiras, em virtude dos cargos ou funções que exercem, de

escaparem à jurisdição, tanto civil quanto criminal, do Estado em que se encontram”⁸.

Já a imunidade de execução, conforme ressalta Sergio Pinto Martins é a “imunidade de execução pode deixar de ser aplicada caso existam bens em território brasileiro que não tenham vinculação com as atividades essenciais do ente de direito público externo”.⁹

Nesse sentido, serão abordadas as imunidades de jurisdição e de execução frente aos entes internacionais bem como suas peculiaridades e exceções.

1. Imunidade das organizações internacionais

O presente tema foi objeto de intenso debate na jurisprudência brasileira no passado. Havia um consenso no sentido de que a imunidade de jurisdição das organizações internacionais não poderia receber o mesmo tratamento da imunidade de jurisdição dos Estados soberanos, uma vez que foi considerada imunidade relativa em virtude da aplicação da teoria dos atos de gestão e dos atos de império – que serão aprofundadas em diante.

A teoria dos atos de gestão e dos atos de império não pode ser aplicada em prol das organizações internacionais em virtude de uma razão simples: as organizações internacionais não exercem soberania.

A questão da imunidade de jurisdição das organizações internacionais foi pacificada pela jurisprudência do TST, que resultou na edição da OJ 416 da SDI-1 do TST.

Orientação Jurisprudencial 416 da SDI-1 do TST. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. ORGANIZAÇÃO OU ORGANISMO INTERNACIONAL. As organizações ou organismos internacionais gozam de imunidade absoluta de jurisdição quando amparados por norma internacional incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro, não se lhes aplicando a regra do Direito Consuetudinário relativa à natureza dos atos praticados. Excepcionalmente, prevalecerá a jurisdição brasileira na hipótese de renúncia expressa à cláusula de imunidade jurisdicional.

⁸ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. Manual de direito internacional público. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 117.

⁹ MARTINS, Sergio Pinto. Direito processual do trabalho. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

No tocante à imunidade de execução das organizações internacionais perante o Poder Judiciário brasileiro, deve-se aplicar exatamente as mesmas regras que disciplinam a imunidade de jurisdição da organização internacional. Isto significa que as organizações internacionais apenas terão imunidade de execução se houver tratado específico que lhes atribua esse direito.

1.1 Interpretações da Orientação Jurisprudencial

A partir da interpretação da OJ 416 da SDI-1, pode-se extrair as seguintes conclusões:

a) As organizações internacionais apenas terão imunidade de jurisdição perante o Poder Judiciário brasileiro se existir tratado internacional que traga expressamente esse previsão. Logo, a fonte da Imunidade de Jurisdição das organizações internacionais é convencional (depende de tratado ou convenções internacionais).

b) Caso exista um tratado prevendo imunidade absoluta de jurisdição das organizações internacionais no Brasil, essa organização internacional não poderá ser julgada perante o Poder Judiciário brasileiro em nenhuma hipótese, inclusive no tocante às reclamações trabalhistas. Geralmente, as organizações internacionais têm órgãos próprios denominados tribunais administrativos que analisam o cumprimento dos contratos de seus colaboradores em escritórios nacionais.

c) Admite-se a possibilidade excepcional de julgar uma organização internacional no Brasil que tenha tratado que lhe assegure a imunidade absoluta de jurisdição perante o Poder Judiciário brasileiro, se essa organização internacional renuncia expressamente à imunidade de jurisdição.

d) Se não existir tratado que conceda imunidade de jurisdição em prol de determinada OI perante o Poder Judiciário brasileiro, essa OI poderá ser julgada no país sem nenhum obstáculo.

Nesse sentido, a imunidade das organizações internacionais é absoluta se houver tratado sobre o tema ou em caso ausência de renúncia.

2. Imunidades dos Estados estrangeiros

As imunidades dos Estados estrangeiros está dividida em imunidade de jurisdição e imunidade de execução.

2.1 Imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros

A imunidade de jurisdição impede que os Estados estrangeiros – que atuam no território brasileiro por meio de embaixadas e de consulados – sejam réus em processos de conhecimento ajuizados perante o Poder Judiciário brasileiro.

A imunidade de jurisdição soberana tem fonte no costume internacional, ou seja, é uma norma internacional costumeira ou consuetudinária. Isto significa que não existem Tratados Internacionais sobre o tema imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros que atuam no território brasileiro.

O tema imunidade de jurisdição soberana foi criado como norma costumeira no Direito Internacional (ato reiterado no tempo e no espaço tido como obrigatório) e tem como fundamento principal o princípio da igualdade soberana. Com efeito, a imunidade de jurisdição dos Estados soberanos surgiu com base no seguinte ditado jurídico: “in paret partes non habet iudicium” (entre iguais não há juiz).

A jurisprudência brasileira, seguindo uma tendência da jurisprudência dos demais Estados soberanos, sedimentou o entendimento de que a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros é uma norma internacional relativa, ou seja, existem hipóteses que permitem o julgamento de Estados estrangeiros perante o Poder Judiciário brasileiro.

2.1.1 A relativização da imunidade de jurisdição

A relativização da imunidade de jurisdição soberana tornou-se possível por meio da aplicação da teoria dos atos de gestão e dos atos de império, aplicada com destaque no Brasil, inicialmente, pela Justiça do Trabalho. Essa teoria parte do pressuposto que as embaixadas e os consulados que atuam no Brasil em nome dos Estados estrangeiros praticam 02 tipos diferentes de atos, a saber:

a) **Atos de império:** Ao praticar um ato de império no Brasil, o Estado estrangeiro (embaixada ou consulado) atua no exercício de sua soberania no interior do Estado brasileiro. Exemplos: negativa de visto, demora na entrega de passaporte, atos de guerra (lembrar do caso do submarino alemão e os pescadores). Em relação aos atos de império, existe imunidade de jurisdição em prol do Estado estrangeiro. Logo, o Estado estrangeiro não poderá ser réu em processo perante o Poder Judiciário brasileiro.

No entanto, há exceção: o Estado estrangeiro poderá ser réu perante o Poder Judiciário brasileiro em processo judicial que envolve atos de império se renunciar expressamente a imunidade de jurisdição que possui.

b) **Atos de gestão:** Ao praticar ato de gestão, o Estado estrangeiro (embaixada ou consulado) atua no Brasil na condição de particular, isto é, não exerce

sua soberania. Os atos de gestão são considerados atos que os particulares praticam para gerir, administrar, cuidar ou zelar do seu patrimônio. Exemplos: contratação de empregados domésticos, contratação de serviços de vigilância patrimonial, contratação de serviços permanentes de consumo (água, luz, telefonia etc.). Em relação aos atos de gestão, não há imunidade de jurisdição em prol do estado estrangeiro que atua no Brasil. Logo, o Estado estrangeiro (embaixada ou consulado) poderá figurar na condição de réu ou reclamado perante o Poder Judiciário brasileiro.

Vale ressaltar que no tocante aos atos de gestão, o Estado estrangeiro não poderá renunciar à imunidade de jurisdição perante o Poder Judiciário brasileiro em razão do fato de não possuir imunidade de jurisdição a processos judiciais sobre atos de gestão. Na prática, isso significa que para os atos de gestão haverá processo perante o Poder Judiciário brasileiro envolvendo o Estado estrangeiro independentemente de renúncia.

2.2 Imunidade de execução de Estado estrangeiro

A imunidade de execução do Estado estrangeiro impede que o Estado estrangeiro sofra processo de execução perante o Poder Judiciário brasileiro, ou seja, tenha seus bens e patrimônio penhorados.

O tema de imunidade de execução soberana no Direito Internacional tem como fontes tratados internacionais, ou seja, normas convencionais. A propósito, é importante citar 02 Convenções/Tratados que são aplicáveis à matéria:

a) Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961: Prevê que os bens pertencentes às embaixadas são invioláveis, ou seja, não podem ser penhorados.

b) Convenção de Viena sobre Relações Consulares de 1963: Estabelece que os bens pertencentes aos consulados são invioláveis, ou seja, não podem ser penhorados.

A partir da interpretação do disposto nos dois tratados mencionados acima, a jurisprudência brasileira firmou o entendimento de que a imunidade de execução do Estado estrangeiro que atua no Brasil é absoluta.

Isto é, para os processos de execução, não se aplica a teoria consagrada pelo costume internacional dos atos de gestão e atos de império. Em termos práticos, o caráter absoluto da imunidade de execução do Estado estrangeiro no Brasil impede a execução da sentença condenatória de embaixadas e de consulados obtida em processos de conhecimento referentes a atos de gestão, como por exemplo, reclamação trabalhista.

A regra geral determina, portanto, que a sentença brasileira seja executada mediante carta rogatória perante o Poder Judiciário do Estado estrangeiro condenado.

2.2.1 Exceções à imunidade absoluta de execução

A jurisprudência brasileira admite 02 situações excepcionais que permitem mover o processo de execução contra Estado estrangeiro condenado pelo Poder Judiciário brasileiro. São elas:

a) Se houver renúncia expressa à imunidade de execução: Nesse sentido, eventual renúncia anterior realizada por Estado estrangeiro no processo de conhecimento (atos de império) não implica em renúncia automática à imunidade de execução. Exige-se uma nova renúncia expressa para o processo de execução.

b) Se o Estado estrangeiro possuir, no Brasil, bens que não tenham afetação em relação às embaixadas e aos consulados. Exemplo: imóveis desocupados, investimento na bolsa de valores, aplicações financeiras etc.

Logo, se o Estado estrangeiro possuir, no Brasil, um imóvel alugado, esse bem apenas poderá ser penhorado se ficar provado que o aluguel recebido não é usado para a manutenção e pagamento das despesas da embaixada ou consulado desse Estado soberano situado no Brasil.

3. Imunidades diplomáticas e consulares

São proteções previstas em normas internacionais que impedem os agentes diplomáticos e os agentes consulares de serem réus em processos judiciais civis e penais, bem como impedem que esses agentes figurem no polo passivo de processos administrativos promovidos pelas autoridades do Estado em relação ao qual desempenham suas funções. Em outras palavras, um agente diplomático ou agente consular brasileiro que serve em um posto no exterior não poderá, como regra geral, figurar como réu em processo judicial (civil ou penal), nem como indiciado em processo administrativo promovido pelas autoridades do país em que estão lotados.

Vale considerar que as imunidades diplomáticas e as imunidades consulares são válidas apenas perante as autoridades judiciais e autoridades administrativas do Estado acreditado ou do Estado receptor, isto é, as autoridades do país em que o agente diplomático e o agente consular desempenha suas atribuições.

Logo, não existem imunidades diplomáticas, nem imunidades consulares que podem ser opostas/apresentadas perante o Estado acreditante ou o Estado que envia

ou agentes diplomáticos e os agentes consulares ao exterior, conforme Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1965.

Artigo 31 4. A imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditado não o isenta da jurisdição do Estado acreditante.

3.1 Aquisição das imunidades

As imunidades diplomáticas e as imunidades consulares são adquiridas pelos respectivos agentes estatais a partir do momento em que o Estado acreditado ou o Estado receptor aceita as credenciais dos referidos agentes enviados pelo Estado acreditante ou pelo Estado que envia. O Estado acreditado ou o Estado receptor pode rejeitar as credenciais dos agentes diplomáticos e dos agentes consulares sem que exista necessidade de fundamentação do ato de rejeição, haja vista que se trata de um ato de soberania.

3.2 Perda das imunidades

As imunidades diplomáticas e consulares, uma vez adquiridas protegem o agente diplomático e o agente consular perante a atuação de autoridades administrativas do Estado acreditado ou do Estado receptor. Essas imunidades, no entanto, podem ser perdidas em 02 hipóteses:

a) Renúncia expressa pelo Estado acreditante ou pelo Estado que envia: O próprio agente diplomático ou o próprio agente consular não pode renunciar às imunidades que possui. Eventual renúncia de imunidade diplomática ou de imunidade consular realizada pelo próprio agente é nula, conforme Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1965.

Artigo 32. 1. O Estado acreditante pode renunciar à imunidade de jurisdição dos seus agentes diplomáticos e das pessoas que gozam de imunidade nos termos do artigo 37. 2. A renúncia será sempre expressa. 4. A renúncia à imunidade de jurisdição no tocante às ações civis ou administrativas não implica renúncia a imunidade quanto as medidas de execução da sentença, para as quais nova renúncia é necessária.

b) Declaração de *persona non grata* pelo Estado acreditado ou pelo Estado receptor, seguida da expiração de um prazo razoável para retirada do agente diplomático ou do agente consular, conforme Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1965.

Art. 23 1. O Estado receptor poderá a qualquer momento notificar ao Estado que envia que um funcionário consular é "persona non grata"

ou que qualquer outro membro da repartição consular não é aceitável. Nestas circunstâncias, o Estado que envia, conforme o caso, ou retirará a referida pessoa ou porá termo a suas funções nessa repartição consular. 4. Nos casos mencionados nos parágrafos 1º e 3º do presente artigo, o Estado receptor não é obrigado a comunicar ao Estado que envia os motivos da sua decisão.

Na hipótese de declaração de *persona non grata*, deve-se registrar 02 pontos relevantes:

(i) A declaração de *persona non grata* é um ato de soberania do Estado acreditado ou do Estado receptor, por isso, não exige fundamentação nem motivação.

(ii) A mera declaração de *persona non grata* não é suficiente para determinar a perda das imunidades diplomáticas e das imunidades consulares. Essa perda das referidas imunidades exige a expiração de um prazo razoável sem que os agentes estatais do outro país tenham deixado o território do Estado acreditado ou do Estado receptor.

3.3 Amplitude ou extensão das imunidades

As imunidades diplomáticas são mais amplas do que as imunidades consulares (não são as mesmas). O que justifica uma maior proteção dada pelo Direito Internacional aos agentes diplomáticos é justamente a natureza das funções que desempenham perante o Estado acreditado: os agentes diplomáticos desempenham atividades de representação política (ao passo que os agentes consulares administram interesses privados dos nacionais do Estado que envia).

3.4 Aspectos das Imunidades diplomáticas

As imunidades diplomáticas abrangem 02 aspectos:

a) Aspecto material: As imunidades diplomáticas protegem os atos oficiais e os atos privados do agente diplomático.

Artigo 38 1. A não ser na medida em que o Estado acreditado conceda outros privilégios e imunidades, o agente diplomático que seja nacional do referido Estado ou nele tenha residência permanente gozará da imunidade de jurisdição e de inviolabilidade apenas quanto aos atos oficiais praticados no desempenho de suas funções. 2. Os demais membros do pessoal da Missão e os criados particulares, que sejam nacionais do Estado acreditado ou nele tenham a sua residência

permanente, gozarão apenas dos privilégios e imunidades que lhes forem reconhecidos pelo referido Estado. Todavia, o Estado acreditado deverá exercer a sua jurisdição sobre tais pessoas de maneira a não interferir demasiadamente como o desempenho das funções da Missão.

b) Aspecto pessoal: As imunidades diplomáticas protegem o agente diplomático e seus familiares dependentes.

Artigo 37 1. Os membros da família de um agente diplomático que com ele vivam gozarão dos privilégios e imunidade mencionados nos artigos 29 e 36, desde que não sejam nacionais do estado acreditado.

Os artigos 31 e 32 da Convenção de Viena de 1961 sobre Relações diplomáticas preveem 04 hipóteses excepcionais em que o agente diplomático, mesmo gozando as imunidades, poderá ser processado perante as autoridades do Estado acreditado:

(i) Ação judicial referente à imóvel adquirido à título pessoal no Estado acreditado. Ex.: casa na praia.

(ii) Ação judicial referente à herança adquirida à título pessoal no Estado acreditado (inventário).

(iii) Ação judicial referente à atividade liberal ou empresarial realizada pelo agente diplomático no Estado acreditado. O cargo é de dedicação exclusiva.

(iv) Reconvenção: É considerada renúncia tácita.

Artigo 31. 1. O agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditado. Gozará também da imunidade de jurisdição civil e administrativa, a não ser que se trate de: a) uma ação real sobre imóvel privado situado no território do Estado acreditado, salvo se o agente diplomático o possuir por conta do Estado acreditado para os fins da missão. b) uma ação sucessória na qual o agente diplomático figure, a título privado e não em nome do Estado, como executor testamentário, administrador, herdeiro ou legatário. c) uma ação referente a qualquer profissão liberal ou atividade comercial exercida pelo agente diplomático no Estado acreditado fora de suas funções oficiais. 2. O agente diplomático não é obrigado a prestar depoimento como testemunha. 3. O agente diplomático não está sujeito a nenhuma medida de execução a não ser nos casos previstos nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo 1 deste artigo e desde que a

execução possa realizar-se sem afetar a inviolabilidade de sua pessoa ou residência.

Artigo 32. 3. Se um agente diplomático ou uma pessoa que goza de imunidade de jurisdição nos termos do artigo 37 inicia uma ação judicial, não lhe será permitido invocar a imunidade de jurisdição no tocante a uma reconvenção ligada à ação principal.

3.5 Aspectos das imunidades consulares

As imunidades consulares abrangem 02 aspectos:

a) Aspecto material: As imunidades consulares protegem apenas os atos oficiais dos agentes consulares. Não protegem os atos privados.

Art. 43 1. Os funcionários consulares e os empregados consulares não estão sujeitos à Jurisdição das autoridades judiciárias e administrativas do Estado receptor pelos atos realizados no exercício das funções consulares.

b) Aspecto pessoal: As imunidades consulares protegem apenas o agente consular. Não protegem seus familiares dependentes.

Considerações Finais

O presente tema, qual seja, imunidade de jurisdição e execução sempre foi objeto de intenso debate na jurisprudência brasileira no passado. Atualmente, encontram-se pacificados perante os Tribunais Superiores.

Nesse sentido, as organizações internacionais, por não exercerem soberania, possuem imunidade absoluta tanto de jurisdição quanto de execução. Ou seja, não poderão ser julgadas as ações propostas no Brasil.

Quanto aos Estados estrangeiros, a imunidade de jurisdição é pautada por norma internacional costumeira, devendo ser observados os atos de império e os atos de gestão do Estado.

No que se refere aos atos de império, estes possuem imunidade absoluta, eis que se constituem do exercício de soberania do Estado estrangeiro. No entanto, quanto aos atos de gestão, o Estado está na condição de particular, oportunidade em que poderá figurar na condição de réu ou reclamado perante o Poder Judiciário brasileiro.

No entanto, o mesmo não se aplica aos atos de execução do Estado Estrangeiro, tendo em vista que há caráter absoluta de imunidade de execução, impedindo, assim, a execução da sentença condenatória de embaixadas e de consulados obtida em processos de conhecimento referentes a atos de gestão, salvo exceções.

Por fim e não menos importante, os agentes diplomáticos e consulares não poderão, como regra, figurar como réu em processos judiciais.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Manual de direito internacional público**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Decreto nº 56.435, de 08 de junho de 1965. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas.

BRASIL. Decreto nº 61.078, de 26 de julho de 1967. Promulga a Convenção de Viena sobre Relações Consulares.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 18^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito processual do trabalho**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 12. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Das imunidades de jurisdição e de execução**. Rio de Janeiro: Forense, 1984
TORRES, Eneas Bazzo.

SEMIPRESIDENCIALISMO E A APLICABILIDADE NO BRASIL

ANTONIO LUÍS MOREIRA ALMEIDA:

Especialista em Direito Constitucional *lato sensu* pela Escola Superior de Direito Constitucional; Especialista em Processo Civil *lato sensu* pela Universidade de Mogi das Cruzes-SP; Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP e Mestrando em Direito Constitucional PUC/SP.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar o sistema de governo semipresidencialismo pesquisado nas matrizes francesas e portuguesa e a sua aplicabilidade no Brasil. Assim, a grande questão é saber, se o sistema semipresidencialismo formado dos sistemas parlamentarismo e presidencialismo terá aplicabilidade prática no Brasil e quais as vantagens práticas.

ABSTRACT: This article aims to analyze the semi-presidential system of government researched in the French and Portuguese matrices and its applicability in Brazil. Thus, the big question is whether the semi-presidential system formed by the parliamentary and presidential systems will have practical applicability in Brazil and what are the practical advantages.

Sumário: 1. Introdução; 2 - Sistema parlamentarismo; 3 – Histórico; 4 - Características do sistema parlamentarismo; 5 - Defensores e opositores ao sistema parlamentarismo; 6 - Sistema presidencialismo; 7 – Histórico; 8 – Características do sistema presidencialismo; 9 - Defensores e opositores ao sistema presidencialismo; 10 - Sistemas semipresidencialistas; 11 - Noções do sistema; 12 - Matriz do sistema semipresidencialismo francês; 13 - Matriz do semipresidencialismo português; 14 - Aplicabilidade ou não do sistema de Governo semipresidencialismo no Brasil; 15 – Considerações finais; Referências bibliografia.

1 – Introdução

Sistemas de governo dizem respeito as formas como funcionará a interação entre os poderes Executivo e Legislativo e no presente artigo será abordado o sistema de governo semipresidencialismo extraído da composição do sistema parlamentarismo e presidencialismo, contudo; será analisado, ainda que de forma superficial, o sistema parlamentarismo nascido na ideia de que o Executivo depende da maioria parlamentar para subsistir, enquanto o sistema presidencialismo busca a sua subsistência no voto dos eleitores.

Para José Afonso da Silva, sistemas de governo são técnicas que regem as relações entre o Poder Legislativo e o Poder Executivo no exercício das funções governamentais, o modo como se estabelece esse relacionamento e a combinação de ambos numa assembleia, dando origem aos três sistemas básicos; o presidencialismo, o parlamentar e o convencional¹⁰, contudo, será analisando neste artigo apenas os dois primeiros como matriz do sistema semipresidencialismo.

2 - Sistema parlamentarismo

É um regime de governo exercido pelo Primeiro-Ministro com o apoio do Parlamento ou com a formação de gabinete de coalizão, cujo chefe de Estado não é eleito pelo voto popular. Para Carlos Blanco de Moraes, o traço comum a todos os sistemas parlamentaristas consiste no fato de repousar exclusivamente na vontade funcional de um parlamento democraticamente eleito, a fonte de investidura ou a legitimação, da responsabilidade político e da subsistência em funções do Governo, cujo Chefe de Estado não exerce poderes independentes de direção e controle político¹¹.

3 - Histórico

O caso clássico de evolução para o surgimento do parlamentarismo tem suas raízes sobre o poder máximo do soberano na Inglaterra e passou a ser identificado no século XVII através do princípio de responsabilização parlamentar do governo e vindo a consolidar-se na década de 1830, haja vista que processos similares também ocorreram no século XIX por difusão e imitação para outros países europeus no mesmo século e posteriormente para ex-colônias inglesas e outras nações¹².

Para Celso Ribeiro Bastos, o regime parlamentarista formou-se paulatinamente a partir das experiências históricas por que passou a Inglaterra desde o século XII até aproximadamente o século XVIII, pois de início, o rei tinha poderes soberanos e posteriormente, começou a cercar-se de um conjunto de notáveis para assessorá-lo de modo opinativo e gradativamente, este conselho vai se

¹⁰ Curso de direito constitucional positivo. 3ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012, p.505.

¹¹ O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa. Coimbra: Almedina, 2018, p. 228.

¹² LACERDA, Alan Daniel Freire. Sistemas de Governo: organizando a relação entre Executivo e Legislativo. Curitiba: Appris, 2016, p.19.

automatizando e se torna representativo de certos estamentos da sociedade da época¹³.

O intuito de reduzir os poderes do monarca surge a ideia da criação de um gabinete de governo ou ministério, que passa a reportar ao parlamento como matriz efetiva do seu poder e passou a ser conhecido pelos ingleses como Primeiro-Ministro e corolário, o monarca assume funções cada vez mais distante da condução da administração pública, eis que o seu papel principal está na condução do Estado e na sua representatividade e soberania perante outros Estados.

Segundo Norberto Bobbio, quando se fala de Parlamento e de parlamentarismo, se faz normalmente referência a fenômenos políticos cujo desenvolvimento histórico se insere na curva temporal que vai da Revolução Francesa até os nossos dias e em quase todos os países europeus houve, mesmo nos séculos anteriores, instituições políticas genericamente denominadas Parlamentos e às vezes também chamadas de Estados Gerais, Cortes, Estamentos¹⁴.

Dalmo de Abreu Dallari ao tratar do tema parlamentarismo, aponta que é produto de uma longa evolução histórica, não tendo sido previsto por qualquer teórico, nem se tendo constituído em objeto de um movimento político determinado, cujas características foram se definindo durante muitos séculos até que se chegasse, no final do século XIV, à forma precisa e bem sintetizada que a doutrina batizou de parlamentarismo como um dos grandes modelos do século XX¹⁵.

4 - Características do sistema parlamentarismo

O sistema parlamentarismo tem as suas peculiaridades para a sua caracterização e entre elas está a figura do Primeiro-Ministro vinculado ao parlamento e a responsabilidade política daquele perante este, além de outras características destacadas por José Afonso da Silva, que o parlamentarismo é típico de monarquias constitucionais e se estendeu as Repúblicas Europeias; o Poder Executivo se divide em duas partes; Chefe de Estado exercido pelo Monarca ou Presidente da República e um Primeiro-Ministro como Chefe do Governo; o Primeiro-Ministro é indicado pelo Presidente da República e a sua aprovação e permanência

¹³ Dicionário de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 131.

¹⁴ Dicionário de Política. Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco; trad. Carmem C. Varriale . [et. al]; Coordenação de tradução João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 5º ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2000, p. 877.

¹⁵ Elementos de teoria geral do Estado. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 232.

do cargo depende da confiança do Parlamento; o Poder Legislativo assume no parlamentarismo funções políticas-governamentais mais amplas por fazer parte também do governo; o governo é responsável perante o Parlamento e depende do seu apoio e confiança para governar; o Parlamento é responsável perante os eleitores, cuja responsabilidade política do governo perante o Parlamento faz com que este se responsabilize perante a sociedade; eis que o Parlamento ao retirar a confiança do governo, ele cai, exonera-se porque não tem mandato e nem investidura a tempo certo, pois a investidura depende da confiança e sem esta, exonera-se para que seja constituído um novo governo, além da possibilidade de exoneração do Parlamento pelo Chefe de Estado para apurar a confiança do povo, convocando novas eleições para a formação de outro Parlamento e sanar a crise que se desenvolveu politicamente¹⁶.

Dalmo de Abreu aponta que no sistema parlamentarista, existe a distinção entre Chefe de Estado e Chefe de Governo, eis que aquele é representado pelo monarca ou presidente da República, não participa das decisões políticas, exercendo preponderantemente uma função de representação do Estado; que é normal nas repúblicas parlamentares que a sua escolha seja feita por eleição no Parlamento e que seu mandato seja relativamente longo; já o Chefe de Governo tem responsabilidade política e a sua aprovação é feita pelo Parlamento, não tem mandato com prazo determinado, podendo permanecer no cargo por alguns dias ou por muitos anos, ambas as hipóteses já tendo ocorrido na prática, além de apontar dois fatores que podem determinar a demissão do Primeiro-Ministro e de seu Gabinete; a perda da maioria parlamentar ou o voto de desconfiança, pois num sistema bipartidário, quando se realizam eleições para o Parlamento, a chefia do governo está sempre em jogo, porquanto, o partido a que pertence o Primeiro-Ministro conseguir manter a maioria parlamentar, ele permanece no cargo, caso contrário, o novo partido que detenha maioria no Parlamento escolherá o Primeiro-Ministro¹⁷.

Outra característica importante no sistema parlamentarista citada por Dalmo de Abreu é a possibilidade de dissolução do parlamento antes do término do mandato dos membros, mormente nos sistemas pluripartidários, tendo em vista que o Primeiro-Ministro percebe que só conta com uma pequena maioria e acreditando que a realização de novas eleições gerais irá resultar numa ampliação dessa maioria¹⁸, mas nem sempre é garantia que venha conquistar maioria com esta nova

¹⁶ Idem, p. 507.

¹⁷ Idem, p. 236.

¹⁸ Idem, p. 237.

eleição, sendo o caso de formação do gabinete de coalizão para sanar a crise política instaurada no governo.

5 - Defensores e opositores ao sistema parlamentarismo

Os defensores do parlamentarismo acreditam que o sistema é mais racional e menos personalista, pois atribui responsabilidade político ao chefe do executivo e transfere ao Parlamento, onde estão representadas todas as grandes tendências do povo, a competência para fixar a política do Estado, ou pelo menos, para decidir sobre a validade da política fixada¹⁹.

Podemos apontar ainda a favor do sistema parlamentarismo a pouca ascensão política de Primeiros-Ministros sem sustentação partidária em virtude dos incentivos gerados pelos mecanismos de responsabilização parlamentar advindo da natureza colegiada do gabinete, eis que é mais fácil resolver as crises de governanças substituindo gabinetes e até o mesmo o parlamento, impedindo-as de afetar o regime com um todo²⁰, que trocar um Chefe de Estado ou Presidente.

Os argumentos contrários ao sistema parlamentarista apontam que este tipo e governo é figura frágil e bastante instável, mormente na época atual em que o Estado não pode ficar numa atitude passiva, de mero vigilante das relações sociais²¹.

6 - Sistema presidencialismo

É um regime de governo exercido pelo Poder Executivo por uma única pessoa dotada de mandato eletivo advindo do sufrágio popular e exerce o mandato por prazo determinado e sem reponsabilidade política durante o exercício do cargo.

Para Carlos Blanco de Moraes as características principais deste sistema está legitimação popular do Presidente da República por via de uma eleição por sufrágio popular universal; na chefia direta do Governo ou Administração pelo mesmo Chefe de Estado e ainda, na independência política e funcional estabelecida entre o Parlamento e Presidente da República e a possibilidade de controle recíproco entre os poderes²².

¹⁹ DALLARI, idem, p. 238.

²⁰ LACERDA, idem, p. 68.

²¹ DALLARI, idem, p. 238.

²² Idem, p. 230.

7 - Histórico

Para Dalmo de Abreu Dallari, o presidencialismo não tem a mesma matriz histórica do parlamentarismo e não foi produto de uma criação teórica, não havendo qualquer obra que tivesse traçado previamente suas características e preconizado sua implantação, sendo uma criação americana do século XVII advindo da aplicação das idéias democráticas centradas na liberdade e na igualdade dos indivíduos e na soberania popular, conjugadas com o espírito pragmático dos criadores do Estado norte-americano, eis que os fundadores do Estado norte-americano tinham plena consciência de estarem criando uma nova forma de governo. Na medida das possibilidades aplicaram as idéias contidas na obra de Montesquieu, relativas à liberdade, à igualdade e à soberania popular²³.

Segundo Celso Ribeiro Bastos, o sistema presidencialismo surgiu com a Constituição americana em 1789 pelos constituintes de Filadélfia, que convocaram assembleias para resolverem os problemas postos pela confederação existente entre os trezes Estados para se tornarem independentes da Inglaterra²⁴.

A definição contemporânea do sistema presidencialismo, Alan Daniel aponta quatro critérios; o sistema exige eleição popular para a escolha do presidente; o chefe de governo não poder ser removido do poder por voto de desconfiança parlamentar, cujo mandato do presidente tem prazo fixo e salvo caso excepcionais, sua duração independe dos desejos da assembleia; a simetria da independência entre Executivo e Legislativo e o mandato do Congresso e do Executivo são fixo e sem a possibilidade de dissolução do assembleia pelo Poder Executivo e por fim; a superioridade hierárquica do presidente sobre os seus ministros que o indica e demite, além do presidente ser chefe de Estado e de governo ao mesmo tempo²⁵.

8 - Características do sistema presidencialismo

No sistema presidencialismo tem as suas peculiaridades e na concepção de José Afonso da Silva, podemos mencionar que é um sistema de governo típico das Repúblicas, cujo Presidente da República exerce o Poder Executivo em sua amplitude e de forma independente do Congresso, eis que acumula as funções de Chefe de Estado e Chefe de Governo ao mesmo tempo, além de não depender da confiança do Poder Legislativo para executar a função de Chefe de Governo²⁶.

²³ Idem, p. 240.

²⁴ idem, p. 157.

²⁵ Idem, p. 50.

²⁶ Idem, p. 505.

Assinala Dalmo de Abreu Dallari, que presidente da República é Chefe de Estado e Chefe do Governo ao mesmo tempo e representa órgão unipessoal ao acumular as duas atribuições, exercendo o papel de vínculo moral do Estado no desempenho das funções de representação política, cuja responsabilidade pela fixação das diretrizes do poder executivo cabe exclusivamente ao Presidente da República, além de mencionar ainda, que o Presidente da República é escolhido pelo povo por prazo determinado e tem como objetivo atender o caráter democrático do governo; possuindo ainda, o poder de veto sobre os projetos de leis do Poder Legislativo advindo da orientação do princípio da separação dos poderes empregados pelos constituintes norte-americanos²⁷.

9 - Defensores e opositores ao sistema presidencialismo

Argumenta-se que a rapidez com que as decisões podem serem tomadas e postas em prática, atenderá de forma célere os interesses das sociedades, além do que, o Presidente da República ao decidir sozinho e sem responsabilidade política perante o parlamento, permite um aproveitamento mais adequado das possibilidades do Estado e sem a necessidade de transigências e adaptações de qualquer diretriz política²⁸.

Pontua-se a favor do presidencialismo o fato das decisões conterem maior energia, eis que sendo o responsável pela política e tendo os meios para aplicá-lo, o Presidente é o maior interessado no êxito de sua política e fará de melhor forma para que o Estado atue com a máxima eficiência. Por isso, a rapidez nas decisões e a concretização destas aliadas a unidade de comando e a energia na utilização dos recursos do Estado, são fatores vantajosos quando se procura aumentar a eficiência do Estado²⁹.

Os argumentos contra o sistema presidencialismo sustentam que na realidade, constitui uma ditadura a prazo fixo, pois eleito por um tempo certo e sem responsabilidade política efetiva, o Presidente da República pode agir francamente contra a vontade do povo ou do Congresso, sem que haja meios normais para afastá-lo da presidência³⁰, exceto o *impeachment*, geralmente previsto nos sistemas presidenciais, que só permite o afastamento do presidente se ele cometer um crime,

27 Idem, p. 242.

28 Dallari, idem, p. 245.

29 Dallari, idem, p. 245.

30 Dallari, idem, p.246.

que na maioria das vezes desencadeia uma crise institucional no Estado e causa grandes prejuízos ao desenvolvimento da sociedade.

No sistema presidencialismo é mais propenso à quebra de regime é a instauração de autoritarismo, tornando-se difícil a sobrevivência da democracia, eis que o número de democracias que se tornaram ditaduras costuma ser bem maior nos países que adotam sistema presidencialismo³¹.

Pondera-se ainda contra o sistema presidencialismo o fato da legitimação democrática dual, pois tanto o Presidente quanto a assembleia possuem legitimidade popular pelo sufrágio e no caso de conflito político, inexistente solução institucional para sanar, sem deixar de mencionar ainda; o caráter personalista da eleição presidencial e o fato deste poder governar sem sustentação partidária ou até mesmo com uma plataforma antipartido³² e até mesmo sem está vinculado a nenhum partido.

10 - Sistemas semipresidencialistas

Adverte Jorge Reis Novais ao distinguir as diferentes matrizes de semipresidencialismo, é mister que exista uma organização jurídico-constitucional e que enquadre as competências e o relacionamento entre os órgãos para que se identifique o sistema de governo, desde que apresentem padrões de funcionamento prático significativamente distintos em função dos contextos e da presença de circunstâncias de natureza conjuntural, ou seja, para se identificar o sistema de governo é importante que exista organização, competência e relacionamento entre as instituições disciplinadas na Constituição. Por isso, ao analisarmos o sistema semipresidencialismo advindo do parlamentarismo e do presidencialismo, é preciso ter mais cautela, visto que apresenta complexidade muito maior no espectro de possíveis modalidades estabilizadas de funcionamento prático do sistema por ser bastante amplo³³.

Desta forma, ao analisarmos o sistema semipresidencialismo não podemos esquecer da extrema variedade dos fatores que condicionam o funcionamento da existência ou inexistência da maioria parlamentar, a confluência ou oposição de maiorias parlamentares e presidencial, o comportamento do Presidente na liderança da maioria, o envolvimento, passado ou presente na vida política partidária e o próprio perfil psicológico e circunstâncias do exercício do

31 LACERDA, idem, p. 67.

32 LACERDA, idem, p. 68.

33 Idem, p.27.

mandato do Presidente da República, conquanto, o sistema semipresidencialismo representa um conjunto bastante diversificado e complexo de fatores susceptíveis de imprimir variações ao funcionamento do sistema de governo, independentemente da permanência da semelhança dos correspondentes enquadramentos constitucionais³⁴.

É no plano jurídico constitucional que se faz a primeira definição de qualquer sistema de governo e para isso, devemos partir da análise dos casos que já apresentam um período suficientemente longo e estável de vigência do sistema, como os já existentes na Áustria, Islândia, Finlândia, Irlanda, França, Portugal e, em certa medida, um conjunto de países do Leste europeu para chegamos a alguns dados objetivos e entre eles, Jorge Novais menciona o quadro jurídico-constitucional destas várias experiências é semelhanças, apesar da existência de diferenças até significativas, mas o quadro estrutural é essencialmente o mesmo, designadamente no que se refere à presença das características que definem um sistema como semipresidencialista, apesar dessa afinidade jurídica, o funcionamento prático do sistema é muito diferente de país para país e, mesmo no âmbito da mesma experiência constitucional, pode assumir configurações muito diversas³⁵.

Adverte Jorge Novais que um sistema de governo não se determina ou identifica-se apenas na Constituição, eis que num Estado em que a Constituição seja meramente nominal ou semântica, países em que Constituição não se aplica verdadeiramente ou então serve apenas para encobrir e legitimar um regime de concentração de poder, não há lugar ou não faz sentido isolar uma discussão pura sobre sistema de governo quando não estiver associada aos problemas envolventes do tipo de Estado e de regime político³⁶.

Para referendar as diversidades práticas nos países que adotam o sistema semipresidencialismo, Jorge Novais menciona que na Áustria, os Presidentes optam sempre por um perfil cerimonial de chefe de Estado praticamente ausente da intervenção política de forma ativa; enquanto na França, todos os Presidente da República assumem uma vocação executiva e são conhecidos como Presidentes militantes, pois agem como verdadeiros líderes da maioria governamental ou da oposição; já em Portugal, todos os sucessivos Presidentes da República têm optado por um outro padrão, o de Presidente interveniente e influente, mas, salvo exceções de carácter pontual e nunca abertamente reconhecido e não partidariamente

34 NOVAIS, Jorge Reis. Semipresidencialismo, teoria geral e sistema português, 2º ed. Coimbra: Almedina, 2019, p.28.

35 Idem, p. 29.

36 Idem, p. 41.

empenhado, um Presidente moderador e arbitral³⁷, por isso, é a prática do sistema de governo que definirá qual sistema é adotado.

11 - Noções do sistema semipresidencialista

Segundo Maurice Duverger existem sete países do Ocidente que possuem a experiência de terem uma constituição que institui um presidente eleito por sufrágio universal e dotado de poderes próprios assemelhado ao sistema presidencialista e ao mesmo tempo, o governo é executado pelo Primeiro-Ministro que pode ser demissível pelo parlamento como se fosse o sistema parlamentarista³⁸.

É sistema de governo exercido entre os diferentes órgãos que exercem o poder político na democracia representativa no Estado, no qual o poder é exercido pelo Presidente da República eleito diretamente pelo povo para exercer o cargo de Chefe Estado com poderes especiais fixados na Constituição, cuja função de Chefe de Governo é exercida pelo Primeiro-Ministro em consonância com o Parlamento³⁹.

Trata-se do sistema de governo no qual é combinado o parlamentarista e presidencialismo em que o Poder Executivo é representado pelo Presidente da República para exercer o cargo de Chefe de Estado e o governo é exercido pelo Chefe de Governo representado pela figura Primeiro-Ministro em consonância com o Parlamento, sendo este demissível do cargo via voto de desconfiança do Parlamento, situação inexistente no sistema parlamentarismo em que não existe governo eleito pelo voto direto e nem o governo precisa da confiança do parlamento para governar no sistema presidencialismo⁴⁰.

O sistema semipresidencialismo para Carlos Blanco de Moraes é um sistema híbrido ou misto em que o governo é exercido por um Primeiro-Ministro duplamente responsável no plano institucional ou político perante o Parlamento e perante um Presidente eleito por sufrágio universal, dispondo este da faculdade de exercer poderes com certa relevância a nível de controle e até de direção

37 Idem, p. 30.

38 O regime semipresidencialismo; Trad. Noêmia de Arantes Ramos e Elzira Rezende Arantes. São Paulo; Ed. Sumaré, 1993, p. 13.

39 NOVAIS, idem, p. 19.

40 LACERDA, idem, p. 87.

interinstitucional e com poderes para dissolver o Parlamento⁴¹.

Para a caracterização do sistema semipresidencialismo é fundamental a existência das relações entre Governo e Parlamento, um relacionamento baseado na dependência, na confiança e na responsabilidade política do Governo face ao Parlamento, mesmo que haja maior ou menor influência e participação do Presidente da República na nomeação, composição, funcionamento ou liderança do executivo, o governo de sistema semipresidencial é sempre politicamente responsável perante o parlamento⁴².

12 - Matriz do sistema semipresidencialismo francês

Para Carlos Blanco de Morais, o sistema semipresidencialismo tem sua genuína autonomia dogmática na Ciência Política e no Direito Constitucional com o surgimento da Constituição francesa de 1958, no qual debateu-se sobre a natureza híbrida do sistema político consagrado na Lei Fundamental da V República e neste debate, destacou-se a doutrina de Maurice Duverger sobre a caracterização deste sistema político⁴³.

Para Alan Daniel Freire de Lacerda, o sistema semipresidencialismo surgiu da combinação de presidente eleito pelo povo com o gabinete dependente de confiança parlamentar e apareceu na Finlândia e na Alemanha por volta de 1919; que não há registro de experiência anterior, apesar da Terceira República Francesa de 1870 a 1940 apresentar a convivência de um presidente com um Primeiro-Ministro, mas a eleição do Presidente era indireta e sem sufrágio popular; que o semipresidencialismo é fenômeno típico do século XX e posterior a dois tipos puro de sistema, além de fazer referência a esse sistema a pessoa do cientista político Maurice Duverger, que ficou impressionado nos anos de 1970 pela experiência do regime criado em 1958 em seu país⁴⁴.

Pelo o exposto acima, é factível afirmar que o sistema semipresidencialismo tem as suas raízes científicas na França e o principal difusor e pesquisador deste sistema foi Maurice Duverger, cientista político e sociólogo

41 Idem, p. 231.

42 NOVAES, idem, p.22.

43 Idem, p. 419.

44 Idem, p. 77.

francês. Desta forma, o presente artigo abordara o sistema semipresidencialismo sobre as matrizes francesas e portuguesas e a sua aplicabilidade ou não no Brasil.

13 - Matriz do semipresidencialismo português

Na concepção de Carlos Blanco de Moraes, o sistema política do semipresidencialismo português é de geometria variável e une diversas sensibilidades doutrinárias sobre a natureza do sistema político por ser um sistema híbrido, eis que a dinâmica evolutiva advém de diversos ciclos políticos que alteraram o órgão de soberania e que assumiram a maior proeminência política em face dos demais, sendo introduzido no sistema português em 1976 como semipresidencialismo para uma maior parte dos juspublicistas e politólogos nacionais⁴⁵, além de referenciar a fontes externas do sistema extraído da Constituição Francesa de 1958, sem prejuízo ainda, de outras experiências como a austríaca e a alemã por terem iluminado a reconfiguração do sistema quando a 1ª revisão constitucional acentuou o componente parlamentar⁴⁶.

Para Jorge J. Gomes Canotilho, a origem da forma de governo português é misto parlamentar presidencial consagrada na Constituição Portuguesa de 1976, que procurou recuperar a centralidade do parlamento e a responsabilidade do governo perante o mesmo e reestabelecer a eleição direta do Presidente da República consagrada na Constituição de 1933, além de referendar a origem do sistema extraído da memória interna da dimensão partidário-parlamentar das Constituições de 1911 e 1933 e da memória externa de algumas experiências jurídico-constitucionais estrangeiras, sobretudo, do parlamentarismo racionalizado do esquema alemão da Constituição de Weimar de 1919 e do semipresidencialismo do figurino francês da constituição gaullista de 1959⁴⁷.

Por sua vez, Jorge Reis Novais nega a existência de fontes externas na matriz portuguesas, eis que o Presidente francês preside ao Conselho de Ministros por direito próprio, ao passo que o Presidente português só o pode fazer a convite do Primeiro-Ministro e ainda, os Governos portugueses são, ou têm sido, tão ciosos dessa independência relativamente ao Presidente da República, pois há uma sensibilidade na preservação da separação de funções e na prevenção de qualquer hipótese de dúvida ou equívoco sobre quem conduz, pois a prática política do

⁴⁵ Idem, p. 475.

⁴⁶ Idem, p. 483.

⁴⁷ Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. 20ª reimp. Coimbra: Ed. Almedina, 2003, p. 597.

semipresidencialismo português existente inequivocamente ao longo de quarenta anos e nove mandatos de cinco diferentes Presidentes, que o demonstra em Portugal quem governa é o Governo e só ele, conquanto, o Presidente da República desenvolve importantes poderes políticos, podendo arbitrar, intervir politicamente, de forma por vezes decisiva, pode aconselhar ou sugerir uma direção política, pode criticar ou opor-se pontualmente a medidas ou iniciativas do Governo, mas não compartilha do exercício das funções governativas, ou seja, na matriz portuguesa do semipresidencialismo não existe a referida diarquia de executivo⁴⁸.

14 - Aplicabilidade ou não do sistema de Governo semipresidencialismo no Brasil

Maria Paula Dallari Bucci ao mencionar se é viável o sistema semipresidencialismo no Brasil, pondera que a cada crise política colocamos em questão as instituições, embora sempre contornando o problema principal, qual seja, a representação política como se fosse uma doença crônica que a nossa imaginação institucional é capaz de enxergar alternativas, que parece acontecer com o semipresidencialismo, mormente quando se evidenciou a falta de legitimidade do *impeachment*, reconhecendo-se ao mesmo tempo as imensas dificuldades concretamente enfrentadas pelo governo eleito⁴⁹.

Na concepção de Luís Roberto Barroso em entrevista à *Época* em 2016, menciona que o sistema de governo presidencialismo é uma fábrica de problemas, pois neste sistema inexistente a possibilidade de destituição legítima do presidente e o governo acaba se prolongando até o final do mandato sem sustentação congressual e sem condições de implementar seu plano de ação. Com isso, o País fica sujeito a anos de paralisia e de indefinição política, o que pode gerar sérios problemas econômicos e sociais, ou pelo menos deixá-los sem solução imediata⁵⁰.

Na mesma entrevista Luís Roberto Barroso, enfatiza que a primeira razão é que o semipresidencialismo permite a substituição institucional e sem trauma de governos que perderam o lastro de sustentação política, pois no sistema

⁴⁸ Idem, p.49.

⁴⁹ É viável o semipresidencialismo no Brasil? Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-paula-dallari-bucci/e-viavel-o-semipresidencialismo-no-brasil>> Acesso em: 26-8-2019

⁵⁰ O presidencialismo é uma usina de problemas. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/01/luis-roberto-barroso-o-presidencialismo-e-uma-usina-de-problemas>> Acesso em: 24-11-2019.

presidencialismo o presidente só pode ser removido legitimamente em caso de crime de responsabilidade, além de ser um procedimento complexo e traumático. Desta forma, no sistema semipresidencialismo, o governo pode ser destituído por simples voto de desconfiança quando perde apoio popular e parlamentar, além de mencionar que no semipresidencialismo, o presidente é eleito por voto direto e funciona como estadista e fiador das instituições⁵¹.

Sobre o sistema de governo semipresidencialista, Gilmar Mendes menciona que a crise política-institucional tem atormentado o País pelos cotidianos escândalos que revelam a capilaridade da corrupção na estrutura administrativa brasileira, pois dos últimos quatro presidentes eleitos, apenas dois conseguiram terminar os mandatos sem serem destituídos compulsoriamente do cargo, conquanto, em quase 30 anos de democracia, apenas a metade dos presidentes eleitos para governar o país não perdeu o seu mandato, cuja resposta para essa questão passa certamente pela revisão do nosso sistema de governo⁵².

Segundo Gilmar Mendes, o nosso país existe o acúmulo das funções de Chefe de Estado e de Governo e que não gera bons resultados, eis que vem resultando em sérios desacertos nas relações institucionais entre o Poder Executivo e o Legislativo e para tanto, basta analisar a dificuldade de governar do Presidente da República que não tenha boa aprovação no Congresso Nacional e que não saiba distinguir nitidamente os limites de cada atribuição, fazendo com que problemas de governo se tornem problemas de Estado e em vista disso, a melhor solução para o impasse parece ser a adoção de um sistema de governo semipresidencialista, um modelo situado entre o presidencialismo e o parlamentarismo⁵³.

Sobre o sistema semipresidencialismo, afirma Michel Temer que esse sistema seria um obstáculo às crises institucionais causadas pelo presidencialismo, haja vista que a repetição dos fatos passa a exigir nova realidade normativa e por consequência, o Legislativo se sensibiliza e muda o panorama normativo, especialmente nas democracias em que a lei surge das realidades sociais retratadas pelos anseios populares, chegando a hora de entregar ao Legislativo participação

51 Idem.

52 MENDES, Gilmar. Semipresidencialismo: quando a separação entre Estado e governo pode ser desejável. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-set-30/semipresidencialismo-separacao-entre-estado-governo-desejavel> > acesso em: 26-08-2019.

53 Idem.

expressa e transparente na execução das decisões governamentais e não legislar apenas⁵⁴.

É importante destacar que no semipresidencialismo mencionado por Michel Temer, o Poder Executivo partilha as responsabilidades pela execução do governo com o Legislativo e que só será possível através da adoção do semipresidencialismo, cujas vantagens políticas desse sistema de governo dificultaria às crises institucionais como as causadas pelo presidencialismo, em que os impedimentos presidenciais acarretam traumas políticos e prejudicam o país⁵⁵.

Desta forma, no sistema semipresidencialismo aplicado ao Brasil na concepção de Michel Temer, o Primeiro-Ministro atua com Chefe de Governo em colaboração com o Legislativo e quando lhe faltar a confiança deste, põe-se em pauta o voto de desconfiança e se aprovado, o Chefe de Governo será afastado e composto um novo Ministério com a participação do Presidente da República, sendo indispensável ainda, submeter a referendo popular a respectiva mudança ao caso brasileiro⁵⁶.

Para Marcelo Leonardo Tavares no artigo sobre o semipresidencialismo no Brasil, aponta as vantagens da diarquia do Poder Executivo ao manter a legitimidade popular do Presidente, dando-lhe importantes atribuições na chefia de Estado e de orientação geral do Governo, além de permitir que o Presidente possa atuar como árbitro institucional e deixando por consequência, a função do Chefe do Governo de dialogar constantemente com o Poder Legislativo⁵⁷.

Segundo o texto de Marcelo Leonardo, a mecânica do semipresidencialismo teria todas as condições de atenuar a rigidez da separação dos Poderes, eis que permite que os órgãos atuem de forma mais colaborativa a partir da base normativa constitucional e não mediante procedimentos informais que acabam degenerando para a prática de atos pouco republicanos, além de mencionar que o sistema respeitaria a tradição brasileira de eleição direta para a Presidência da

54 O semipresidencialismo. Disponível em: < <https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,o-semipresidencialismo,70002917146>> Acessado em: 27-08-2019.

55 Idem.

56 Idem,

57 Semipresidencialismo no Brasil: por que não?. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 215, p. 59-78, jul./set. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p.69. Acessado em 27/08/2019.

República e ao mesmo tempo, evitaria a concentração excessiva de poder nas mãos do chefe de Estado⁵⁸.

Ilton Norberto Robl Filho no artigo na gazeta do povo sobre o Semipresidencialismo no Brasil, afirma que o semipresidencialismo permite a superação com maior rapidez de crises políticas e econômicas pela atuação conjunta do Parlamento com o governo, eis que mantem a figura do líder popular do Presidente da República e que este modelo híbrido permite ao Congresso Nacional o seu controle pelos cidadãos e pela sociedade civil, além de mencionar ainda, que há boas razões para a sua implantação com o objetivo de atender os fundamentais da República Federativa do Brasil contido no artigo 3º da Constituição Federal⁵⁹.

Desta forma e com respeito as opiniões em contrárias e sem a intenção de esgotar o assunto, a aplicabilidade do sistema semipresidencialismo no Brasil é viável a sua implantação em prazo razoável de oito a doze anos acarretará vantagens para a sociedade no combate a crises políticas infinitas e colocar o Poder Legislativo como protagonista também das funções de governos e não apenas legislar, sendo mister ainda, ampla divulgação a sociedade através de campanha educativa política, sem conteúdo de viés político partidário e ideológico.

15 – Considerações finais

Temos acompanhados nos últimos anos a polarização do sistema de governo presidencialismo adotado pelo Brasil, no qual vem causando sérias crises de governabilidade em que os Poderes Executivo e o Legislativo, embora independentes, esqueceram a harmonia indispensável para o bom funcionamento das instituições, sendo mister repensarmos o sistema presidencialismo atual como uma forma de amenizar as crises de legitimidade dos Poderes na condução dos valores republicanos, porquanto, o sistema atual não estimula o diálogo institucional e nem apresenta instrumentos viáveis para evitar e superar crises de governabilidade com a celeridade que a sociedade exige.

Desta forma, a implantação parcial dos mecanismos dos sistemas presidencialistas e parlamentaristas permitirá uma relação mais harmoniosa do Poder Executivo na figura do Primeiro-Ministro e do Poder Legislativo representado pelo Parlamento, no qual, ambos participam ativamente do governo, além de permitir a

⁵⁸ Idem, p.71.

⁵⁹ Disponível em: < <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/semipresidencialismo-no-brasil-dv52fixpaya74n5p6mpdcmqok/>> acesso em: 24-11-2019.

participação das minorias no programa de governo, tendo em vista a possibilidade do governo de “coabitação” em que o programa de governo é compartilhado entre as maiorias e as minorais.

Por outro lado, o Poder Executivo na pessoa do Presidente da República e personificado no indivíduo, às vezes, esquece o diálogo com o Poder Legislativo para implementar o programa de governo e até mesmo precisa lançar mão de mecanismos pouco transparentes para governar, razão pelo qual, a manutenção do sistema presidencialismo não atende mais os anseios da sociedade, sendo importante a inclusão no governo maior protagonismo do Poder Legislativo na execução da governabilidade, daí a necessidade da implantação do sistema semipresidencialismo para formar um governo diárquico e amenizar a polarização entre os Poderes Executivo e Legislativo, pois, neste sistema ambos governam e são protagonistas ao mesmo tempo.

Por certo, o arcabouço diárquico do Poder Executivo implantado pelo sistema semipresidencialismo, fomentará o relacionamento institucional com base normativa, além de facilitar o controle de um poder por outro poder na sistêmica dinâmica de freios e contrapesos, pois neste sistema, o Presidente da República exercer as funções de Chefe de Estado e outras importantes funções, tais como; propor referendos, vetar projetos de leis e até mesmo demitir o Primeiro-Ministro em casos excepcionais e dissolver também o parlamento para manter a estabilidade no país; enquanto o Governo é exercido pelo Primeiro-Ministro em protagonismo com o Poder Legislativo, ou seja, as funções da boa governabilidade são exercidos por dois poderes e por consequência, as crises políticos de governabilidade na democracia acontecerão em patamares menores e fomentará o cumprimento das metas escolhidas para a sociedade.

Ademais, na adoção do sistema semipresidencialismo no Brasil, o Chefe de Estado continua sendo eleito diretamente por todos eleitores, sem prejuízo da possibilidade do Presidente da República indicar o Primeiro-Ministro, embora discorde deste propositura, pois não parece razoável que o Presidente indique alguém da sua confiança e até mesmo do seu partido e no caso de eventual polarização do governo tenha que demiti-lo alguém que o indicou, pois na maioria das vezes, a indicação recai sobre alguém da sua confiança, razão pelo qual, não estaria evitando a “fábrica de crise” inibidora da boa governabilidade para o País, sem deixar de mencionar ainda, a possibilidade do Parlamento rejeitar esta indicação e polarizar ainda mais as disputas de vaidades entre os detentores dos poderes da república.

Tem se constatado hodiernamente que o Presidente da República tem indicando ministros da sua confiança para executar os seus interesses pessoais e não

da sociedade, olvidando que a boa governabilidade exige a impessoalidade na execução das funções dos poderes da república, que o critério da escolha terá que ser técnico e não pessoal do Presidente, por isso, não alvitrado a indicação do Primeiro-Ministro pelo Presidente da República.

É importante destacar, que a implantação do sistema semipresidencialismo no Brasil, fomentará ainda mais a efetivação dos direitos Constitucionais que passam a serem executados pelo Primeiro-Ministro após a aprovação do plano de governo em consulta permanente com o Presidente, previamente aprovado pelo Parlamento e no caso do Brasil, a Câmara dos Deputados, porquanto, a adoção deste sistema teria mais vantagens para a sociedade do que a manutenção do atual sistema presidencialismo pavimentado sobre a barganha de cargos e até mesmo de emendas parlamentares em troca de apoio, razão pelo qual, o Governo exercido por duas instituições harmônicas e independentes atenderá melhor os interesses dos titulares do poder⁶⁰.

Destarte, a manutenção do sistema presidencialismo nos moldes atuais em que a polarização é constante, a boa governança resta prejudicada, pois as divergências políticas e até mesmo partidárias engessam o Governo e por consequência, o Presidente não consegue governar sem uma base sólida e apoio do Poder Legislativo, sem deixar de mencionar ainda, caso este tenha meios para se sobrepôr ao Executivo, as funções da governança restarão esfacelada e com graves prejuízos para a sociedade.

Com efeito, um dos principais fundamentos do sistema semipresidencialismo é a redução das crises no exercício das atividades dos poderes da República exercida de forma harmônica e independente pelo Primeiro-Ministro e o Parlamento, mesmo no caso em que não exista maioria apoiando o plano de governo, existirá a possibilidade do governo de coabitação e a fomentação do viés democrático deste sistema, porquanto, é mais fácil trocar o Governo e até mesmo o Parlamento, que substituir um Presidente via processo de impeachment extremamente moroso e desvantajoso para a sociedade e para a efetivação dos direitos constitucionais.

Por fim, a implantação do sistema semipresidencialismo no Brasil reduzirá a polarização política e o viés ideológico atuante no sistema presidencialismo e corolário, a Suprema Corte seria pouco acionada para apaziguar as divergências entre o Parlamento e o Governo, eis que o Presidente da República poderá fazer o

⁶⁰ Artigo 1º - Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

papel de mediador e até mesmo de árbitro de figura neutra no sistema semipresidencialismo, situação praticamente inviável nos dias atuais.

Conclui-se que é indispensável ainda para a implantação do sistema semipresidencialismo no Brasil, a fomentação da educação e maturidade política do seu povo para saber separar a política do que não seja, que o governo democrático pressupõe o pluralismo de ideias e não de partidos políticos, além da presença de ordem.

Referências bibliografia

BARROSO, Luís Roberto. O presidencialismo é uma usina de problemas. Disponível em: <<https://epoca.globo.com/ideias/noticia/2016/01/luis-roberto-barroso-o-presidencialismo-e-uma-usina-de-problemas>> Acesso em: 24-11-2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. Dicionário de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1994.

BOBBIO, Norberto. Dicionário de Política. Norberto Bobbio, Nicola Matteuci e Gianfranco; trad. Carmem C. Varriale . [et. al]; Coordenação de tradução João Ferreira; revisão geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cascais. 5º ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília: São Paulo: Imprensa Oficial de São Paulo, 2000.

CANOTILHO, Jorge J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. 20ª reimp. Coimbra: Ed. Almedina, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de teoria geral do Estado. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DUVERGER, Maurice. O regime semipresidencialismo; Trad. Noêmia de Arantes Ramos e Elzira Rezende Arantes. São Paulo; Ed. Sumaré, 1993.

LACERDA, Alan Daniel Freire. Sistemas de Governo: organizando a relação entre Executivo e Legislativo. Curitiba: Appris, 2016.

MENDES, Gilmar. Semipresidencialismo: quando a separação entre Estado e governo pode ser desejável. Disponível em:< <https://www.conjur.com.br/2017-set-30/semipresidencialismo-separacao-entre-estado-governo-desejavel>> acesso em: 26-08-2019.

MORAIS, Carlos Blanco. O sistema político no contexto da erosão da democracia representativa. Coimbra: Ed. Almedina, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. Semipresidencialismo, teoria geral e sistema português, 2º ed. Coimbra: Almedina, 2019.

ROBL FILHO, Ilton Norberto. Semipresidencialismo no Brasil?. Disponível em: <
<https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/artigos/semipresidencialismo-no-brasil-dv52fixpaya74n5p6mpdcmqok/>>
acesso em: 24-11-2019.

SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 3ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

TAVARES, Marcelo Leonardo. 1 Semipresidencialismo no Brasil: por que não?. Revista de Informação Legislativa: RIL, v. 54, n. 215, p. 59-78, jul./set. 2017. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p.69.

TEMER, Michel. O semipresidencialismo. Disponível em: <
<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/espaco-aberto,o-semipresidencialismo,70002917146>> Acessado em: 27-08-2019.

DIREITO, CRIATIVIDADE E SOLUÇÃO DE CONFLITOS

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário do Ministério Público do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

É preciso *pensar fora da caixa*.

Durante os primeiros anos do caminhar dos profissionais do direito, ainda na fase de formação jurídica nas cadeiras das faculdades, é recorrente – e por que não dizer fascinante – como a criatividade se apresenta como a mola mestra, a bússola atemporal no processo decisório que permeia a solução de conflitos.

Nesse contexto, a genial obra do norte-americano Lon Fuller – *O caso dos exploradores de caverna* – pode expressar um pouco da forma como a criatividade nos é descortinada na propedêutica jurídica⁶¹. Acusadores, defensores e julgadores surgem num cenário simulado que se aproxima muito dos desafios diários que virão.

Qual, então, o objetivo nesse quase ritual acadêmico?

A resposta é simples: aguçar a criatividade.

Essa criatividade é a habilidade dos diferenciados. Não melhores, nem piores, mas singulares seres humanos que vivem mesmo depois de mortos. Vivem até mais que muitos vivos.

Essa realidade é inegável.

Reflita.

⁶¹ FULLER, Lon L. **O Caso dos Exploradores de Caverna**. São Paulo: Editoria Leud, 2008.

Em recente artigo jurídico⁶² houve a indicação de que morreu em 1979 o jurista mais citado, atualmente, pelos juízes brasileiros – em pesquisa feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ABM) no ano de 2018 –, vale dizer, faleceu há mais de 40 anos. Ainda assim, acabou por ser o mais citado entre os juízes de primeiro grau, de segundo grau, os Ministros de Tribunais Superiores e os inativos (aposentados)⁶³.

E quem seria esse campeão de votos visionário de seu tempo?

Sim, o festejado jurista alagoano Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda.

Foi advogado, jurista, desembargador, professor, diplomata e ensaísta. Ainda, escreveu nos campos da Sociologia, da Filosofia, da Matemática, da Ciência, da Física e, acima de tudo, do Direito⁶⁴. Com essa trajetória, inexistem dúvidas acerca da pluralidade de habilidades criativas de que era portador.

Num determinado momento do artigo supramencionado de que trata a nota de rodapé nº 2, relata-se que Pontes de Miranda teve um relacionamento singular com a Física, onde se registrou algo que para muitos poderia parecer surreal, isto é, um jurista interessado em leis físicas num debate acerca da Teoria da Relatividade com Albert Einstein, o próprio pai desta:

O ministro do STF Edson Fachin, especialista em Direito Civil, é um estudioso da obra de Pontes de Miranda. Seu gosto pela pesquisa levou-o a protagonizar situações pitorescas. Quando estava na Alemanha, como pesquisador do Instituto Max Planck, lembrou-se da história de que Pontes de Miranda havia conhecido o maior físico do mundo: Albert Einstein. Como era também matemático, Pontes de Miranda gabava-se de ter discutido a Teoria da Relatividade com o pai da ideia. Desconfiado, o professor Fachin passou a usar seu tempo livre — e o de alguns estagiários — para buscar nos arquivos alemães informações sobre as palestras de Einstein nas quais ele poderia ter encontrado Pontes de Miranda. E achou! Nos

62 **Revista Consultor Jurídico – CONJUR**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-13/morto-1979-pontes-miranda-doutrinador-favorito-juizes>>. Acesso em: 13 fev. 2021

63 **Revista Consultor Jurídico – CONJUR**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

64 **Academia Brasileira de Letras (ABL)**. Disponível em: <<https://www.academia.org.br/academicos/pontes-de-miranda/biografia>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

registros de um evento sobre a Teoria da Relatividade, lá estava o registro de presença do físico alemão e do jurista brasileiro.

Lado outro e na mesma perspectiva, por que não se recordar das inquietações disruptivas propostas no brilhante pensamento do jusfilósofo mineiro João Maurício Leitão Adeodato – com trajetória de alto destaque na pioneira Escola de Direito do Recife – em seus célebres livros, artigos e ensaios, entre eles a obra *Ética & Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica*⁶⁵?

Para quem ainda não o conhece, segue um resumo de seu extenso currículo disponível na plataforma lattes do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq):

1. Formação acadêmica: Graduado pela Faculdade de Direito do Recife (1977), mestrado (1980), doutorado (1986) e livre docente (2011) pela Faculdade de Direito da USP e pós-doutorado na Universidade de Mainz pela Fundação Alexander von Humboldt (1988-1989). Fez outros estágios pós-doutorais de curta duração (três a quatro meses) nas Universidades de Mainz (1991), Freiburg (1995), Heidelberg (2000, 2003, 2006, 2009 e 2011), Hagen (2014) e Frankfurt (2018). Doutor Honoris Causa pelas Faculdades Metropolitanas Unidas de São Paulo (2009). 2. Ensino e pesquisa: Professor assistente (1983) e titular (1990) por concursos públicos da Faculdade de Direito do Recife, da qual se aposentou em 2016. Orientador de mais de uma centena de teses de doutorado e dissertações de mestrado, monografias de Especialização e TCCs, tendo criado o programa de iniciação científica da Faculdade de Direito do Recife (1986). Pesquisador do CNPq desde 1984. Pesquisador I desde 1990 e Pesquisador I-A desde 1997. Criador e líder de grupo de pesquisa sobre retórica jurídica. Professor Permanente da Faculdade de Direito de Vitória e da Universidade Nove de Julho. Professor Colaborador da Escola Paulista de Direito. Professor Colaborador do LL.M. Legal Theory da Universidade de Frankfurt. 3. Publicações: mais de uma centena de trabalhos no Brasil e no exterior (Alemanha, Argentina, China, Espanha, Estados Unidos, França, Holanda, Índia, Itália, Portugal e Turquia) nas áreas de teoria e filosofia do direito, epistemologia e dogmática jurídica, ensino jurídico,

65 ADEODATO, João Maurício Leitão. **Ética & Retórica: Para uma teoria da dogmática jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2012.

sociologia do direito, direito constitucional e teoria social. No exterior, professor convidado nas Universidades de Göttingen (1991, 2000, 2015 e 2019), Freiburg im Breisgau (1995), Frankfurt am Main (1995, 2011 e 2015), Duquesne Pittsburgh (1999), Coimbra (2000), Pablo de Ollavide de Sevilla (2000), Augsburg (2000), Kiel (2000 e 2018), Lecce (2004), Nacional del Comahue de Bariloche (2006 e 2013), Patras, Grécia (2006), de los Andes e Católica de Chile (2008), Bielefeld (2009), Frankfurt (2011 e 2015), Buenos Aires (2011), Lisboa (2012, 2014), Minho (2014), Salzburg (2012, 2014, 2015 e 2019) e no Instituto Tecnológico Autónomo de México (2012).

4. Consultoria acadêmica e honorarias: Consultor ad hoc da CAPES para reconhecimento de programas de pós-graduação (1990-1998), seleção de pesquisadores, bolsas no país e no exterior (desde 1990). Representante da Área de Direito no Comitê de Ciências Sociais Aplicadas do CNPq (1992-1995 e 2000-2003). Presidente do mesmo Comitê e membro do Conselho Diretor do CNPq (1994-1995). Consultor ad hoc de dezenas de Fundações Estaduais de Amparo à Pesquisa (desde 1990). Avaliador do Deutscher Akademischer Austauschdienst (DAAD) para a área de direito (2003-2004). Membro da Comissão para Concessão do Kyoto Prize da Inamori Foundation (2016). Membro da Comissão de Educação Jurídica do Conselho Federal da OAB (1995-2000, 2005-2007, 2010-2015). Coordenador da Comissão de Implementação das Disciplinas do Eixo Fundamental no Exame de Ordem (2011-2012). Membro honorário do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI (2009). Membro do Comitê Executivo da Associação Internacional de Filosofia Jurídica e Social (IVR) (2011-2015, 2016-2019). Títulos de Cidadão dos Estados de Pernambuco e do Piauí e da Cidade de Olinda.

5. Administração Acadêmica e Jurídica Executiva vinculadas à Educação: Na Universidade Federal de Pernambuco, ver "outras informações relevantes". Diretor do Departamento Jurídico da Secretaria de Educação do Estado de Pernambuco no segundo Governo Miguel Arraes (1987-1988). Coordenador dos Cursos de Direito da UniNassau (2003-2011). Coordenador Científico dos Cursos de Pós-Graduação da Escola da Magistratura de Pernambuco (2004-2010).

6. Prestou consultoria acadêmica e jurídica na elaboração, credenciamento e melhoria de dezenas

de cursos públicos e privados no país. Parecerista e consultor jurídico. **Músico. (Texto informado pelo autor)** 66 (grifou-se)

Postos os fatos, o que mais chama a atenção nas entrelinhas deste currículo impecável, transcrito aqui, propositadamente, para esta pontual reflexão?

Sim, Adeodato fez questão de se apresentar como músico, ainda que ao final.

A música que é arte e, também, habilidade humana excepcional com forte viés fomentador do pensamento criativo.

Há alguns anos, o jurista sergipano – e poeta – Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto chegou ao STF – de onde já se despediu – trazendo consigo o brilhantismo não só de seu notório conhecimento jurídico, mas também e principalmente de sua singular relação com a literatura⁶⁷.

Encontra-se disponível na internet um documentário da TV Justiça denominado *Tempo e História – Legado de Ayres Britto* que trata um pouco da visão de mundo deste ex-Ministro do Supremo. E já no início Ayres Britto dispara:

– Só fica na nossa retina o que foge da nossa rotina⁶⁸.

Interessantíssimo é poder identificar que essa sensibilidade literária peculiar transbordou inúmeras vezes para os julgamentos no âmbito do Supremo. Recordase, a título de exemplo, do caso paradigmático onde o Tribunal reconheceu a cegueira parcial decorrente da perda de visão num dos olhos – visão monocular – como deficiência visual. Na oportunidade, Ayres Britto enquanto relator da matéria afirmou:

DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA VISUAL. AMBLIOPIA. RESERVA DE VAGA. INCISO VIII DO ART. 37 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. § 2º DO ART. 5º DA LEI Nº 8.112/90. LEI Nº 7.853/89. DECRETOS NºS 3.298/99 E 5.296/2004. 1. O

66 **BRASIL.** Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/8269423647045727>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

67 **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/ministro/verMinistro.asp?periodo=stf&id=38>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

68 **BRASIL.** Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=NXj1IugD1og>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

candidato com visão monocular padece de deficiência que impede a comparação entre os dois olhos para saber-se qual deles é o "melhor". 2. A visão univalente -- comprometedora das noções de profundidade e distância -- implica limitação superior à deficiência parcial que afete os dois olhos. 3. A reparação ou compensação dos fatores de desigualdade factual com medidas de superioridade jurídica constitui política de ação afirmativa que se inscreve nos quadros da sociedade fraterna que se lê desde o preâmbulo da Constituição de 1988. 4. Recurso ordinário provido. (RMS 26071, Relator: AYRES BRITTO, Primeira Turma, julgado em 13/11/2007, DJe-018, DIVULG 31-01-2008, PUBLIC 01-02-2008, EMENT VOL-02305-02, PP-00314 RTJ VOL-00205-01 PP-00203 RMP n. 36, 2010, p. 255-261)

Trecho do voto:

[...]

14. Ora bem, quem tem um olho só, obviamente sofre grave insuficiência visual. Uma insuficiência igual, na melhor das hipóteses, a 50% (cinquenta por cento) do campo visual de uma pessoa **que enxerga pelas duas janelas da alma (como se disse, ahures, dos olhos humanos)**.⁶⁹ (grifou-se)

Essa manifestação acima expressa muito bem a interlocução do pensamento criativo que o Direito deve possuir com as outras ciências e artes. Para alguns, tratava-se da mera literalidade da cegueira. Já na acepção do ser humano criativo – Ayres Britto – os olhos se transformaram em janelas da alma.

A criatividade vem da pluralidade. Vem da vivência no modo observatório.

Ao se perceber a simplicidade da flor é possível compreender a relevância da proteção ao meio ambiente. É na beleza do olhar que se pode enxergar a dificuldade da cegueira e a necessária busca pela defesa dos direitos da pessoa com deficiência. Numa conversa informal com um vendedor ambulante de milho assado pode se extrair a chave de um problema urbanístico da cidade.

⁶⁹ **BRASIL**. Supremo Tribunal Federal (STF). RMS 26.071/DF. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506599>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

Ayres Britto certa vez disse:

– Quem só sabe Direito nem Direito sabe⁷⁰ [...] Direito não é só algo que se sabe; é algo que se sente⁷¹.

Nessa perspectiva, a compreensão acerca da justeza do Direito pressupõe a amplitude de um leque cognitivo. Não é apenas sobre conhecer a lei escrita no código, mas a relação dos seres humanos entre si e com a natureza.

Infelizmente, nos últimos tempos o Direito tem carecido dessa sensibilidade. A Administração Pública – que é gestada e gerida por seres humanos – segue no mesmo caminho. No entanto, cada vez mais surgem problemas que exigem soluções as quais a lei não prevê e o ser humano não está se preparando para dá-las.

A criatividade vem, assim, sendo sufocada pelas imposições. O processo que se inicia no seio familiar em expressões cotidianas como *deixe de inventar moda* ou *não invente não*. O modelo de ensino tradicional também não colabora. Já começa a se apresentar como *grade* curricular. Não é um ponto de partida, é um aprisionamento do pensamento criativo. É o padrão que se vê até na exigência de um fardamento.

Curiosamente, nos últimos anos pouco se tem visto, numa petição, parecer, decisão, despacho, sentença ou acórdão a lembrança dos grandes nomes da ciência. A literatura, por exemplo, parece que foi assassinada. Ora, onde estão as reflexões sempre atuais de Fernando Pessoa, Cecília Meireles, Clarice Lispector, Graciliano Ramos, João Cabral de Melo Neto ou Machado de Assis. Rui Barbosa!

Tudo tem um custo.

A sociedade vem pagando muito caro pelo esquecimento da regra de ouro da criatividade. No geral, o Direito está engessado, *cartesianizado*, metódico, racional, parametrizado, formal, unilateral, simétrico e linear. Já o problema se apresenta mutante, extraordinário, atípico, emotivo, difuso, informal, multilateral, assimétrico e não-linear.

70 **PROJEÇÃO. CENTRO UNIVERSITÁRIO E FACULDADE.** Disponível em: <<https://www.projecao.br/Faculdade/Noticias/Ler/19059/%C2%B4quem-so-sabe-direito-nem-direito-sabe%E2%80%99-as-lico-es-do-jurista-poeta>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

71 **Revista Consultor Jurídico – CONJUR.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-set-25/direito-nao-algo-sabe-algo-sente-ayres-britto>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

Em suas palestras de criatividade – sim, esta é uma habilidade que pode ser treinada – Murilo Gun⁷² costuma exemplificar situações cotidianas que têm pertinência com a forma como as soluções para os problemas podem ser encontradas. Se o chefe pede ao subordinado 158 páginas de papel A4, existem duas perspectivas para essa solução. Haverá quem aja como o Direito atual e conte uma a uma, manualmente. Mas também – e excepcionalmente com um pensamento criativo fora da caixa – quem envie para impressão 158 páginas de papel A4 em branco.

Vale dizer, soluções diferentes que atingem o mesmo ponto final, porém a opção da impressão das folhas de papel A4 em branco, com o uso de criatividade, tornou mais prático o que era trabalhoso, com a otimização do tempo de trabalho.

Igualmente, na escola se aprende que na vida cotidiana a menor distância entre dois pontos é uma reta. Mas isso só se aplica ao espaço plano. No dia a dia é diferente, podendo ser uma curva acaso se trate de um espaço tridimensional. E, dependendo da concepção física, essa distância pode ser a dobra (teoria do buraco de minhoca) acerca da curva do tecido espaço-tempo.

A questão que se põe em discussão é o pensamento criativo, inclusive porque, atualmente, há mais conhecimento humano e científico do que existia há 200 anos. No entanto, no mundo jurídico, por exemplo, cultua-se como o jurista mais citado o morto de 1979: Pontes de Miranda.

Sem embargo da genialidade de Pontes de Miranda, nem só de Direito ele viveu por compreender a fragilidade do pensamento jurídico quando dissociado das artes, das ciências e das discussões mais difusas da vida humana.

O Direito deve beber das outras fontes e aqueles que se debruçam no ato de formação – desde o nascimento até o ápice do ensino superior e profissional – não podem tratar a resolutividade de conflitos como tarefa apartada da habilidade peculiar da criatividade dos seres humanos.

O cenário para que a criatividade possa desabrochar é terreno especial que deve ser cultivado com valores diferenciados. Cultura de participação, compreensão, empatia, cooperação, reciprocidade, compartilhamento, *feedback*, estímulo, motivação, valorização, acolhimento, iniciativa, autoestima e respeito.

Liberdade. Sem ela não há criação, mas amarras.

Em que pese as suas inegáveis importâncias, pouco adianta se falar em métrica, auditoria, governança, metas, *accountability* (responsabilização),

72 **MURILO GUN**. Disponível em: <<https://muriлогun.com.br/>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

transparência, inteligência artificial, informatização, teletrabalho, planejamento estratégico, produtividade, gestão, psicologia organizacional, inovação, qualidade, probidade, combate à corrupção, solução pacífica de conflitos – entre tantas outras ferramentas e valores – se a criatividade for relegada à papel acessório e não principal, coadjuvante e não protagonista.

Nesse contexto, é preciso reafirmar que a tecnologia existirá e se aperfeiçoará, mediante a transformação digital do País, com atenção à governança de dados, à internet das coisas, à digitalização da economia, à digitalização de serviços, à integração das bases e à estrutura de conectividade, consoante o recente Decreto Federal nº 10.609/2021, o qual instituiu a Política Nacional de Modernização do Estado e o Fórum Nacional de Modernização do Estado⁷³.

Porém, a tecnologia jamais substituirá o singular poder de criação do ser humano, nem mesmo a sensibilidade que a beleza da vida natural é capaz de proporcionar. Daí porque se diz, com clareza solar, que a essência do ser humano é fonte inesgotável de criação apta à solução de conflitos, cabendo ao sistema jurídico proporcionar cada vez mais experiências multidisciplinares aos atores do Direito.

73 **BRASIL.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Decreto/D10609.htm>. Acesso em: 13 fev. 2021.

A (IM)POSSIBILIDADE DA EXCLUSÃO SUCESSÓRIA POR ABANDONO AFETIVO

LEONARDO EMERSON DE CARVALHO SOUSA:

Bacharelado do Curso de Direito do Centro
Universitário UNINOVAFAPÍ

VANESSA BEZERRA VIANA SILVA⁷⁴

(coautora)

GILLIAN SANTANA DE CARVALHO MENDES⁷⁵

(orientador)

RESUMO: O presente artigo teve como objetivo investigar a possibilidade ou não de excluir um herdeiro da cadeia sucessória, em decorrência do abandono afetivo, considerando os princípios fundamentais e a ordem constitucional, bem como a taxatividade do rol de causas para a exclusão sucessória, por indignidade ou deserdação no Código Civil Brasileiro. A metodologia aplicada foi a pesquisa bibliográfica narrativa, baseando-se na análise de doutrinas, legislações, artigos científicos, jurisprudências pertinentes ao tema. Obteve-se como resultado que a taxatividade do rol priva o autor da herança de excluir o herdeiro necessário que o abandona afetivamente, sendo que o afeto é formador do vínculo familiar e sua privação gera consequências no desenvolvimento de vida e da personalidade do indivíduo, no entanto a exteriorização do afeto é imposto como regra jurídica. O que se concluiu no estudo, principalmente, foi que a exclusão por indignidade e deserdação é taxativo, mas que a legislação deveria, diante do princípio da afetividade, da dignidade da pessoa humana, ser modificada para ter, também, como causa excludente da herança, o abandono afetivo.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Direito Sucessório. Indignidade. Deserdação.

ABSTRACT: This article aimed to investigate the possibility or not of excluding an heir from the chain of succession, as a result of affective abandonment, considering the fundamental principles and constitutional order, as well as the taxativeness of the list of causes for succession exclusion, due to indignity or disinheritance in the Brazilian Civil Code. The applied methodology was narrative bibliographic research, based on the analysis of doctrines, legislation, scientific articles, jurisprudence relevant to the theme. It was obtained as a result that the taxation of the role deprives the author of the inheritance to exclude the necessary heir who abandons him

74 Aluna do 9º período do Curso de Direito do Centro Universitário UNINOVAFAPÍ

75 Doutora em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário UNICEUB, Mestre em Direito Constitucional. Professora da UESPI e do Centro Universitário UNINOVAFAPÍ.

affectionately, with affection forming the family bond and his deprivation has consequences for the development of the individual's life and personality, in However, the externalization of affection is imposed as a legal rule. What was concluded in the study, mainly, was that exclusion due to indignity and disinheritance is exhaustive, but that the legislation should, in face of the principle of affectivity, of the dignity of the human person, be modified to have, also, as an exclusive cause of inheritance, affective abandonment.

KEYWORDS: Affective Abandonment. Succession Law. Indignity. Disinheritance.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito das Famílias e seus Princípios Norteadores. 2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2.2 Princípio da Solidariedade Familiar. 2.3 Princípio da Afetividade. 3. Direito Sucessório. 3.1 Sucessão Legítima. 3.2 Sucessão Testamentária. 3.3 Causas de Exclusão Sucessória. 3.3.1 Indignidade. 3.3.2 Deserdação. 4. Abandono Afetivo. 4.1 Consequências no ambiente familiar. 4.2 Afeto como Valor Jurídico. 5. Considerações Finais. 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB) inovou as relações de família, especialmente, quanto ao reconhecimento de outras modalidades de família que não seja a matrimonializada, com o intuito primordial de efetivar direitos às relações já existentes, concedendo-lhe proteção (BRASIL, 1988).

Com efeito, a CRFB, acompanhando as mudanças na sociedade, constitucionalizou, em seus artigos 226 ao 230 e princípios que os norteiam, a família como base da sociedade e assim dispõe de especial proteção do Estado (BRASIL, 1988).

Ao Direito das Famílias, por sua vez, atendendo a diretriz constitucional, não lhe é permitido interpretar as normas infraconstitucionais de forma isolada das normas-regras e as normas-princípios trazidas na CRFB (BRASIL, 1988). Desse modo, as relações de família, apoiadas por regras e princípios, encontram-se norteadas, pelo afeto, uma vez que, tornou-se o princípio-base das novas relações familiares.

O afeto passou a ter uma importante função no delineamento das relações familiares, já que, é formador do vínculo familiar. À vista disso, depreende-se, que a entidade familiar se descaracteriza quando ocorre a ausência de afetividade. O princípio da afetividade tem como suporte, atender os ditames constitucionais, nas relações de família, amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, não se pode negar-lhe sua importância nas questões de cunho patrimonial, especialmente, no que diz respeito à herança dele decorrente.

Nessa perspectiva, o Direito das Sucessões, que detém cunho patrimonial, não poderia ser totalmente desvinculado do Direito das Famílias, visto que, as regras básicas e gerais para a sucessão originam-se das relações familiares e de conceitos pré-estabelecidos deste.

A lei civil dispõe de situações absolutas para exclusão de direitos sucessórios através de dois institutos, a indignidade e da deserdação. Que são empregados em casos em que o herdeiro mostra-se desmerecedor de receber a herança.

Origina-se, portanto, a problemática deste trabalho, em identificar se é possível ou não excluir um herdeiro da cadeia sucessória, em decorrência do abandono afetivo, considerando os princípios fundamentais e a ordem constitucional, bem como a taxatividade do rol de causas para a exclusão sucessória, no Código Civil de 2002 (CC). Evidenciando-se o seguinte questionamento: O abandono afetivo ensejaria a exclusão sucessória?

O objetivo geral do estudo é investigar a (im)possibilidade de incidência da exclusão sucessória, por indignidade e/ou deserdação, em decorrência do abandono afetivo. Tem como objetivos específicos examinar no direito das famílias, seus princípios norteadores, especialmente, os princípios da dignidade da pessoa humana, solidariedade familiar e afetividade; apresentar a ordem sucessória e as causas de exclusão sucessória, apresentando o abandono afetivo como possível causa.

Destarte, a escolha do tema justifica-se na importância do afeto no meio familiar e, assim, da viabilidade de sua inclusão no âmbito do direito sucessório, pois a exclusão da sucessão por abandono afetivo poderá gerar alteração nas relações familiares e patrimoniais. Dessa maneira, esta pesquisa poderá favorecer o estudo de acadêmicos e profissionais do direito, assim como informar e esclarecer a sociedade eventuais dúvidas sobre o tema e ao mesmo tempo estimular sua discussão.

Para a realização do presente estudo empregar-se-á a pesquisa bibliográfica narrativa, logo, essa será desenvolvida por meio do estudo doutrinário, jurisprudencial e legislativo, assim como artigos científicos, dissertações e teses referentes a temática.

A título de estruturação, o trabalho foi dividido nos seguintes tópicos: o primeiro será examinado o direito das famílias e seus princípios norteadores. No segundo tópico serão apresentadas a ordem de vocação hereditária, bem como as causas de exclusão sucessória presentes na indignidade e deserdação. E por fim, o último tópico será analisado o abandono afetivo, suas consequências no ambiente familiar e a relevância do afeto no âmbito jurídico.

2 DIREITO DAS FAMÍLIAS E SEUS PRINCÍPIOS NORTEADORES

O núcleo familiar é o lugar em que se forma a maior parte da personalidade de um sujeito, é nele que se criam os primeiros e mais fortes vínculos da vida. De acordo com Liberati (1995, p. 22), “A família é o primeiro agente socializador do ser humano. A falta de afeto e de amor da família gravará para sempre seu futuro”.

Assim, é no meio familiar que se cria as primeiras relações de afeto, bem como compartilhamos nossos sentimentos mais profundos, as maiores felicidades, angústias, frustrações, traumas e medos (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020a).

Por ter um papel tão importante na formação de um indivíduo, a família, ao longo da história, tem sido estudada e conceituada em ciências como sociologia, antropologia, psicanálise e Direito (PEREIRA, 2018). Essa entidade é à base de uma sociedade, por isso, os Estados tentavam regulamentar, de alguma forma, sua organização.

Na CRFB, a família passou a ter proteção do Estado, percebe-se isso nos artigos 226 a 230, que a consagrou como base da sociedade e atribuiu-a direitos e deveres, sendo que o conceito de família ficou mais aberto, não sendo mais constituída apenas pelo casamento civil (BRASIL, 1988). Logo, os princípios constitucionais foram inseridos na resolução dos conflitos das famílias, sendo que a dignidade da pessoa humana deverá ser considerada, em razão de ser fundamento do Estado Democrático de Direito.

O Direito das Famílias de acordo com Farias e Rosenvald (2016, p. 43), passou a ser o ramo do direito que regula “as relações decorrentes do vínculo afetivo, mesmo sem casamento, tendentes à promoção da personalidade humana, através de efeitos pessoais, patrimoniais e assistenciais”.

Nesse contexto, identifica-se que os aspectos pessoais, as realizações existenciais passaram a ter maior ônus nas relações familiares do que os aspectos patrimoniais (LÔBO, 2020a). Ou seja, os sentimentos, o desenvolvimento da pessoa humana, as relações de afeto na construção e manutenção da família passaram a ter proteção constitucional, a afetividade passou a ser reconhecida como meio formador da família.

Mesmo diante dessa evolução constitucional em relação às famílias é importante destacar que ela está sempre se modificando, pois é um ambiente que lida com a vida, com o sentimento e com a alma do ser humano (DIAS, 2020). Por isso, conceituar a família seria difícil e ao mesmo tempo limitador.

Logo, a família está em constante alteração, assim, não pode ser definida como um instituto formado somente através da consanguinidade. E mesmo que o ordenamento jurídico tenha reconhecido novas concepções de família, tem-se que levar em consideração que ela está sempre em evolução e que o afeto, a solidariedade, a lealdade, a confiança, o respeito e o amor devem ser a base das relações familiares (BRASIL, 2002; DIAS, 2020).

Com o advento da CRFB, passou-se a ter não só normas-regras, mas também normas-princípios para regulamentar as relações familiares existentes. Originou-se assim os princípios-base, alicerces para o Direito das Famílias, como a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar e a afetividade, que devem ser considerados em todas as relações jurídicas familiares e na interpretação das normas infraconstitucionais, como o CC (BRASIL, 1988; BRASIL, 2002).

Assim, o Direito das Famílias está em constante mudança, proveniente dos novos conceitos de família presentes na sociedade, indo de encontro ao princípio da afetividade solidariedade e dignidade da pessoa humana, resguardando e respeitando as necessidades do homem e das famílias, bem como os protegendo de eventuais excessos que podem desrespeitar os princípios e valores que regem o Estado.

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A família tem um papel importante na formação da personalidade de um indivíduo. Nessa perspectiva, a pessoa deve ser tratada com dignidade no meio familiar, uma vez que, a legislação atual abraçou a instituição como igualitária em respeito, dissipando a hierarquia absoluta, proporcionando uma relação baseada na dignidade.

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do nosso Estado e está no artigo 1º, inciso III, bem como no art. 226, § 7º, que trata do planejamento familiar, ambos da CRFB (BRASIL, 1988). Ele é considerado um “macroprincípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade” (PEREIRA, 2018, p. 946). A pessoa tornou-se o foco nas relações jurídicas.

Referenciar o princípio da dignidade na família é promover respeito, que se traduz em equilíbrio e sensação de felicidade. Gagliano e Pamplona Filho (2020a, p. 74) expõem que a “dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade”.

Lidar diretamente com as relações mais íntimas de um indivíduo é o foco do Direito das Famílias, logo, o princípio da dignidade da pessoa humana está intrínseco a ele. Uma pessoa não pode ser tratada como um objeto, desse jeito, nas relações familiares não pode haver condutas ou atitudes que a trate como uma coisa, que abuse ou machuque a sua existência (LÔBO, 2020a). Percebe-se, assim que, o princípio da dignidade da pessoa humana promove as novas configurações nas relações familiares, às quais o diálogo e entendimento substituem o autoritarismo.

De acordo com Gagliano, Pamplona Filho (2020a, p. 76), a “dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas, principalmente, no âmbito das suas relações sociais”.

Desse modo, percebe-se, que os direitos fundamentais evoluíram intensamente em garantirem ao ser humano condições melhores de dignidade e liberdade, para favorecer uma convivência harmoniosa. Na esfera familiar, a dignidade é preservada, uma vez que existe respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas pessoal, mas entre suas relações sociais.

2.2 Princípio da Solidariedade Familiar

O princípio da solidariedade pode ser observado na Lei Maior, em seu artigo 3º, inciso I, constituindo um dos objetivos fundamentais da República. Pondo esta informação em relevância, nota-se, que este princípio deve nortear as relações jurídicas e sobretudo os familiares, fazendo vista aos sentimentos recíprocos e de cuidado, que precisam estar presentes de forma mútua entre seus membros (BRASIL, 1988; SOBRAL, 2010). Consoante Lôbo (2013, p. 148):

Há solidariedade quando há afeto, cooperação, respeito, assistência, amparo, ajuda, cuidado; o direito os traz a seu plano, convertendo-os de fatos psicológicos ou anímicos em categorias jurídicas, para iluminar a regulação das condutas. Cada uma dessas expressões de solidariedade surge espontaneamente, nas relações sociais, como sentimento. Mas o direito não lida com sentimentos e sim com condutas verificáveis, que ele seleciona para normatizar. Assim, o princípio da solidariedade recebe-os como valores e os transforma em direitos e deveres exigíveis nas relações familiares.

A importância deste princípio se torna válida ao nos reportarmos a todas as transformações que a sociedade e as entidades familiares sofrem no mundo contemporâneo. Tartuce (2020a) pronuncia que o princípio da solidariedade reflete

no meio familiar, já que, deve haver a solidariedade nessa relação, tanto no meio patrimonial, como no meio afetivo. Assim, acaba ocorrendo a aproximação dos indivíduos que fazem parte da família, ligados por traços sanguíneos ou não.

Este princípio culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, executando o valoroso papel em unir seus integrantes de forma democrática, permitindo a unidade familiar.

2.3 Princípio da Afetividade

Resultante de grandes transformações no âmbito familiar instituiu-se o princípio da afetividade, tendo como basilares essenciais à dignidade da pessoa humana e a solidariedade, conferindo *status* de princípio norteador no direito das famílias, dotado de valor jurídico e regulador dos vínculos existentes em uma entidade familiar.

Lôbo (2020a, p. 74) delimita o conceito do princípio da seguinte forma:

[...] é o princípio que fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida. Recebeu grande impulso dos valores consagrados na Constituição de 1988 e resultou da evolução da família brasileira, nas últimas décadas do século XX, refletindo-se na doutrina jurídica e na jurisprudência dos tribunais. O princípio da afetividade entrelaça-se com os princípios da convivência familiar e da igualdade entre os cônjuges, companheiros e filhos, que ressaltam a natureza e não exclusivamente biológica da família.

A afetividade passou a nortear as relações familiares. O Texto Maior em diversos momentos declarou que à afetividade deveria ser levada em consideração como elemento formador do vínculo familiar, percebe-se isso no seu artigo 226, § 3º, em que a união estável passa a ser reconhecida como entidade familiar, pode-se citar também o artigo 227, § 6º em que é dada igualdade aos filhos independente da sua origem (BRASIL, 1988; DIAS, 2020).

A jurisprudência pátria mostra-se aderente a essa linha pensamento, a título de exemplo pode-se citar o RE 898.060-SC em que o Supremo Tribunal Federal (STF) discutiu o conflito entre paternidade socioafetiva e biológica:

A compreensão jurídica cosmopolita das famílias exige a ampliação da tutela normativa a todas as formas pelas quais a

parentalidade pode se manifestar, a saber: (i) pela presunção decorrente do casamento ou outras hipóteses legais, (ii) pela descendência biológica ou (iii) pela afetividade. [...] A afetividade enquanto critério, por sua vez, gozava de aplicação por doutrina e jurisprudência desde o Código Civil de 1916 para evitar situações de extrema injustiça, reconhecendo-se a posse do estado de filho, e conseqüentemente o vínculo parental [...] (BRASIL, 2017, p. 3-4).

Apesar dos termos afeto ou afetividade não constarem no Texto Maior pode-se notar que ele decorre do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e dos artigos em que a CRFB dispõe sobre a família (BRASIL, 1988; TARTUCE, 2020a). É importante destacar que os termos afeto e afetividade não podem se confundir, Lôbo (2020a, p. 74-75) pondera sobre isso:

A afetividade, como princípio jurídico, não se confundi com o afeto, como fato psicológico ou anímico, porquanto pode ser presumida quando este faltar na realidade das relações; assim, a afetividade é dever imposto aos pais em relação aos filhos e destes em relação àqueles, ainda que haja desamor ou desafeição entre eles.

Percebe-se, então, que o afeto é o sentimento e que apesar de importante para o seio familiar não é discutido no mundo jurídico. Já a afetividade, que é o dever de cuidado, é abordada, sendo que sua aplicação dependerá do caso concreto, considerando que como princípio é abstrato. Logo, o que importa é apurar os atos e fatos que exteriorizam o afeto, já que o sentimento em si é matéria estranha ao Direito (CALDERÓN, 2017).

Portanto, é imprescindível a apreciação deste princípio no Poder Judiciário, nas relações de família, norteando e regendo os laços entre seus constituintes, não consentindo com a falta dos deveres inerentes a todos, para o bem estar social e moral de cada pessoa.

3 DIREITO SUCESSÓRIO

Ao longo de sua existência, uma pessoa pode adquirir patrimônios, direitos e obrigações. Sobrevém que a vida tem o fim com a morte, e tudo aquilo adquirido deverá ser administrado, cuidado, usufruído ou pago por alguém. Tendo este entendimento como base, pode-se compreender o direito sucessório.

Sucessão significa à transmissão de bens e direitos de uma pessoa a outra, assim, o ato de suceder não está restrito ao direito sucessório, pois, pode ocorrer em

casos *inter vivos* ou *causa mortis*, na primeira, efetua-se em relações jurídicas subrogando-se direitos e deveres, a segunda está restrita ao Direito das Sucessões (PEREIRA, 2018).

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2020b, p. 32), “compreende-se por Direito das Sucessões o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte”. Ou seja, é o ramo do Direito que lida somente com a sucessão *causa mortis*, logo, se não há patrimônio a ser transferido, o fato morte não se vincula a esse ramo.

Tartuce (2020b), elucida que a transmissão de direito e deveres, na sucessão *causa mortis*, pode ocorrer tanto por disposição de última vontade ou por determinação da lei. Isto é, define-se como a parte da legislação que trata do evento pós-morte, objetivando a transferência patrimonial do autor da herança aos herdeiros e legatários, sendo esta sucessão por lei ou testamento.

Depreende-se que o Direito Sucessório dispõe de competência na resolução de conflitos na esfera familiar do *de cuius*, assegurando o direito de todos os entes envolvidos na distribuição da herança. Ulteriormente a morte da pessoa física (real ou presumida), ocorre à abertura da sucessão e esta pessoa passa a denominar-se autor da herança (BRASIL, 2002).

Relativamente à abertura da sucessão *causa mortis*, consagra-se no artigo 1.784 do CC, o princípio de *Saisine*, transmitindo-se o patrimônio do *de cuius* (herança), desde logo, aos herdeiros legítimos e/ou testamentários, criando-se desde já direitos e deveres para os sucessores (BRASIL, 2002; DIAS, 2019). Pode-se perceber a aplicabilidade deste princípio na jurisprudência pátria:

Princípio da Saisine, corolário da premissa de que inexistente direito sem o respectivo titular, a herança, compreendida como sendo o acervo de bens, obrigações e direitos, transmite-se, como um todo, imediata e indistintamente aos herdeiros. Ressalte-se, contudo, que os herdeiros, neste primeiro momento, imiscuir-se-ão apenas na posse indireta dos bens transmitidos. A posse direta, conforme se demonstrará, ficará a cargo de quem detém a posse de fato dos bens deixados pelo *de cuius* ou do inventariante, a depender da existência ou não de inventário aberto (BRASIL, 2011, p. 1).

O ordenamento jurídico brasileiro legitima duas modalidades para a transmissão de herança do *de cujos* aos herdeiros, sendo estas: sucessão legítima e sucessão testamentária, conforme o artigo 1.786 do CC (BRASIL, 2002). A sucessão não se confunde com a herança, visto que esta é o conjunto de bens e direitos

deixados pelo *de cujus*, enquanto que aquela é o ato de receber a herança, sendo que a CF em seu art. 5º, inciso XXX, garante o direito à herança (BRASIL, 1988; PEREIRA, 2018).

Sucedores são os herdeiros, os quais a lei atribui a capacidade de sucederem ao patrimônio de alguém que falece, em seus direitos e obrigações, sendo estes herdeiros necessários, legítimos ou testamentários, podendo aceitarem ou renunciarem ao seu quinhão da parte que lhes cabe (BRASIL, 2002; DIAS, 2019).

O Direito Sucessório, ainda que se trate de direito individual para transferência patrimonial, é fortemente fundamentado no afeto, garantindo a segurança familiar e reconhecendo garantias e direitos fundamentais.

3.1 Sucessão Legítima

A sucessão legítima não decorre de testamento, é resultante de disposições legais, ou seja, os herdeiros são designados pela ordem de vocação hereditária estabelecida na lei, não cabe aqui manifestação de vontade do autor da herança, como preceitua o artigo 1.786 do CC (BRASIL, 2002). O CC elegeu a ordem de vocação hereditária por parentesco determinando a herança, inicialmente, aos descendentes em concorrência com o cônjuge (este a depender do regime de casamento), na falta dos descendentes, a herança deverá ser dividida entre o cônjuge e os ascendentes, na falta deste último, ao cônjuge sozinho. Na falta do cônjuge, os parentes colaterais até o 4º grau herdam, sendo os mais próximos, em preferência, aos mais remotos, (BRASIL, 2002).

Assim, o artigo 1.829 do CC, adotou a seguinte ordem de preferência no chamamento à herança: descendentes, ascendentes, cônjuge e colateral, denominam-se herdeiros legítimos. Frisa-se que o cônjuge concorre com descendentes e ascendentes, e só os colaterais até 4º grau podem ser herdeiros (BRASIL, 2002). De acordo com Dias (2019), a ordem de vocação hereditária escolhida no artigo 1829 do CC baseia-se na presunção de que existe um maior vínculo com os parentes mais próximos (filhos, pais e cônjuge), ou seja, o afeto e a solidariedade entre estes eram maiores que com os demais parentes, logo, procura-se amparar economicamente esses familiares.

Há uma hierarquia de preferência, de acordo com o parentesco, são considerados herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge, sendo que por pleno direito metade da herança pertence a eles, denomina-se parte legítima (parte indisponível da herança), conforme os artigos 1845 e 1846 do CC, ou seja, a parte legítima não é para os herdeiros legítimos e sim para os herdeiros necessários, os parentes colaterais só recebem se não existirem os últimos, por isso são denominados herdeiros facultativos (BRASIL, 2002; DIAS, 2019).

Percebe-se que a ordem é excludente, ou seja, primeiro são chamados os herdeiros mais próximos, não existindo esses, os seguintes na ordem de vocação. Observa-se que o direito de herança considera o parentesco em linha reta (descendentes e ascendentes) e colateral. Destaca-se que os descendentes mais próximos excluem os mais remotos (primeiro os filhos, não existindo esses os netos, etc.).

Salienta-se que àqueles que têm o mesmo grau de parentesco com o *de cuius* recebem partes iguais, herdando por direito próprio (diz-se herança por cabeça), devendo-se observar a concorrência com o cônjuge ou companheiro (DIAS, 2019).

Importante destacar que no caso de um herdeiro falecer antes do autor da herança ou ser excluído da sucessão será substituído pelo seu sucessor imediato, é o direito de representação, o substituto herda por estirpe (LÔBO, 2019).

Na falta de herdeiros (descendentes, ascendentes, cônjuge e colateral) ou testamento, a herança é considerada jacente e passado um ano sem que apareça algum herdeiro, a herança será considerada vacante e a transmissão será feita à Fazenda Pública municipal, distrital ou federal, depois de passados cinco anos da morte do autor da herança (LÔBO, 2020b).

O regime de separação de bens e cláusulas de incomunicabilidade não interferem na ordem de vocação, assim como os filhos havidos fora do casamento ou adotivos, possuirão os mesmos direitos. No entanto, genros, noras e enteados, não estão inclusos nesta norma, podendo fazer *jus* ao direito por meio de testamento (BRASIL, 1988; Brasil 2002).

Nesta modalidade sucessória, a lei confere direitos aqueles reconhecidos na legislação como herdeiros necessários, baseadas em classes preferenciais de sangue e nas relações de família, onde, tais benefícios não podem ser sujeitos a ônus, encargos ou condições.

3.2 Sucessão Testamentária

Outra distinta possibilidade de sucessão denomina-se testamentária, ocorrendo por meio de testamento, sob a vontade do autor da herança, mediante documentos definidos em lei, dispondo seus bens para depois de sua morte. Segundo Lôbo (2020b, p. 210-211):

Testamento é o meio apropriado para o exercício da liberdade de testar, de acordo com os tipos, efeitos e limites reconhecidos pela lei. [...] é negócio jurídico unilateral, formal e pessoal, cujos efeitos ficam suspensos até que ocorra o evento

futuro e indeterminado no tempo que é a morte do próprio testador.

Consoante Farias e Rosenvald (2017), o testamento é um negócio jurídico podendo apontar as seguintes características: personalíssimo, unilateral, gratuito, com eficácia *post mortem*, e revogável. Personalíssimo, já que só pode ser praticado pelo testador. Logo, não é preciso a concordância dos beneficiários, por isso é unilateral. É gratuito por não ser exigido nada em contrapartida dos beneficiários. E só torna-se eficaz após a morte do testador, revogável pelo próprio a qualquer momento.

Destaca-se por ser ato *causa mortis*, o qual transmite seus efeitos, posteriormente a morte do *de cuius*, caso calhe o contrário, configuraria ato *inter vivos*, estando desaprovado pelo ordenamento jurídico vigente, a herança de pessoa viva como objeto de contrato, como posto no art. 426 do CC (BRASIL, 2002).

Admitem-se três modalidades de sucessão testamentária, sendo nomeadas como ordinária, que, por sua vez, se subdivide em testamento particular, público e cerrado, o qual encontram-se expressos nos artigos 1.862 a 1.885 do CC, sendo que há, por conseguinte, as modalidades de testamento especiais, designados pelo testamento marítimo, aeronáutico e militar, consistindo matéria de ordem pública (BRASIL, 2002).

O testamento compreende-se em um negócio jurídico personalíssimo, unilateral, gratuito, com eficácia *post mortem* e revogável e por conservar tais requisitos, a lei proíbe o testamento conjuntivo, visto que este se exerce mediante duas pessoas testarem em favor de um terceiro, como declara o artigo 1.863 do CC (BRASIL, 2002).

Sabe-se que o testamento é revogável e a qualquer tempo o autor da herança poderá revogar ou rever o ato, sem motivos que justifiquem sua escolha, podendo ser a qualquer tempo, sem prejuízos a modalidade.

Existe ainda o codicilo, que abrange disposições de vontade fins não econômicos ou para objetos de pouco valor. Nesta modalidade, a lei não leva em consideração o valor do patrimônio do testador, é um escrito particular simples, sem as formalidades exigidas pelo testamento tradicional.

Importa frisar que a autonomia do testador não é plena, quando optar por fazer um testamento, na medida em que se devem considerar os herdeiros necessários, logo, estes usufruirão de metade de seu patrimônio, uma vez que o todo não poderá ser posto em testamento, conforme artigo 1857, par. 1º do CC (BRASIL,

2002). Assim, o autor da herança possui 50 % para dispor do seu patrimônio, na existência de herdeiros necessários.

A sucessão testamentária é ainda pouco utilizada, sabendo-se que é consequência da disposição familiar e da propriedade. Dá autonomia ao autor da herança para dispor de parte do patrimônio para fins da sucessão, no entanto é um meio muito solene.

3.3 Causas de Exclusão Sucessória

Em decorrência do princípio de *Saisine*, a herança transmite-se desde logo aos herdeiros, contudo, existem possibilidades de afastamento do herdeiro da sucessão. Pode-se citar, primeiramente, a possibilidade de o herdeiro renunciar à herança, nesse caso o herdeiro por vontade própria se autoexclui, sem que haja qualquer pedido ou punição por parte do autor da herança, é como se o herdeiro nunca tivesse existido, logo seus descendentes não terão o direito de representação, conforme artigos 1.810 e 1811 do CC (BRASIL, 2002).

O CC ainda prevê a possibilidade de o herdeiro e/ou legatário ser excluído da sucessão por natureza punitiva. Tais possibilidades são consideradas uma sanção civil para àqueles que trataram de modo aético e imoral o autor da herança, tendo dois institutos para esse fim: a indignidade e a deserdação (BRASIL, 2002; DIAS, 2019). Consoante Farias e Rosenvald (2017, p. 149):

Tanto na doutrina brasileira, quanto entre os estudiosos alienígenas, reina um tranquilo e absoluto consenso de que a indignidade e a deserdação constituem uma sanção civil, uma pena de natureza cível, aplicada àquele que se comportou mal em relação ao autor da herança, impondo como consequência a perda do direito subjetivo de receber o patrimônio transferido pelo passamento do titular.

A indignidade e a deserdação são atos punitivos previstos legalmente para impedir o herdeiro/legatário de receber o patrimônio que outrora poderia ser seu. Então, devido à eventual demérito do herdeiro/legatário para com o autor da herança esse poderá ser excluído. No entanto, a pena não pode ir além da pessoa punida, logo, seus descendentes terão o direito de representação, ou seja, receber a parte da herança que seria sua, de acordo com artigo 1816 do CC (BRASIL, 1988; BRASIL, 2002). Frisa-se que o direito de representação só existe na sucessão legítima, especificamente, na classe dos descendentes e, também, para os filhos dos irmãos.

Tais institutos, apesar de terem o mesmo objetivo, a exclusão do herdeiro, não se confundem. A indignidade está codificada no campo da sucessão geral,

enquanto a deserdação está no campo da sucessão testamentária. Ademais, os motivos para ocorrerem tais sanções são diferentes, apesar de na deserdação poderem ser usados os motivos da indignidade (BRASIL, 2002).

As causas de exclusão sucessória são limitadas e se reservam àqueles excluídos por indignidade ou deserdação, tendo em vista infrações previstas no rol do CC. Retratam-se como medidas sancionárias que se destinam a reprovar algum comportamento do herdeiro ao autor da herança.

3.3.1 Indignidade

A indignidade é a pena civil imposta aos herdeiros legítimos, necessários, facultativos e testamentários, assim como aos legatários que praticam algumas das hipóteses elencadas no artigo 1814 do CC, basicamente práticas delitivas, ficando-os impedidos de receber a sua parte da herança (BRASIL, 2002).

Para a eventual exclusão por indignidade deverá ser interposta ação ordinária, após o falecimento do autor da herança, logo, precisa a indignidade ser declarada por sentença judicial. Poderá interpor tal ação: terceiro interessado na sucessão, sendo este coerdeiro, legatário, donatário, fisco, credor prejudicado e até o Ministério Público (BRASIL, 2002; DIAS, 2019).

Cabe elencar as causas de exclusão sucessória por indignidade do artigo 1814 do CC, os herdeiros que tiveram participado de homicídio doloso ou mesmo a sua tentativa, do autor da herança, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente; aqueles que tiverem acusado caluniosamente me juízo, tiverem incorrido em crime contra a honra do autor da herança, seu cônjuge ou companheiro ou aquele obstar ou inibir o autor da herança da herança de realizar livremente seu testamento, seja com violência ou meios fraudulentos (BRASIL, 2002).

A primeira possibilidade de exclusão da sucessão por indignidade é o cenário em que o herdeiro ou legatário atua em crime de homicídio contra o autor da herança ou seus familiares (cônjuge/companheiro e descendentes), sendo necessário que o crime seja doloso, ou sua tentativa, ou seja, não se admite a modalidade culposa, nesse caso a lei exige a vontade livre e consciente de praticar a infração penal. Além disso, apesar do dispositivo tratar tão somente do homicídio, há quem defenda a possibilidade da norma abarcar os delitos contra a vida, como por exemplo, a instigação ao suicídio, a eutanásia e o infanticídio (DIAS, 2019).

Salienta-se que, para fins civis, basta a prova da prática do delito, não sendo necessária ocorrer à condenação criminal. Esse entendimento é fundamentado com base no princípio da independência das instâncias, no qual as instâncias cíveis, penal administrativa, em regra, são independentes (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

A segunda causa que pode motivar a indignidade abrange duas hipóteses: acusação caluniosa em juízo e o crime contra a honra do autor da herança, ou contra seu cônjuge/ companheiro.

Em relação à primeira hipótese ressalta-se que não se trata do crime de denúncia caluniosa presente no Código Penal (CP), a lei civil usa a expressão “acusação caluniosa” e não “crime de denúncia caluniosa”, logo não é necessário a condenação na esfera penal, assim, deve-se ter uma interpretação mais genérica do termo “acusar”, considerando os valores sociais e as normas jurídicas pátrias (BRASIL, 1940; DIAS, 2019; FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Na segunda hipótese é explícita o uso do termo “crime contra a sua honra”, por isso, carece citar que são três esses delitos: calúnia (artigo 138 do CP), difamação (artigo 139 do CP) e injúria (artigo 140 do CP). Necessita-se, destarte, da condenação no juízo penal para ocorrer a declaração de indignidade (BRASIL, 1940; DIAS, 2019).

Por fim a terceira e última hipótese tem como objetivo proteger o testador de eventuais violências, físicas e psicológicas, que possa sofrer ao dispor de seu patrimônio por meio de testamento e codicilo.

Conforme entendimento de Tartuce (2020b), Lôbo (2020b), e Gagliano e Pamplona Filho (2020b), as situações mencionadas anteriormente decorrem de um rol taxativo (*numerus clausus*), ou seja, apenas as hipóteses previstas no art.1814, do CC podem gerar a exclusão por indignidade. Devido ao citado rol ser de restrição de um direito, direito à herança, entende os citados autores que não é permitido à interpretação extensiva ou analógica. Em entendimento contrário está Farias e Rosenvald (2017). Dias (2019, p. 418), afirma que:

[...] a natureza do instituto da indignidade, de acentuado conteúdo ético, não permite interpretação tão limitada. Ao elencar algumas hipóteses, a lei simplesmente consagra um princípio: quem age contra o autor da herança ou seus familiares não pode ser contemplado com sua herança.

Já Farias e Rosenvald (2017), defendem que o juízo que julgar a ação ordinária de indignidade poderia realizar uma interpretação conforme a tipicidade finalística da norma, ou seja, podem-se admitir condutas não previstas, desde que apresentem a mesma finalidade daquelas previstas na lei.

Corroborasse com Dias (2019), visto que aqueles que podem ser contemplados com a herança são aqueles mais próximos do falecido, assim, a lei não pode prever todos os meios em que tais poderiam de alguma forma ferir a dignidade do autor da herança, ademais, a lei não acompanha as mudanças sociais.

Ressalta-se que reconhecida à indignidade, por sentença declaratória com efeito retroativo (*ex tunc*) quanto aos herdeiros, o indigno perde o direito ao usufruto e à administração dos bens que a seus filhos menores couberem na herança ou à sucessão eventual desses bens, conforme artigo 1.816, parágrafo único do CC (BRASIL, 2002). A ação ordinária para demandar a exclusão do herdeiro ou legatário extingue-se no prazo decadencial de 4 (quatro) anos a contar da data do óbito, nos termos do artigo 1.815, parágrafo único do CC (BRASIL, 2002).

É possível o perdão do indigno, conhecido como reabilitação, isto é, ato personalíssimo praticado pelo autor da herança, sendo que a lei exige a sua elaboração em testamento ou em ato autêntico (escritura pública, escritura particular subscrito por duas testemunhas ou codicilo), vide o artigo 1.818 do CC (BRASIL, 2002).

Nenhum direito ou garantia é absoluto, podendo existir confrontos com outras garantias e direitos fundamentais, verificando, dessa forma, que a dignidade da pessoa humana se sobrepõe ao da sucessão hereditária. À vista disso, condutas traiçoeiras, banais e perversas, consistem em retirar o direito à herança, aos herdeiros indignos, não constituindo violação a CRFB.

3.3.2 Deserdação

A deserdação estar regulada na parte da sucessão testamentária no CC, uma vez que tem que ser declarada no testamento pelo testador (BRASIL, 2002). Tal instituto para Gagliano e Pamplona Filho (2020b, p. 159-160), é “uma medida sancionatória e excludente da relação sucessória, imposta pelo testador ao herdeiro necessário que haja cometido qualquer dos atos de indignidade capitulado nos arts. 1.962 (que remete ao art. 1.814) e 1.963 do Código Civil”. O testamento é apenas o instrumento para excluir os herdeiros necessários, que por lei têm direito à herança, não podendo a punição passar da pessoa deserdada.

Para ocorrer a consumação da deserdação tem que haver testamento válido, sendo esse o único meio aceito, feito pelo testador com menção expressa da causa de deserdação, vide artigo 1.964 do CC, e confirmação por sentença judicial, vide artigo 1.965 do CC (BRASIL, 2002). Neste sentido, segue entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESERDAÇÃO. NECESSIDADE DE PROPOSITURA DE AÇÃO PRÓPRIA, NÃO SENDO SUFICIENTE A MERA DECLARAÇÃO EM TESTAMENTO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. APELO DA AUTORA. NULIDADES APONTADAS QUE NÃO SE VISLUMBRAM. INEXISTÊNCIA DE

JUSTIFICATIVA PARA A DESERDAÇÃO (RIO DE JANEIRO, 2020, p.1).

A ação ordinária para deserdação tem que ser proposta por aqueles que se aproveitem da deserdação, sendo que cabe a eles o ônus da prova, tendo o prazo de 4 (quatro) anos para propô-la a contar da data da abertura do testamento (BRASIL, 2002). A sentença tem eficácia declaratória e produz efeito retroativo a partir da abertura da sucessão (DIAS, 2019).

As causas de exclusão por deserdação estão enumeradas nos artigos 1.962 e 1.963, todos do CC (BRASIL, 2002). Vale destacar que os motivos característicos da indignidade também se aproveitam na deserdação, conforme determina o art. 1.961 do CC, logo, as causas de exclusão sucessória previstas no artigo 1.814 do CC podem ser usadas para fins da deserdação (BRASIL, 2002). As hipóteses exclusivas para a deserdação são todas as de indignidade, já mencionadas e ainda, ofensa física, injúria grave, relações ilícitas com o cônjuge o ascendente no caso de descendente, ou com do cônjuge do descendente, no caso do ascendente, além do desamparo pelo ascendente pelo descendente e vice-versa, quando em alienação mental ou grave enfermidade (artigos 1.962 e 1.963, BRASIL, 2002).

Percebe-se, a possibilidade de deserdar ascendente em face de descendente e vice-versa, tendo causas comuns para descendentes e ascendentes e as específicas para cada um. Observa-se que as causas comuns são: ofensa física e injúria grave.

À causa de exclusão sucessória decorrente de ofensa física corresponde ao delito de lesão corporal (artigo 129 do CP), contudo, a lei civil não fala em “crime” logo não precisa de uma condenação na esfera penal, contudo a conduta precisa ser dolosa (BRASIL, 1940; DIAS, 2019).

A injúria grave é a ofensa capaz de afetar a honra, a reputação, a dignidade do testador, levada a efeito por escrito, podendo ser por meio virtual ou qualquer outra forma de comunicação, em suma é a ingratidão, o desafeto que pessoa possuía pelo testador (DIAS, 2019).

As relações ilícitas do descendente com a madrasta ou com o padrasto, ou ainda do ascendente com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou da neta, tratam de hipóteses em que há desrespeito ao núcleo familiar com as investidas ilimitadas de conteúdo sexual, sendo o incesto sem dúvida a mais comum (FARIAS; ROSENVALD, 2017). Por último, o desamparado em alienação mental ou em grave enfermidade, aponta a ausência de sentimento de solidariedade humana em uma fase difícil da vida do testador, de violação a sua dignidade.

Nota-se, que os citados artigos não fazem referência ao cônjuge. Consoante Lôbo (2020b), o cônjuge e o companheiro estariam apenas sujeitos à indignidade sucessória, sob o fundamento do dispositivo ser *numerus clausus*, devendo ser interpretado restritivamente por se tratar de cerceamento do direito de herdar. Entendimento contrário ao de Dias (2019), que afirma que apesar de o rol não citar o cônjuge ou companheiro não estariam imunes a deserdação, pois estes não poderiam se beneficiar do patrimônio do testador, caso tenha praticado uma das causas, pelo princípio da isonomia.

O rol de causa para deserdação é dito como taxativo (*numerus clausus*) por Tartuce (2020b), Lôbo (2020b), e Gagliano e Pamplona Filho (2020b) por se tratar de cerceamento do direito de herdar. Entendimento criticado por Dias (2019, p. 436):

Não se pode ignorar o **conteúdo ético** do instituto da deserdação. [...] Ainda que alguém possa ser reconhecido como herdeiro necessário, nem por isso têm a liberdade de agir de modo a afrontar a quem deve respeito. Além de limitadas as hipóteses legais – restrição para lá de descabida –, o afastamento do herdeiro depende da chancela do juiz, quem cabe reconhecer se a exclusão do herdeiro se justifica ou não.

Corroborasse com Dias (2019), a deserdação deverá ser chancelada pelo juízo competente, logo, serão observados todos os meios de provas para verificar se o instituo pode ser aplicado, contudo a limitação do rol e a sua taxatividade pode impedir que certos fatos possam ser levados em consideração, já que podem ocorrer muitas situações de desafeto não previstas na lei entre o *de cuius* e por aqueles considerados herdeiros necessários.

4 ABANDONO AFETIVO

De acordo com Silva e Cunha (2016), o Abandono Afetivo tem por conceito o abandono aos filhos por parte do pai, da mãe ou até mesmo de ambos. A família tem por base a afetividade, e isso está abordado na nova visão do Direito Civil, visto que não se trata mais apenas de laços de sangue biológico. O Afeto é a expressão dos nossos sentimentos e emoções, amor e carinho que se tem pelos entes queridos e pessoas próximas. Logo, o abandono afetivo na filiação, aborda a falta do afeto na estrutura familiar contemporânea, considerando que esse é elemento formador do vínculo familiar.

De acordo com Freitas (2017), o abandono afetivo, deste modo, revela-se com a atitude omissiva do genitor no cumprimento do rol de deveres, estes de ordem moral, advindos do poder familiar, garantidos no artigo 1566 do CC, destacando-se a criação, educação, e de forma implícita, atenção, o carinho, orientação aos filhos,

educação e assistências morais e, ainda, materiais. Já Santos (2015, p. 220), faz uma observação interessante sobre o abandono afetivo:

O abandono é a ausência da presença. Como regra, é o homem que deixa de dar atenção ao filho. Seja no casamento frustrado pelo divórcio em que ele deixa o lar conjugal, seja com a existência de filho com a parceira ou convivente e ocorre a ruptura da vida em comum, o homem sai de casa, por vezes cumpre a obrigação de pagar a pensão alimentícia e desaparece. Os filhos nunca mais o veem ou tal ocorre de forma espaçada, demorada, de tal arte que ficam se na proteção e agasalho da referência paterna. Por descuido, desleixo ou raiva porque ocorreu a separação, o pai se afasta gradativamente até a ausência completa e total.

De acordo com Machado (2012), com a chegada da CRFB, a família passou a ser locus de realização existencial dos seus membros, devido o afeto passar a ser essencial nas relações desenvolvidas entre pais e filhos. Nesse contexto, fica claro que o que define a relação paterno-filial não é apenas a origem biológica, mas também, e principalmente, a relação afetiva desenvolvida entre o pai e o filho, uma vez que:

Para a criança, sua simples origem fisiológica não a leva a ter vínculo com seus pais; a figura dos pais, para ela, são aqueles com que ela tem relações de sentimento, aqueles que se entregam ao seu bem, satisfazendo suas necessidades de carinho, alimentação, cuidado e atenção (NOGUEIRA, 2001, p. 86).

Segundo Pereira (2008), "o ser humano precisa ser cuidado para atingir sua plenitude, para que possa superar obstáculos e dificuldades da vida humana". E ainda faz o alerta que muitas vezes as atitudes de "não cuidado" podem vir a desenvolver sentimento de perda, vulnerabilidade e impotência.

Percebe-se, assim, que o prejuízo ocasionado ao menor pela omissão de afeto não é somente físico, mas também psicológico, acarretando, portanto, à criança ou ao adolescente traumas e distúrbios psicológicos. Dias (2020, p. 141), pondera sobre isso da seguinte forma:

A falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, pode gerar severas sequelas psicológicas e comprometer seu desenvolvimento saudável. A omissão do genitor em cumprir os encargos decorrentes do

poder familiar, deixando de atender ao dever de ter o filho em sua companhia, produz danos emocionais merecedores de reparação.

A atual tendência mostra-se cada vez mais favorável a aplicação do afeto, amor e respeito mútuos entre os membros de uma entidade familiar. Constatação esta que traz benefícios a filiação, dado que, filhos amados igualmente, são capazes de praticarem atitudes mais solidárias, generosas e caridosas, constituindo assim, uma nova sociedade, baseada em princípios sólidos, defendidos pelo Direito.

4.1 Consequências no ambiente familiar

De acordo com Sérgio (2019), em relação as consequências do abandono afetivo, deve-se ressaltar que a falta de convívio dos pais com os filhos, em face do rompimento do elo de afetividade, podendo gerar severas sequelas psicológicas e comprometer o desenvolvimento saudável da filiação.

É imensamente difícil materializar os danos do abandono afetivo, visto que é permeado de subjetividade. A questão de “compensar” o abandono afetivo é polêmica e dividem diversas opiniões, é algo delicado e deve ser analisado com cautela.

Mas Neto Pimentel (2019), afirma que as principais consequências são a ruptura das relações pessoais e da ligação de afeto, além do sofrimento, da sensação de abandono e do desprezo, que podem resultar em problemas comportamentais e extravasar às relações sociais e amorosas posteriormente, podendo alcançar inclusive os pais.

De acordo com Silva e Abud (2019), há teorias psicológicas e pesquisas científicas afirmam e fundamentam o papel da família no desenvolvimento da personalidade infantil, sendo a adolescência a fase mais conturbada no ciclo da vida. A adolescência é uma fase essencial, de descobertas, mudanças, desafios, provações. Sem a família ao lado, o adolescente se sente fragilizado, sem o apoio que necessita.

E Silva e Abud (2019), ressaltam ainda que esse vazio ocasionado pela ausência do pai faz com as crianças/adolescentes não se sintam amados e em consonância com isso, esses sentimentos de ausência, abandono, vão se materializando em sentimentos de rejeição e menosprezo, influenciando negativamente em relacionamentos futuros com outras pessoas.

Uma relação familiar adequada necessita estar pautada na afetividade, a fim de garantir o pleno desenvolvimento de vida e da personalidade de cada indivíduo envolvido em um núcleo familiar. A falta deste convívio saudável implica em

consequências drásticas em todas as esferas do ser humano, ocasionando problemas psicológicos e até mesmo físicos.

4.2 Afeto como Valor Jurídico

O afeto desempenha uma importante função no meio familiar, estabelecendo um bom convívio e influenciando de forma positiva na formação da personalidade de uma pessoa. Assim, entende-se, que onde há afeto, há cuidado, carinho e um bom convívio familiar.

Schimidt (2014, p. 220), expõe a importância do afeto:

A relevância do afeto no ambiente familiar está na busca do desenvolvimento digno e saudável de seus membros. O afeto é o sentimento próprio à vida dos seres humanos, é a troca recíproca entre os sujeitos de cuidados e de atenção. A afetividade é a liberdade de um indivíduo afeiçãoar-se a outro. O afeto constitui, pois, um direito individual: uma liberdade, que o Estado deve assegurar, sem discriminações.

Para Pereira (2018), o afeto, no campo jurídico, é uma conduta e não só um sentimento e que apesar de não se poder obrigar ninguém a amar outros na relação parental exige-se comprometimento e seriedade, por isso ele está na categoria dos deveres que podem ser reivindicados como regra jurídica.

Com o advento da CRFB a dignidade da pessoa humana foi elevada a fundamento, logo, a ordem jurídica deve focar na pessoa e não no patrimônio. E é na família, onde a pessoa tem o maior desenvolvimento de sua formação, então, a família passou a ser menos patrimonializada passando a ser um local de afeto, nesse momento esse tornou-se um valor jurídico (BRASIL, 1988; PEREIRA 2018; SCHIMIDT, 2014).

Dias (2020), manifesta que as palavras afeto e afetividade podem não constar na CRFB, contudo a afetividade como princípio é reconhecido em decorrência dos demais princípios constitucionais explícitos como a dignidade da pessoa humana e solidariedade, respectivamente art. 1º, inciso III e art. 3º, inciso I todos da CRFB.

O afeto pode ser indicado como a base nas relações familiares, contudo, apesar de indispensável, não se pode impô-lo, mas a forma como é exteriorizado o afeto (afetividade) no mundo dos fatos sim, é o dever de cuidado, de proteção, de assistência (CALDERÓN, 2017).

Percebe-se a relevância que o afeto tem nas relações familiares, Pereira (2018, p. 97), explicita que “O afeto ganhou tamanha importância no ordenamento jurídico brasileiro que recebeu força normativa, tornando-se o princípio da afetividade o balizador de todas as relações jurídicas da família”. Assim, por ter essa receptividade deve ser levado em consideração nos litígios que envolvem as relações familiares.

A falta de afeto pode ferir a dignidade da pessoa, assim, litígios que de alguma forma abordam as relações familiares precisam considerar o princípio da afetividade. O Direito das Sucessões, que usa as relações de parentesco como ordem de vocação hereditária, para beneficiar àqueles parentes mais próximos do *de cujus* é um exemplo de ramo que poderia empregar tal princípio.

Nesse sentido, Welter (2009 apud DIAS, 2019, p. 418):

[...] o ser humano é um ser tridimensional: um ser genético, afetivo e ontológico, pois tem compreensão de percepção de si. Assim, para herdar, não basta provar a **legitimidade biológica parental**, a vida conjugal ou convencional. As causas de exclusão da capacidade sucessória – tanto na indignidade como na deserção – nomeadas no Código Civil, são meramente **exemplificativos**. Alcançam mais **motivos** do que ilícitos penais e civis, incluindo a ausência de afetividade, de convivência, de cuidado, de esperança, de presença, de compartilhamento da vida com todos os membros das famílias, essencialmente com o autor da herança, pois é retirado dele, além da condição humana tridimensional, a própria dignidade.

Logo, para receber a herança os herdeiros teriam que ter compartilhado com autor da herança a afetividade, sendo que, aquela tem como objetivo essencial manter e promover aqueles que presumidamente tinham ligações de afeto com o autor da herança.

O afeto é imperativo ao Direito das Famílias, na medida em que, é peça que a identifica, e a ordem constitucional ao colocar a dignidade da pessoa humana como fundamento afirmou a pessoa como centro das relações sócias e jurídicas, logo, o afeto goza de valor jurídico.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como objetivo investigar a possibilidade ou impossibilidade de incidência da exclusão sucessória, por indignidade e/ou deserção, em decorrência do abandono afetivo.

Como examinado no estudo, a família tem uma grande influência na personalidade de um indivíduo e passou a ter a proteção do Estado devendo-se, assim, seguir seus princípios fundamentais.

Mostrou-se, aqui que o rol que trata sobre a exclusão do herdeiro da sucessão, por indignidade ou deserção, é defendido como taxativo. Ou seja, os herdeiros só poderiam ser excluídos pelo autor da herança pelos motivos que estão elencados na lei, ademais, deverá ter ainda decisão judicial para a exclusão ter efeito.

Entende-se que o legislador poderia incluir outros casos que motivem a exclusão sucessória. Casos estes que poderiam violar os princípios da afetividade, da solidariedade e da dignidade da pessoa humana, que regem as famílias e o próprio Estado Democrático de Direito.

Presume-se que a família é local de afeto e que seus componentes o exteriorizam, contudo pode existir o desafeto, pode ocorrer de um componente abandonar afetivamente o outro, assim, não se mostra compreensível beneficiar aquele que voluntariamente negou afeto ao autor da herança (abandono afetivo), somente por tal hipótese de exclusão não estar prevista no CC, até mesmo por não ser possível desconsiderar princípios que regem o Estado por interesses patrimoniais.

Logo, em face da taxatividade das exclusões sucessórias, especialmente, diante da exclusão por deserção, devido essa dar maior liberdade ao próprio *de cujus* excluir da sucessão os herdeiros necessários, pode-se dizer que tais institutos carecem de reformas, a fim de se adequarem as normas fundamentais expressas na CRFB e aos princípios que norteiam o Direito das Famílias.

Assim, o autor da herança teria a possibilidade de excluir os herdeiros necessários que lhe negaram afeto voluntariamente, pois se deve reпреnder a luz da ordem jurídica vigente aqueles que descumpriram seus deveres e não agiu conforme os princípios basilares de uma relação familiar adequada.

Conclui-se, que o Direito Sucessório, enquanto não houver mudança legislativa, deve considerar o princípio da afetividade, para dirimir conflitos que podem ocorrer no emprego dos institutos da indignidade e deserção, visto que esse está amparado pela dignidade da pessoa humana, assim serão respeitados os direitos e garantias constitucionais a todos os envolvidos durante o processo de sucessão. Deve-se considerar, por conseguinte, que reformas são indispensáveis, a fim de suprir lacunas que se encontram no CC.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL.[Constituição (1988)] **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.
Acesso em: 3 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui Código Penal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em:
18 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 27 out. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Justiça. **Recurso Especial 1.125.510/RS**. Recurso Especial - ação de cobrança promovida em face do espólio do *de cujus* - extinção do processo sem julgamento de mérito, pelas instâncias ordinárias, em face da ilegitimidade passiva *ad causam* - reforma - necessidade - espólio - legitimidade *ad causam* para demandar e ser demandado em todas aquelas ações em que o de cujus integraria o pólo ativo ou passivo da demanda, se vivo fosse (salvo, expressa disposição legal em contrário - precedente) - Recurso Especial Provido. Recorrente: Banco do Estado do Rio Grande do Sul S/A – BANRISUL, Recorrido: Carlos Roberto Hermel Costa – Espólio, Relator: Min. Massami Uyeda, 6 de outubro de 2011. Disponível em:
https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1094659&num_registro=200901315880&data=20111019&formato=P
DF. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 898060/SC**. Recurso Extraordinário. Repercussão geral reconhecida. Direito Civil e Constitucional. Conflito entre paternidades socioafetiva e biológica. Paradigma do casamento. Superação pela Constituição de 1988. Eixo central do direito de família: deslocamento para o plano constitucional. Sobreprincípio da dignidade humana (art. 1º, III, da CRFB). Superação de óbices legais ao pleno desenvolvimento das famílias. Direito à busca da felicidade. princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico - político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Atipicidade constitucional do conceito de entidades familiares. União estável (art. 226, § 3º, CRFB) e família monoparental (art. 226, § 4º, CRFB). Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Necessidade de tutela jurídica ampla. Multiplicidade de vínculos parentais. reconhecimento concomitante. Possibilidade. Pluriparentalidade.

Princípio da paternidade responsável (art 226, § 7º, CRFB). Recurso a que se nega provimento. Fixação de tese para aplicação a casos semelhantes. Relator: Min. Luiz Fux, 21 de setembro de 2016. Disponível em:

redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919. Acesso em: 17 out. 2020.

CALDERÓN, Ricardo. **Princípio da Afetividade no Direito de Família**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977153/>. Acesso em: 19 ago. 2020

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Sucessões**. 6. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 13. ed. rev. atual. e aum. Salvador: JusPodivm, 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 9. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016. v. 6.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Sucessões**. 3. ed. rev. atual. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017. v. 7.

FREITAS, Lays. Abandono Afetivo: Consequências, responsabilização e análises jurisprudenciais. **JUS**, [S.], nov. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62387/abandono-afetivo-consequencias-responsabilizacao-e-analises-jurisprudenciais/3>. Acesso em: 9 nov. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020b. v. 7. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617821/>. Acesso em: 11 set. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito de Família**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020a. v. 6. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617807/>. Acesso em: 10 set. 2020.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020a. v. 7.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 6. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020b. v. 6.

LÔBO, Paulo. Princípio da solidariedade familiar. **Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões**, [S.], p. 144-159, 2007. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/78.pdf. Acesso em: 18 out. 2020.

MACHADO, Gabriela Soares Linhares. Análise doutrinária e jurisprudencial acerca do abandono afetivo na filiação e sua reparação. **IBDFAM**, Belo Horizonte, 30 set. 2012. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/861/An%C3%A1lise+doutrin%C3%A1ria+e+jurisprudencial+acerca+do+abandono+afetivo+na+filia%C3%A7%C3%A3o+e+sua+repara%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 9 nov. 2020.

NOGUEIRA, Jacqueline Filgueras. **A filiação que se constrói: o reconhecimento jurídico do afeto como valor jurídico**. São Paulo: Memória Jurídica Editora, 2001.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Famílias e Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book*.

PEREIRA, Tânia da Silva. Abrigo e alternativas de acolhimento familiar. *In*: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O cuidado como valor jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIMENTEL NETO, Jonas. As causas do abandono afetivo parental, suas consequências e o dever de indenizar. **RD News**, Cuiabá, 5 jul. 2019. Disponível em: <https://www.rdnews.com.br/artigos/conteudos/114850>. Acesso em: 9 nov. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal Justiça (26. Câmara Cível). **Apelação 0000577-94.2017.8.19.0060**. Apelação cível. Ação de deserdação. Necessidade de propositura de ação própria, não sendo suficiente a mera declaração em testamento. Sentença de improcedência. Apelo da autora. Nulidades apontadas que não se vislumbram. Inexistência de justificativa para a deserdação. Relator: Des(a). Wilson do Nascimento Reis, 30 de junho de 2020. Disponível em: <http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ImpressaoConsJuris.aspx?CodDoc=4163431&PageSeq=0> Acesso em: 17 nov. 2020.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano moral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHIMIDT, Shauma Schiavo. A Legitimidade do Afeto no Estado Democrático de Direito. **Revista Em Tempo**, [S.], v. 13, p. 218-230, dez. 2014. ISSN 1984-7858.

Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/512>. Acesso em: 18 nov. 2020.

SERGIO, Caroline Ribas. O abandono afetivo e suas consequências no âmbito jurídico. **Direito Net**, [S. l], 19 abr. 2019. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10725/O-abandono-afetivo-e-suas-consequencias-no-ambito-juridico>. Acesso em: 8 nov. 2020.

SILVA, André Luís Mattos; CUNHA, Ana Carolina Tonon da. Abandono afetivo. **Jus**, [S. l], nov. 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53480/abandono-afetivo>. Acesso em: 8 nov. 2020.

SILVA, Daniele Minski da; ABUD, Samya. O abandono afetivo e suas consequências jurídicas. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5768, 17 abr. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73336>. Acesso em: 9 nov. 2020.

SOBRAL, Mariana Andrade. Princípios constitucionais e as relações jurídicas familiares. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, 1 out. 2010. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-81/principios-constitucionais-e-as-relacoes-juridicas-familiares/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020b. v. 6. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989408/>. Acesso em: 18 nov. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2020a. v. 5. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989408/>. Acesso em: 25 out. 2020.

A POLÍCIA COMUNITÁRIA E AS RELAÇÕES ENTRE POLÍCIA E SOCIEDADE

RENATO RAFAEL DE BRITO FELL: Bacharel em Direito, Bacharel em Ciências Militares, Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal, Pós-graduado em Direito Militar, Pós-graduado em Maçonologia, Historia e Filosofia, MBA em Gestão e Inteligência de Segurança Pública, MBA em Segurança e Defesa Cibernética, Oficial do Quadro Oficiais de Estado Maior da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

RESUMO: A presente obra trata dos aspectos da Polícia Comunitária e das possíveis dificuldades para sua implementação e sucesso na promoção da segurança pública, muitas vezes trazidas pela falta de confiança e aproximação pacífica e cooperativa entre polícia e sociedade. A pesquisa é do tipo bibliográfica, qualitativa, analítica e descritiva. Foi realizada por meio de mecanismo eletrônicos e ferramentas de busca, diretamente em repositórios de publicações acadêmicas, periódicos especializados e bibliotecas eletrônicas de órgãos governamentais. A questão norteadora da pesquisa que resultou no presente artigo foi à resistência na relação entre polícia e sociedade que dificulta a efetivação do Policiamento Comunitário. A partir deste impasse, o objetivo geral do estudo foi apresentar que há conflitos entre polícia e sociedade que obstam a efetivação da Polícia Comunitária. Partiu-se da hipótese de que existem certas resistências de parte da sociedade com relação à polícia, ainda vista por uma parcela da população como ameaça, como violenta, agressiva e repressiva. A hipótese foi confirmada, pois diferentes experiências de implantação da Polícia Comunitária se depararam com a desaceitação de parte das comunidades em ver na polícia uma parceira na construção da segurança pública. Constatou-se que tal distanciamento e dificuldade de aproximação pacífica e cooperativa é fruto de uma construção histórica e cultural, que justamente a filosofia da Polícia Comunitária é capaz de mudar.

Palavras-chave: Polícia. Segurança. Comunidade. Sociedade.

ABSTRACT: This article deals with the Community Police and the possible difficulties for its implementation and success in promoting public security, brought about by the lack of trust and peaceful and cooperative proximity between police and society. The research is bibliographic, qualitative, analytical and descriptive. It was carried out through electronic mechanisms and search tools directly in repositories of academic publications, specialized journals and electronic libraries of government agencies. The guiding question of the research that resulted in this article was: is there any kind

of resistance in the relationship between the police that makes it difficult to implement the Community Police? From this question, the general objective of the article was demonstrated if there are conflicts between society that hinder the implementation of the Community Police and, if there were, point them out. We started from the hypothesis that there are certain resistances on the part of society in relation to the police, still seen by a part of the population as a threat, as violent, aggressive and repressive. The hypothesis was confirmed, since different experiences with the implementation of the Community Police faced the resistance of part of the communities to see the police as a partner in the construction of public security. It was found that such distance and the need for a peaceful and cooperative approach is the result of a historical and cultural construction, which precisely the philosophy of the Community Police is capable of changing.

Keywords: Police. Community Safety. Society.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A POLÍCIA COMUNITÁRIA E A RELAÇÃO POLÍCIA/SOCIEDADE. 3. MATERIAIS E MÉTODOS. 4. DISCUSSÃO. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

A segurança pública é um dos temas mais discutidos, preocupantes e importantes no Brasil. Este assunto permeia todas as áreas da sociedade, desde os meios acadêmicos e políticos até os mais descontraídos encontros sociais, além de ser um tema de recorrência diária na mídia em geral.

A violência é uma das chagas da nossa sociedade, causa medo na população, cerceia a liberdade dos cidadãos, causa prejuízo e sofrimento. Por isso, no âmbito dos órgãos de segurança pública e especificamente da Polícia Militar, o trabalho é incessante para promover segurança à sociedade, mesmo porque esta é a razão de existir destes entes públicos. E na busca de alternativas mais modernas e humanizadas, que sirvam de coadjuvantes ou mesmo de substitutas das práticas ostensivas e repressivas da criminalidade, principalmente como prevenção, têm surgido diversas e diversificadas iniciativas. Uma destas iniciativas, foco deste estudo, é a Polícia Comunitária, que tem sólida base filosófica e sociológica, ao propor a construção compartilhada de segurança pública.

Justamente neste cenário revela-se a importância da filosofia de Polícia Comunitária, qual seja a inflexão organizacional na construção da segurança por meio da gestão compartilhada a partir da interação com a comunidade e entre os diferentes órgãos de segurança e demais políticas públicas que integram à rede de proteção da comunidade. Com efeito, o que se

defende é a produção compartilhada da segurança pública entre os diversos atores envolvidos. (BRASIL; SNSP, 2013, p. 7).

Portanto, é certo que de um lado a sociedade clama por segurança e necessita dela e, de outro, a Polícia Militar procura se reinventar, evoluir, criar alternativas para promover a segurança que a sociedade precisa, inclusive abrindo espaço e chamando a participação social para a construção conjunta da tão almeja e necessária paz social e segurança pública.

No entanto, parece haver uma espécie de resistência na relação entre estes dois atores sociais, é o que se pretende investigar e analisar neste artigo. Ainda que haja a necessidade de segurança de um lado e, do outro, a iniciativa para suprir esta necessidade, objetivos que parecem convergir para o mesmo ponto, se houver conflito na relação entre polícia e sociedade, este deve ser reconhecido e solucionado antes de qualquer outro. Sob pena de não se alcançar a tão sonhada paz social e a segurança pública, com prejuízos para os dois lados.

A questão norteadora da pesquisa que resultou no presente artigo foi à existência de algum tipo de resistência na relação entre polícia e sociedade que dificulta a implementação da Polícia Comunitária. A partir desta questão o objetivo desta obra é demonstrar se há conflitos entre polícia e sociedade que dificultam a implementação da Polícia Comunitária e, se houver, apontá-los.

Partiu-se da hipótese de que existem certas resistências de parte da sociedade com relação à polícia, ainda vista por uma parcela da população como ameaça, como violenta, agressiva e repressiva. Para comprovar ou refutar esta hipótese, satisfazendo assim a questão norteadora e o objetivo da pesquisa, empreendeu-se uma pesquisa bibliográfica.

Este artigo é resultado de pesquisa bibliográfica e documental e apresenta um tópico de fundamentação teórica, que traz conceitos e opiniões de especialistas e estudiosos de segurança pública sobre a Polícia Comunitária e a relação polícia/sociedade. Apresenta referências de algumas produções acadêmicas e publicações recentes acerca desta relação, buscando uma visão multidisciplinar. Em outro tópico descreve-se a metodologia da pesquisa e em seguida os resultados são discutidos e analisados e as considerações finais concluem o texto.

2. A POLÍCIA COMUNITÁRIA E A RELAÇÃO POLÍCIA/SOCIEDADE

Antes de qualquer coisa, é importante conceituar Polícia Comunitária, tomando como base as diretrizes mais recentes do Ministério da Justiça. De acordo com Brasil (2019), anexo à Portaria nº 43, do Ministério da Justiça e Segurança

Pública, de 12 de maio de 2019, que institui a Diretriz Nacional de Polícia Comunitária e cria o Sistema Nacional de Polícia Comunitária,

Polícia Comunitária é uma filosofia e uma estratégia organizacional que proporciona uma nova parceria entre a população e a polícia. Tal parceria baseia-se na premissa de que tanto a polícia quanto a comunidade devem trabalhar juntas para identificar, priorizar e resolver problemas contemporâneos, tais como crime, drogas, medo do crime, desordens físicas e morais, e, em geral, a decadência do bairro, com o objetivo de melhorar a qualidade geral de vida da área. (BRASIL, 2019, p. 13; *apud* CERQUEIRA, 2001; TROJANOWICZ; BUCQUEROUX, 1994).

O documento explica que, no entanto, não há uma conceituação exclusiva de Polícia Comunitária no Brasil, mas adota a ideia de Robert Peel (1829), de que “a polícia é o povo e o povo é a polícia”, ou seja, o policial é antes de tudo parte do povo e o povo deve fazer parte da polícia, no sentido de ajudar na construção e manutenção de um ambiente social seguro. A partir deste ponto de vista, o documento coloca a Polícia Comunitária como uma iniciativa que visa a parceria entre população e polícia (BRASIL, 2019, p. 12-13).

Ao se buscar um conceito para compreender Polícia Comunitária, importa saber que não se trata de uma operação da polícia, não é uma divisão da polícia, não é mais uma iniciativa pontual de ação, pode englobar todas estas ideias, mas é mais profunda e abrangente do que isso, trata-se de uma proposta de adoção de uma filosofia de polícia, de segurança pública e de comunidade e da transformação da cultura organizacional da própria polícia como instituição. Nesta filosofia, a segurança pública é vista como uma questão sistêmica, que, por isso, não pode ser alcançada apenas pelo trabalho isolado de uma instituição, mas requer um trabalho de construção contínua de todo o sistema social, envolvendo todos os atores, inclusive cada cidadão e cada cidadã (BRASIL, 2019, p. 13-17). O que requer, portanto, a aproximação da sociedade com a instituição Polícia.

Partindo do princípio de que a Polícia faz este movimento de adoção de uma nova filosofia e cultura, que se propõe a adotar práticas diferenciadas, a capacitar recursos humanos para multiplicar a Polícia Comunitária, a trazer a sociedade para uma parceria na construção da segurança pública, pressupõe-se que antes não era assim, que havia um posicionamento diferente da polícia em relação ao seu papel frente à sociedade e à segurança pública.

Quanto a isso, Pinheiro (2013), em um artigo que resultou de quatro anos de pesquisa, aponta que

Na sociedade brasileira, compreender o papel delegado aos policiais como “mediadores de conflito” pressupõe duas dificuldades: a primeira, diz respeito à possibilidade de superar o legado de violência ditatorial, incorporado na formação policial; a segunda, diretamente relacionada à primeira, é que as práticas sociais, como uma construção coletiva, estão relacionadas aos valores culturais e sentimentos cognitivos compartilhados no interior dos grupos sociais (PINHEIRO, 2013, p. 324).

A aproximação entre polícia e sociedade na construção da Polícia comunitária pode enfrentar duas dificuldades, as transformações na polícia e as mudanças necessárias na cultura da sociedade. Do lado da polícia, o autor sugere que

[...] os dilemas entre “velhas práticas” e “novas práticas” policiais permitem questionar a constituição de uma “nova polícia” que, no plano da apresentação, pretende cumprir com as determinações do direito facultado aos cidadãos, mas, na prática pode recorrer à violência física ou simbólica na solução dos conflitos sociais. Ao invés dos acordos formais, observamos que, geralmente, em casos de abordagens a grupos ou indivíduos a violência não comedida torna-se, na maioria das vezes, a máxima de um poder, onde os métodos não convencionais são regra e não exceção. Essa lógica tem comprometido as expectativas do processo civilizador que pressupõe o respeito e a obediência aos códigos formais dos princípios estabelecidos pelo estado democrático de direito. (PINHEIRO, 2013, p. 324).

O autor considera um processo de transição de uma “velha prática” policial para uma “nova prática” policial, que enfrenta seus percalços e retrocessos no exercício diário da função, tornando as propostas de métodos não convencionais, onde se poderia colocar a Polícia Comunitária, ainda como uma exceção e não como a regra. Do mesmo modo, a necessária transformação dos valores e da cultura social em relação à polícia, à vida comunitária e à segurança pública também é um processo, ainda mais complexo e difícil, com avanços e retrocessos. Percebe-se a necessidade de transformação e as dificuldades de ambos os lados, justamente com

o propósito de deixarem de ser lados diferentes e até opostos, como propõe a filosofia da Polícia Comunitária.

Ao final da sua pesquisa, Pinheiro (2013, p. 346) concluiu que “A análise das denúncias apresentadas à Corregedoria revela que, para algumas pessoas abordadas nas ruas, ainda existe um sentimento de medo em se tornarem vítimas de agressão por parte de policiais que, sob o ponto de vista legal e legítimo, deveriam prestar segurança ao cidadão”.

Buscando regressar um pouco no tempo para tentar compreender a relação entre polícia e sociedade, retoma-se a pesquisa realizada entre 1985 e 1988, na comunidade Morro da Cruz, em Porto Alegre, cuja população era entre 35 e 40 mil habitantes. Shirley (1997) relata que naquele período, e por quase duas décadas, a comunidade era controlada por uma gangue que se dedicava ao tráfico de drogas, mas que a hostilidade para com a polícia era geral, também por parte dos moradores que não tinham envolvimento com atividades criminosas. “O inimigo comum da comunidade é a polícia. Em três anos, entrevistamos centenas de pessoas e nenhuma tinha uma boa impressão da polícia. Quase ninguém tinha uma palavra de conteúdo positivo quando a ela se referia” (SHIRLEY, 1997, p. 217).

As organizações policiais não protegem os cidadãos da classe média e abandonam os moradores pobres das favelas. A polícia trata a Vila como território hostil o que de certa forma é real e cujo resultado é um estado de guerra quase declarado entre a polícia e os moradores da Vila apesar do baixo número de mortes. Por não conhecer muito bem essa população, a polícia termina por tratar a todos como inimigos, em especial os jovens negros e pobres. [...] É bom lembrar, no entanto, que a polícia entra regularmente na Vila não a serviço mas como moradores. Como muitos dos policiais são oriundos dos estratos inferiores da sociedade, terminam por ter que morar na comunidade. É comum ver homens vestidos de uniforme cinza pelas redondezas. Se estão fora de serviço são tratados como amigos, vizinhos ou membros da comunidade. Um jovem membro da Divisão de Tráfego da cidade nos contou que raramente fechava as portas de sua casa pois como havia crescido no meio de bandidos sentia-se protegido de qualquer agressão. Embora sejam vistos pela comunidade como perigosos e corruptos, muitos policiais da Delegacia local são conhecidos das gangues podendo ser amigos ou não. [...] A hostilidade com relação à polícia enquanto instituição cria

barreiras psicológicas que impedem a busca de apoio fora da comunidade. (SHIRLEY, 1997, p. 218-219).

Este aspecto que a pesquisa apresenta mostra que a hostilidade que foi percebida na comunidade parece que era dirigida à “instituição polícia” e não contra o trabalhador, contra a pessoa do policial, já que muitos moravam no Morro da Cruz e quando não estavam de serviço eram respeitados e conviviam em paz. Além disso, mostra que as barreiras existentes entre polícia e sociedade têm um histórico, um contexto bem específico e são também de caráter psicológico.

A título de enriquecer a abordagem e análise do tema, vale considerar uma experiência oposta, colocada em outro contexto completamente diferente e distante no tempo, geograficamente e socialmente. Trata-se do trabalho de implantação da Polícia Comunitário do bairro de Copacabana, no Rio de Janeiro.

Segundo Monteiro (2005, p. 140-150), o modelo de patrulha comunitária de Copacabana foi implantado em setembro de 1994 e durou até julho de 1995. O modelo de resolução de conflitos foi inspirado na experiência da cidade de Nova York e seguiu seus os mesmos manuais. No entanto, no caso de Copacabana, a Polícia Militar enfrentou alguns desafios, como a resistência interna da própria corporação e a desconfiança externa, da sociedade, principalmente por ter se dado em um cenário de crise, com desgaste da imagem da polícia, autoritarismo, violência crescente e sensação de insegurança por parte da população. O modelo de policiamento comunitário de Copacabana previa a criação de parcerias entre polícia e comunidade, mas as dificuldades para efetivar estas parcerias e a participação da comunidade entre outros fatores levaram ao enfraquecimento do projeto. Ainda que o esforço de alguns policiais levassem resultados em parcerias concretas e tivessem colaborado para a diminuição da desconfiança da população, isto não significou participação da comunidade.

Mais uma vez se faz presente a resistência e dificuldade de aproximação e da construção de uma relação de confiança e parceria entre polícia e parte das comunidades. O corpo social, sendo uma “classe” maior e mais complexa do que a corporação policial, torna-se mais difícil de mudar sua concepção, visão, imaginário, representação e proceder.

Apontada, portanto, a possibilidade de que uma parcela da sociedade ainda mantém uma visão da polícia como ameaçadora, perigosa, violenta, cabe assinalar a visão do problema a partir da perspectiva dos policiais.

Ao analisar a perspectiva dos coronéis sobre a Polícia Comunitária, em pesquisa realizada com militares do estado de São Paulo, Mesquita Neto (2004, p.106) explica que, na visão dos coronéis entrevistados, os crimes que mais causam

insegurança na população são os crimes violentos, como latrocínio, homicídio, roubo praticado com arma de fogo. Ao serem questionados sobre as causas destes crimes, os coronéis apontaram em primeiro lugar os problemas sociais, econômicos, culturais, principalmente a falta de Políticas Públicas nas áreas de educação, emprego e renda. Dois coronéis apontaram a desestruturação familiar, o egoísmo e o consumismo, potencializados pela ação das mídias, pela fragilidade das leis e pela impunidade. De um grupo de sete coronéis questionados sobre as causas da criminalidade, quatro deles fizeram referências explícitas a problemas relacionados à atuação da polícia. Um deles apontou o distanciamento entre polícia e sociedade; outro, a sub notificação de crimes; outro, o desaparecimento da polícia; outro, a corrupção no sistema de segurança pública e na justiça criminal. Um dos coronéis apontou a falta de integração entre o governo federal, os governos estaduais e municipais e também a demagogia e a ideologia, na sociedade e no governo, como obstáculos para as políticas públicas para a diminuição da criminalidade e melhoria da segurança pública.

Ao serem questionados sobre as medidas mais eficientes na prevenção dos crimes elencados por eles, os coronéis apontaram medidas na área de políticas públicas e segurança pública, conforme as causas da criminalidade e violência que haviam sugerido anteriormente. “Dois coronéis fazem referência explícita ao policiamento comunitário e “na visão do conjunto dos coronéis, deve haver maior integração das ações governamentais entre a União, os estados e os municípios, tanto na área das políticas econômicas, sociais e culturais quanto na área das políticas de segurança pública e das políticas criminais e penitenciárias” (MESQUITA NETO, 2004, p. 107).

Ao serem questionados especificamente sobre a integração da polícia com a comunidade, os coronéis reconhecem que no policiamento é uma das atividades necessária para a prevenção de crimes, mas isoladamente tem efeitos limitados sobre a segurança pública e contribui melhor quanto há integração com a comunidade “no desenvolvimento de programas de prevenção da criminalidade e gestão local da segurança pública” e apontaram os motivos da eficácia do policiamento comunitário na prevenção de crimes.

As razões pelas quais o policiamento comunitário é considerado eficaz na prevenção do crime são variadas na visão dos coronéis. Primeiro, o policiamento comunitário é um tipo de policiamento voltado para a prevenção criminal, e não apenas para o atendimento de ocorrências e investigação criminal. Segundo, o policiamento comunitário promove a integração dos esforços da polícia e da comunidade na tentativa de eliminar as causas da violência. Terceiro, o

policiamento comunitário integra a polícia e a comunidade na definição de prioridades em relação à prevenção criminal e permite a adequação da atuação da polícia às necessidades da comunidade. Quarto, o policiamento comunitário, pela aproximação entre a polícia e a comunidade, é um tipo de policiamento que permite a melhor administração e resolução de conflitos e problemas na sua origem. Quinto, o policiamento comunitário, também pela aproximação entre a polícia e a comunidade, é um tipo de policiamento que a aumenta a segurança e a motivação dos policiais e dos membros da comunidade no enfrentamento da criminalidade. (MESQUITA NETO, 2004, p. 107).

Quanto à implantação da Polícia Comunitária, na visão dos coronéis, pode ser considerada implantada no Estado de São Paulo, mas enfatizam que precisa de ajustes e ainda não está consolidada, sendo necessária a difusão de informações sobre a filosofia da Polícia Comunitária, a formações e aperfeiçoamento profissional, formação de parcerias entre polícia e comunidade. Mas alguns coronéis opinaram que o modelo tradicional de polícia ainda prevalece, mesmo sob a roupagem de Polícia Comunitária. Os coronéis apontaram diversas dificuldades na implantação da Polícia Comunitária, entre elas a falta de apoio por parte de setores do governo, da sociedade e da própria polícia; a resistência de oficiais, praças da Polícia Militar e policiais civis, decorrentes da cultura tradicional da polícia e da crença de que o policiamento comunitário é um fenômeno passageiro; dificuldades de gestão, incluindo planejamento, execução, monitoramento e avaliação do processo de implantação; a rotatividade dos policiais; a pressa na implantação, muitas vezes por razões políticas; a diversidade de situações locais e as particularidades de cada comunidade; falta de adequada compreensão da importância da comunidade em matéria de segurança pública, tanto por parte da polícia e quanto por parte da comunidade. Mas apesar das dificuldades, os coronéis consideram que o processo de implantação do policiamento comunitário no Estado foi bem-sucedido, apontando como principais resultados a aproximação entre a Polícia Militar e a comunidade, a formação de parcerias, a redução da criminalidade e o aumento da sensação de segurança (MESQUITA NETO, 2004, p. 108-109).

O Coronel Carlos Alberto de Camargo relata que, em 1997, enquanto estava sentado no banco de um tranquilo bosque, com vista para o rio Arno, em Florença, na Itália, recebeu o convite para assumir o cargo de Comandante-Geral da Polícia Militar do estado de São Paulo. Foi aí que começou a trajetória da implantação da filosofia da Polícia Comunitária no estado e tão logo retornou ao Brasil, o Coronel apresentou e pôs em prática seu planejamento, que previa justamente chamar a

comunidade para o trabalho de criação do modelo de Polícia Comunitária (CAMARGO, 2015, p. 219).

A dificuldade inicial para a implantação do projeto em São Paulo foi exatamente explicar o que seria essa Polícia Comunitária. [...] As experiências já implantadas no Brasil, por sua vez, consistiam em criação de instalações físicas, aquisição de equipamentos, destinação de efetivos, ou careciam da forte vontade política. Fundamentalmente, eram criadas pela polícia e apresentadas à população, não contavam com a comunidade em sua elaboração tampouco se mostravam centradas na participação cidadã. Assim, foi complexo obter a colaboração da sociedade para a criação de algo que, até então, era pura abstração. [...] Também se mostrou difícil estimular a participação popular. Além de criar oportunidades, foi preciso uma grande capacidade de liderança por parte dos comandantes de unidades territoriais para motivar essa participação, de forma regular e intensa. (CAMARGO, 2015, p. 228).

Segundo Camargo (2015, p. 225-226), a experiência da Polícia Comunitária implantada em São Paulo fez a taxa de homicídios do Jardim Ângela, que na década de 1990 chegou a ser considerada a região mais violenta do mundo pela Organização das Nações Unidas, passar de 112 homicídios por 100 mil habitantes em 1995 para 15,7 homicídios por 100 mil habitantes em 2010.

Assim fica evidente, na opinião de vários especialistas e pesquisadores, de diferentes áreas do conhecimento, tanto da academia como da Polícia Militar, que há resistência em ambos os lados que dificulta a implantação e o sucesso da Polícia Comunitária.

3. MATERIAIS E MÉTODOS

Para responder à questão norteadora e cumprir com o objetivo da pesquisa foi empreendida uma revisão bibliográfica, em fontes primárias, legislação e em fontes secundárias, livros, artigos e publicações científicas, conforme explicam Marconi; Lakatos (2003, p.174).

A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de mecanismos eletrônicos e ferramentas de busca como Scientific Electronic Library Online (SciELO), diretamente em repositórios de publicações acadêmicas, periódicos especializados e bibliotecas eletrônicas de órgãos governamentais. A busca foi feita direta e pontualmente sobre o tema da pesquisa, buscando-se referências acerca das relações entre polícia e

sociedade e as implicações desta relação na implantação e desenvolvimento da Polícia Comunitária.

Os materiais encontrados foram selecionados primeiramente por meio de leitura superficial, de título e resumo, para determinar aqueles que versavam sobre a temática. Em um segundo momento, o material selecionado passou a ser lido na íntegra e por meio de fichamento foram organizadas as informações mais relevantes que posteriormente foram incorporadas no presente artigo.

Quanto ao método de abordagem, segue de acordo com a classificação do tipo de pesquisa. Trata-se, portanto, de uma pesquisa bibliográfica, de cunho qualitativo, analítico e descritivo, já que primou pela análise das informações, conceitos e teorias e pela descrição dos resultados e das considerações de tal análise. Foi utilizado o método dialético, confrontando diferentes estudos sobre o tema, com a finalidade de chegar a uma síntese que respondesse à questão da pesquisa. Pois, para Pasold (2000, p. 86), o método dialético, no âmbito da pesquisa científica, significa “estabelecer ou encontrar uma tese, contrapondo a ela uma antítese encontrada ou responsabilmente criada e, em seguida, buscar identificar ou estabelecer uma síntese fundamentada quanto ao fenômeno investigado”. Quanto ao método procedimental, para Bittar (2003, p. 9-10), trata-se do “processo por meio do qual se realiza a pesquisa científica” e foi utilizado o procedimento comparativo, já que para a abordagem dialética houve comparações entre conceitos e definições, estudos e teorias, inclusive a comparação de diferentes experiências de implantação da Polícia Comunitária em diferentes partes do Brasil.

4. DISCUSSÃO

O projeto de Polícia Comunitária, sua filosofia, seu ideal, seu modelo, mostrou ser um avanço, uma evolução em segurança pública e na forma de se “fazer polícia”. Esta interpretação pode não ser consenso e receber críticas, mas existem experiências bem sucedidas, tanto no Brasil como em outros países. Além disso, o modelo tradicional de polícia já se conhece há séculos e seus resultados também são amplamente conhecidos e documentados. Novas experiências, adequadamente geridas, podem ser enriquecedoras.

No entanto, um dos aspectos que esta pesquisa demonstrou é que a implantação do modelo de Polícia Comunitária é um processo, que não aceita bem a pressa e a urgência, pois necessita de mudanças estruturais, filosóficas e culturais, tanto na polícia como na sociedade. Por isso, um dos problemas apontados foi “a pressa na implantação do policiamento comunitário, devido a razões políticas, sendo que, na visão de quase todos, a implantação do policiamento comunitário é um processo lento e de longo prazo” (MESQUITA NETO, 2004, p. 109). A solução, diante

desta questão, é que tanto o Estado como a sociedade civil compreendam que um processo desta magnitude e complexidade não se dá do dia para a noite nem de um ano para outro. Como mostrou Camargo (2015), resultados efetivos, como a considerável diminuição do número de homicídios no Jardim Ângela, em São Paulo, se fez sentir ao longo de pelo menos uma década. Portanto, não é com pressa nem sob a pressão de números, índices e políticos que um projeto como a Polícia Comunitária pode ser implantado com solidez e sucesso.

A pesquisa também deixou claro que existe uma certa dificuldade de aproximação entre a polícia e parte da sociedade, que ainda vê a instituição com certa desconfiança, no sentido de colaborarem, de conviverem, de compartilharem e de se corresponsabilizarem pela segurança pública. Este aspecto ficou demonstrado em todas as pesquisas analisadas, inclusive em Monteiro (2005, p. 188), ao relatar que, na experiência de Polícia Comunitária de Belo Horizonte, percebeu-se que a população não havia compreendido e assimilado a essência da proposta, fazendo uma leitura equivocada do modelo, mantendo a desconfiança e o preconceito em relação à polícia. As pessoas ainda tinham muita resistência e medo de se aproximarem dos policiais e tal resistência foi atribuída a concepção que grande parte das pessoas tinham da polícia, como sendo repressiva e envolvida em corrupção. No entanto, Monteiro (2005, p. 233) concluiu, em sua pesquisa, que a Polícia Comunitária traz grandes benefícios para a relação entre polícia e comunidade, diminuindo as distâncias e o isolamento e possibilitando a conquista da confiança de ambos os lados. A mudança de comportamento dos policiais para com as pessoas e comunidade favoreceu a diminuição das tensões e dos estereótipos e o surgimento de atitudes mais cooperativas por parte da comunidade.

Entende-se que a esta dificuldade de aproximação, confiança e cooperação não se deve atribuir culpados nem uma causa simples, ela é multifacetada e fruto de uma construção histórica e cultural que se deu ao longo de séculos. Pelo mesmo motivo não pode ser resolvida com pressa, do dia para a noite, nem com soluções paliativas e superficiais. Em todas as experiências bem sucedidas de Polícia Comunitária, a aproximação e relação pacífica passaram por um processo de construção gradativo e se mostrando eficiente e benéfico para todos.

Afirma Wacquant (2001, p. 35), se a polícia não é considerada parte da comunidade, mas uma espécie de "corpo estranho", algo que vem de fora como uma força estranha, a única coisa que ela poderá fazer é agir de forma repressiva, pois não terá condições de cumprir outro papel. Por isso não tem condições de cumprir o papel exigido pela filosofia da Polícia Comunitária.

A pacificação e democratização na relação polícia/comunidade não traz benefícios apenas para a comunidade, mas também favorece o profissional,

contribuindo para melhoria das condições de trabalho e qualidade de vida. Parece bastante evidente que sem inclusão do policial como membro da comunidade e sem a relação de cooperação entre comunidade e polícia, o ideal de Polícia Comunitária não é possível.

Em todas as experiências estudadas e citadas nesta obra, tanto na opinião de estudiosos e pesquisadores civis como na opinião de especialistas em segurança pública militares, que se dedicam à Polícia Comunitária, as tensões existem, sempre são apontadas, assim como a necessidade imprescindível de que sejam superadas para se alcançar a paz social e a segurança pública.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo teve o intuito de abordar o tema da Polícia Comunitária pelo viés da relação entre a polícia e a sociedade, considerando que existe certa tensão nesta relação, não com toda a sociedade nem com todos os policiais, mas sim, em parte. Considerando ainda que a dificuldade de aproximação entre polícia e comunidade consiste em um entrave para a implementação da filosofia e da prática da Polícia Comunitária. No entanto, ficou claro que, a superação das resistências e a união saudável entre polícia e comunidade consistem em um dos principais fatores responsáveis pelo sucesso da Polícia Comunitária.

Ao longo da pesquisa, comprovaram-se, nas mais diferentes experiências e em diversas regiões do Brasil, que esta é uma situação recorrente nas iniciativas de implantação da Polícia Comunitária. Assim que se pode entender que o estereótipo criado, por parte de certa parcela da sociedade em relação à polícia, provém de uma construção histórica, cultural e de um imaginário criado a partir de vários fatores.

Longe da intenção de apontar culpas, nem culpados, mas buscando soluções, ainda nos dias de hoje são frequentes, na mídia nacional e internacional, as notícias de violência policial. Este tipo de ocorrência não é uma prática institucionalizada, mas uma iniciativa pessoal e pontual, no entanto acaba manchando a imagem da instituição. Pois como foi visto na pesquisa de Shirley (1997), a resistência e a contrariedade percebida na comunidade eram em relação à polícia e não ao policial, em muitas vezes fazia parte daquela vizinhança e era aceito e respeitado quando não estava de serviço.

Compreende-se que o quadro é complexo e carrega uma interdependência simbiótica, pois a Polícia Comunitária, para ser implementada com sucesso, necessita da aproximação pacífica e cooperativa entre polícia e comunidade e esta aproximação pacífica e cooperativa, para existir, precisa da filosofia da Polícia Comunitária.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. PR. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 23 de jan. 2021.
- BRASIL; MJ; SNSP. **Curso Nacional de Multiplicador de Polícia Comunitária**. Brasília/DF, 2013.
- BRASIL; MJSP; SENASP. **Diretriz Nacional de Polícia Comunitária**. Brasília/DF: 2019. Disponível em https://legado.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1555096748.16/diretrizbasica_media_08052020.pdf. Acesso em 21 de jan. 2021.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de Direito**. São Paulo, Saraiva, 2003. Disponível em <https://repositorio.usp.br/item/001273326>. Acesso em 23 de jan. 2021.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Editora Atlas, 5ª ed., 2003.
- MESQUITA NETO, Paulo de. Policiamento comunitário e prevenção do crime: a visão dos coronéis da Polícia Militar. **São Paulo em Perspectiva**. São Paulo, 2004, p. 103-110. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000100013&lng=en&nrm=iso. Acesso em 21 de jan. 2021.
- MONTEIRO, Millena Fontoura. **O policiamento comunitário como alternativa à democratização da polícia** (Dissertação de mestrado). Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, 2005. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp038250.pdf>. Acesso em 24 de jan. 2021.
- PASOLD, Cesar Luis. **Prática da pesquisa jurídica: ideias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito**. Florianópolis: 2000.
- PINHEIRO, Antonio dos Santos. A polícia corrupta e violenta: os dilemas civilizatórios nas práticas policiais. **Revista Sociedade e Estado**. Brasília: 2013, p. 323-349. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000200008&lng=pt&nrm=iso. Acesso em 27 jan. 2021.
- SHIRLEY, Robert W. Atitudes com relação à polícia em uma favela no sul do Brasil. **Revista de Sociologia Tempo Social**, São Paulo, USP, 1997, p. 215-

231. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20701997000100012&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 23 jan.2021.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL, HÉRCULES E A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE: UM NOVO DESAFIO PARA A PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DE ALAGOAS (PGE/AL)

ELDER SOARES DA SILVA CALHEIROS:

Procurador do Estado de Alagoas. Advogado. Consultor Jurídico. Ex-Conselheiro do Conselho Estadual de Segurança Pública de Alagoas. Ex-Membro de Comissões e Cursos de Formação de Concursos Públicos em Alagoas. Ex-Membro do Grupo Estadual de Fomento, Formulação, Articulação e Monitoramento de Políticas Públicas em Alagoas. Ex-Técnico Judiciário do Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Ex-Estagiário da Justiça Federal em Alagoas. Ex-Estagiário do Ministério Público do Trabalho em Alagoas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL).

O fenômeno da judicialização da saúde em Alagoas vem preocupando a Fazenda Pública Estadual em função do elevado impacto que este gerou – e ainda gera – para os cofres públicos estaduais, notadamente na última década⁷⁶.

Essa realidade, aliás, motivou a Fazenda Pública Estadual a mover recentemente várias ações de ressarcimento em face da União visando à recuperação de quantias gigantescas dispendidas pelo Estado de Alagoas em tratamentos oncológicos⁷⁷.

Em função do alto grau de ativismo judicial nesta seara de ações judiciais referentes ao direito constitucional à saúde, cada vez mais os cidadãos vêm ajuizando

76 **BRASIL.** Procuradoria Geral do Estado de Alagoas. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/2015/pge-e-sesau-buscam-reduzir-o-tempo-resposta-das-acoes-judiciais-na-saude>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

77 **BRASIL.** Procuradoria Geral do Estado de Alagoas. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/pge-busca-ressarcimento-de-r-12-2-milhoes-da-uniao>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

demandas para obter medicamentos, exames, cirurgias, tratamentos, internações compulsórias, órteses e próteses, entre outros pleitos semelhantes⁷⁸.

No que tange à Procuradoria Geral do Estado de Alagoas (PGE/AL) houve a edição de 4 (quatro) Súmulas de Jurisprudência Administrativa visando a desafogar os trabalhos da defesa judicial do ente público em juízo e, ainda, a facilitar o acesso dos cidadãos ao direito à saúde, as quais se citam abaixo:

Súmula Administrativa nº11/2011, de 24 de outubro de 2011

O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art.11, incisos I e XII, c/c o art. 7º, inciso XIII, e art. 4º, inciso X, da Lei Complementar nº 07, de 18 de julho de 1991, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos do Estado de Alagoas, a ser publicada, no órgão oficial de imprensa do Estado, por duas vezes sucessivas:

“Fica autorizado não contestar ou interpor recursos nas demandas judiciais que visam ao fornecimento de terapia medicamentosa, quando o medicamento ou insumo constarem das listagens oficiais como de dispensação pelo ente estadual, ainda que custeados com recursos do Ministério da Saúde.”

CONSIDERAÇÃO: trata-se da hipótese em que o medicamento solicitado consta no rol de medicamentos excepcionais a serem fornecidos pelo Estado de Alagoas, em que não há resistência ao pleito autoral.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, Procuradoria Administrativa, em Maceió, 24 de outubro de 2011.

Charles Weston Fidelis Ferreira

Procurador-Geral do Estado

Súmula Administrativa nº12/2011, de 24 de outubro de 2011

78 **BRASIL.** Procuradoria Geral do Estado de Alagoas. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/2016/nucleo-da-saude-busca-evitar-judicializacao-por-protese-e-ortese/>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art.11, incisos I e XII, c/c o art. 7º, inciso XIII, e art. 4º, inciso X, da Lei Complementar nº 07, de 18 de julho de 1991, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos do Estado de Alagoas, a ser publicada, no órgão oficial de imprensa do Estado, por duas vezes sucessivas:

“Fica autorizado não contestar ou interpor recursos nas demandas judiciais que visam a realização de exames, procedimento cirúrgico ou terapêutico, bem como fornecimento de medicamento por prazo determinado, quando o ato ou tratamento pretendido se consumir antes do ato processual a ser praticado.”

CONSIDERAÇÃO: trata-se da hipótese em que concedida medida antecipatória, satisfazendo ao pleito objeto da demanda, antes do ato processual cabível, não deve ser continuada a discussão judicial.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, Procuradoria Administrativa, em Maceió, 24 de outubro de 2011.

Charles Weston Fidelis Ferreira

Procurador-Geral do Estado

Súmula Administrativa nº13/2011, de 24 de outubro de 2011

O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere o art.11, incisos I e XII, c/c o art. 7º, inciso XIII, e art. 4º, inciso X, da Lei Complementar nº 07, de 18 de julho de 1991, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos jurídicos do Estado de Alagoas, a ser publicada, no órgão oficial de imprensa do Estado, por duas vezes sucessivas:

“Fica dispensada a interposição de recursos excepcionais (extraordinário e especial) contra decisão que, com fundamento nos artigos 196 e 198 da Constituição Federal, determina o fornecimento de medicamento, ainda que este não esteja entre os relacionados no Programa de Medicamentos Excepcionais, mas desde que o mesmo seja

lícito, devidamente registrado na ANVISA ou no Ministério da Saúde.”

CONSIDERAÇÃO: trata-se da hipótese em que a decisão a ser discutida na via extraordinária, fundamentou-se no direito à saúde, dever do Estado, ou ainda, na solidariedade dos entes componentes da estrutura do SUS, em que prevalece o entendimento maciço de que há a solidariedade entre os entes, podendo a ação judicial ser ajuizada contra União, Estado, ou Município, mas desde que o medicamento seja lícito, possua registro na ANVISA ou Ministério da Saúde.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, Procuradoria Administrativa, em Maceió, 24 de outubro de 2011. Charles Weston Fidelis Ferreira

Procurador-Geral do Estado

Súmula Administrativa nº 40/2012, de 3 de setembro de 2012

O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO, no uso da atribuição que lhe confere os arts. 4º, inciso X, 7º, inciso XIII, e 11, incisos I, XII e XV, todos da Lei Complementar nº 07, de 18 de julho de 1991, combinado com o art. 50 e seguintes do Decreto Estadual nº 4.804, de 24 de fevereiro de 2010, com a redação dada pelo Decreto Estadual nº 8.725, de 5 de novembro de 2010, edita a presente Súmula Administrativa, de caráter obrigatório a todos os órgãos da Administração Pública Estadual Direta e Indireta, a ser publicada, no órgão oficial de imprensa do Estado:

Fica dispensada a atuação da Procuradoria Geral do Estado nas demandas de saúde, salvo nas hipóteses excepcionalmente relevantes, assim consideradas, fundamentadamente, pela Secretaria de Estado da Saúde, conforme critérios objetivos previamente definidos pela própria Procuradoria Geral do Estado.

REFERÊNCIA: Processos nº 1204-3639/2012 e 1204-6251/2012.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO, Gabinete do Procurador Geral, em Maceió, 3 de setembro de 2012.

Marcelo Teixeira Cavalcante

Procurador-Geral do Estado (grifou-se)79

No entanto, em que pese os esforços da PGE/AL no aspecto de aperfeiçoamento das normas jurídicas e das inovações trazidas pelas orientações jurisprudenciais acima mencionadas, o volume de ações judiciais somente vem crescendo diuturnamente e não há condições humanas para se fazer frente a uma avalanche de processos com este tema e complexidade.

Essa realidade onde há um grande número de ações judiciais tramitando perante o Poder Judiciário criou, em ato reflexo, a necessidade deste também se modernizar a fim de conseguir dar vazão às pretensões dos jurisdicionados.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ/AL) vem se modernizando e apostando na tecnologia como um meio de racionalizar os serviços do Poder Judiciário e entregar ao cidadão uma decisão judicial mais efetiva e célere, a exemplo das ferramentas de inteligência artificial pelo robô Hércules, do aplicativo iAcordo e das audiências por videoconferência⁸⁰.

Especificamente quanto às demandas de saúde pública, o robô Hércules vem obtendo elevado êxito na melhoria dos trabalhos do Poder Judiciário, onde, entre outras funcionalidades, a ferramenta consegue classificar e separar as ações por tipo e objeto, ler os pleitos das partes e redigir uma minuta de decisão judicial em poucos minutos⁸¹.

No entanto, esse cenário de elevada preocupação com os investimentos em tecnologia e inteligência artificial não vem sendo acompanhado pela PGE/AL de modo efetivo, material e real, ao contrário do que prevê a Lei Orgânica da Advocacia Geral do Estado (LCE nº 07/1991) e o seu Regimento Interno (Decreto Estadual nº 4.804/2010), a saber:

Lei Orgânica

Art. 25-A. Fica criado o Fundo de Modernização da Procuradoria-Geral do Estado – FUNPGE, destinado a custear:

79 **BRASIL.** Procuradoria Geral do Estado de Alagoas. Disponível em: <<http://www.procuradoria.al.gov.br/jurisprudencia-administrativa/sumulas>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

80 **BRASIL.** Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Disponível em: <<https://www.tjal.jus.br/noticias.php?pag=lerNoticia¬=17530>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

81 **BRASIL.** Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas. Disponível em: <<https://www.tjal.jus.br/noticias.php?pag=lerNoticia¬=17433>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

I – programas de manutenção, reaparelhamento, modernização, desenvolvimento e aperfeiçoamento da Procuradoria Geral do Estado, inclusive quanto à formação e ao treinamento de recursos humanos; e

II – promoção de outras ações afins da Procuradoria Geral do Estado.

Regimento Interno

Art. 5º As normas, orientações e decisões da Procuradoria Geral do Estado, na condição de órgão central do sistema jurídico, vinculam todos os órgãos e entidades da Administração Estadual, inclusive as empresas públicas e as sociedades de economia mista, podendo avocar quaisquer decisões e processos para sua análise.

Parágrafo único. O sistema jurídico tem por finalidade assegurar a concentração e a articulação do esforço técnico para padronização, uniformização, integração, racionalização, eficiência, eficácia, efetividade, economicidade, celeridade e economia processuais, aumento da rentabilidade, combate ao desperdício, contenção e progressiva redução dos custos operacionais.
82 (grifou-se)

A par disso, é preocupante que a defesa da Fazenda Pública Estadual não esteja alinhada ao ritmo de evolução tecnológica do Poder Judiciário – e das demais Funções Essenciais à Justiça – já que cabe à Procuradoria Geral do Estado representar judicialmente e extrajudicialmente os interesses do Estado de Alagoas nas demandas de saúde.

A bem da verdade, existe uma Comissão de Inteligência Artificial criada no órgão com o objetivo de fazer o acompanhamento desse tema em especial, porém, por falta de um planejamento estratégico geral da instituição e de um investimento

82 **BRASIL.** Gabinete Civil. Disponível em: <<http://www.gabinetecivil.al.gov.br/legislacao/>>. Acesso em: 13 fev. 2021.

pesado em tecnologia, a PGE/AL está cada vez mais distante da realidade do Tribunal local⁸³.

Hoje, enquanto o Poder Judiciário possui um robô Hércules com elevada produtividade – o que é elogiável desde que mantidos os princípios constitucionais e processuais, a exemplo da motivação, do contraditório e da publicidade – a Fazenda Pública se mantém realizando defesas e manifestações em geral no modo arcaico e manual, onde os Procuradores de Estado necessitam atuar contra um robô.

Frente ao exposto, urgente se faz que haja uma devida estruturação da PGE/AL, garantindo-se o pleno funcionamento dessa Função Essencial à Justiça prevista no artigo 132 da Constituição Federal, bem como o princípio da eficiência administrativa insculpido no artigo 37 do mesmo texto constitucional.

Do contrário, muito em breve, a situação fazendária se tornará insustentável com imensos prejuízos ao erário diante das limitações humanas perante poderosos robôs do Poder Judiciário, podendo, inclusive, causar danos à saúde física mental dos Procuradores de Estado e, ainda, a impossibilidade de cumprimento eficaz das decisões judiciais cujos beneficiários são os próprios cidadãos.

83 **BRASIL.** Procuradoria Geral do Estado de Alagoas. Disponível em: <http://www.procuradoria.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias/2019/copy_of_pge-institui-comissao-de-inteligencia-artificial>. Acesso em: 13 fev. 2021.

O VALOR PROBATÓRIO DA DECLARAÇÃO DO OFENDIDO NOS CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

ELOÁ GAVIOLI SILVESTRE:
Bacharelada em Direito pela
Universidade Brasil

MATEUS LUCATTO DE CAMPOS

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como enfoque a declaração das vítimas dos crimes contra a Liberdade Sexual e a valorização do tratamento diferenciado dado a palavra desses indivíduos. Nele constarão os principais assuntos relacionados ao Código de Processo Penal, no Título VII: "das Provas" e no Código Penal, em seu Capítulo I: "Dos crimes contra a Liberdade Sexual". Deste modo, para a convicção do magistrado e a análise da verdade real foi necessário a criação de meios de provas abios a ensejar ao processo credibilidade e sustentabilidade da exposição dos fatos. Por tais motivos o Processo Penal Brasileiro dispõe sobre os meios e ditam regras e princípios norteadores que concretize a tutela pleiteada. Não obstante, e de grande relevância social, estão as provas obtidas por intermédio de depoimentos de vítimas dos fatos criminosos supracitados. O tratamento diversificado dado a estes meios de obtenção de provas, bem como sua oitiva especial, traz em seu bojo a importância da discussão e sua singularização no momento do interrogatório e ao decorrer da ação processual. Atualmente a notoriedade e maior averbação na declaração, nunca se fez tão necessário, devido ao aumento discrepante dos números e estatísticas relacionados ao assunto.

Palavras Chaves: Valorização, Declaração, Provas e Liberdade Sexual.

ABSTRACT: This article focuses on the declaration of victims of crimes against sexual freedom and the appreciation of differentiated treatment given the word of these individuals. It will contain the main issues related to the Code of Criminal Procedure, in Title VII: "of the Evidence" and in the Penal Code, in its Chapter I: "Of the crimes against Sexual Freedom". Thus, for the magistrate's conviction and the analysis of the real truth, it was necessary to create open means of evidence to give rise to the credibility and sustainability of the facts. For these reasons, the Brazilian Criminal Procedure provides for the means and dictates rules and guiding principles that materialize the protection sought. Nevertheless, and of great social relevance, there is evidence obtained through the testimonies of victims of the aforementioned criminal facts. The diversified treatment given to these means of obtaining evidence, as well as its special hearing, bring within it the importance of the discussion and its singularization at the time of interrogation and during the procedural action.

Currently, the notoriety and greater annotation in the declaration has never been more necessary, due to the discrepant increase in numbers and statistics related to the subject.

Keywords: Valuation, Declaration, Evidence and Sexual Freedom.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 PRÍNCIPIOS QUE REGEM AS PROVAS NO PROCESSO PENAL. 2.1 Princípio da Oralidade. 2.2 Princípio do Livre Convencimento Motivado. 2.3 Princípio da Publicidade. 2.4 Princípio da Comunhão da Prova. 2.5 Princípio da Autorresponsabilidade das Partes. 2.6 Princípio da Proporcionalidade. 3 DAS PROVAS. 3.1 Substituição Do Exame Do Corpo De Delito Pela Prova Testemunhal Em Casos De Sua Omissão. 4 SISTEMA DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS. 4.1 Sistema da Intima Convicção do Magistrado. 4.2. Sistema da Prova Tarifada. 4.3 Sistema da Persuasão Racional do Juiz. 5 CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. 5.1 Estupro. 5.2 Violação Sexual Mediante Fraude. 5.3 Importunação Sexual. 5.4 Assédio Sexual. 6 A DECLARAÇÃO DO OFENDIDO. 7 DA CONFIABILIDADE DA PALAVRA DO OFENDIDO. 8 DO DEPOIMENTO SEM DANO. 9 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

Sob grande relevância processual, a declaração da vítima, em primordial, nos crimes contra a liberdade sexual, é um dos requisitos utilizados para o convencimento e cognição exauriente do magistrado. Como fonte de obtenção de provas, a proposição tem se mostrado um dos meios de grande reconhecimento no mundo jurídico, em se tratando corriqueiramente, da única fonte de prova cabível no processo, ou de mais fácil constatação.

É de suma importância frisar que, ao respeitar os princípios que regem as provas, a declaração da vítima, como único e mais valorado, possui um grande obstáculo atualmente. Isso porque não há do que se falar em tarifar ou isolar um único meio de prova, todos têm o seu valor e devem ser encarados de forma coletiva pelo magistrado. Todavia, pelos aspectos sociais e culturais, há a necessidade de maior importância e discussão sobre o assunto abordado.

Ao abordar o contexto mundial, o discrepante aumento dos crimes relacionados a liberdade sexual, faz com que o tema seja de extrema relevância e discutido como suas peculiaridades a permeiam. Isso ocorre devido à grande crise econômica, a obrigação do isolamento social, o fato do convívio no ambiente familiar aumentar e as circunstâncias do delito ser cometido com mais frequência em obscuro.

O que seria para ser o lugar de refúgio e companhia, se tornou um verdadeiro caos, lugar de medo, incertezas e inseguranças. Como consequência, está a importante credibilidade e valorização da palavra da vítima diante de tais fatos jurídicos.

Para abordar o tema, a metodologia utilizada será de pesquisa básica, o uso de doutrinas e jurisprudência com objetivos exploratórios resguardando em sua essência a natureza qualitativa. O procedimento utilizado será da bibliografia de renomados juristas e com o uso da pesquisa de campo bibliográfica.

Diante do exposto, a ideia central do artigo está para a análise da declaração da vítima e sua relevância diante o procedimento de obtenção de provas. Por conseguinte, é necessária uma maior observância a respeito da não possibilidade de tarifação dos meios de provas, e principalmente, a proibição da utilização de uma única fonte de probatória para a absolvição ou acusação do sujeito ativo dos fatos jurídicos.

Os fundamentos do tema, diz respeito aos meios de convicção exauriente do magistrado sobre a veracidade dos fatos, em especial a utilização das provas orais. Nele constarão os princípios que as norteiam, o conceito de provas, os sistemas de avaliação do respectivo instituto processual e principalmente, a substituição do depoimento da vítima quando não há elementos suficientes para realizar o exame de corpo de delito. Para a análise real, será necessária a observação dos crimes contra a Liberdade Sexual e a dissertação sobre qual o devido valor probatório atribuído as falas dos ofendidos e suas peculiaridades, além de seus respectivos danos a perseguição penal.

2 PRÍNCÍPIOS QUE REGEM AS PROVAS NO PROCESSO PENAL

O processo penal tem em seu bojo fontes que norteiam a sua aplicabilidade no mundo jurídico, como a primeira e mais importante fonte formal imediata, que são as leis processuais penais. Todavia, as nascentes do direito não se restringem, se encontram também as fontes integrativas das normas penais, como os princípios gerais do direito. Dentre vários princípios norteadores do assunto abordado, os mais pertinentes se encontram ao se relacionarem às provas orais.

2.1 Princípio da Oralidade

É o princípio que norteia a produção das provas orais, por meio dele é permitido a colheita de depoimentos das testemunhas, do acusado e do ofendido. Além destes, o princípio possibilita durante os tramites processuais as alegações e os debates nas audiências de instrução e julgamento, sob a ótica da "*audiência una*".

Conforme explana Fernando Capez (2016), “existem outros dois subprincípios decorrentes da espécie deste princípio: “o da imediatidade do juiz com as partes e com as provas e o da concentração. A reforma processual penal, operada pelas Leis n. 11.689/2008 e 11.719/2008, primou pelo princípio da oralidade”.

2.2 Princípio do Livre Convencimento Motivado

Esse princípio rege a não tarifação e valorização das provas por meio das leis processuais, ou seja, as partes podem utilizar de todos os meios e fontes de provas lícitas para convencerem o magistrado sobre a verdade demonstrada por eles. Por conseguinte, a palavra do ofendido nos crimes, em especial os contra a liberdade sexual da pessoa humana, pode ter seu valor aumentando diante das ausências dos demais elementos probatórios.

Um importante e inovador acórdão do STJ (Superior Tribunal de Justiça) discorreu sobre tal relevância processual:

A ausência de laudo pericial não afasta a caracterização de estupro, porquanto a palavra da vítima tem validade probante, em particular nessa forma clandestina de delito, por meio do qual não se verificam, com facilidade, testemunhas ou vestígios. (STJ - AGRG NO ARESP:160961 PI 2012/0072682-1, RELATOR: MINISTRO SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DATA DE JULGAMENTO: 26/06/2012, T6 - SEXTA TURMA, DATA DE PUBLICAÇÃO: DJE 06/08/2012).

2.3 Princípio da Publicidade

O princípio constitucional do qual dispõe que todos os atos processuais deverão estar a conhecimento da sociedade, guarda estreita exceção com a palavra das vítimas nos crimes contra a liberdade sexual. Em sua maioria, os seus depoimentos estão em segredos de justiça para assegurar um maior conforto e segurança ao ofendido, possibilitando maior veracidade em suas falas.

2.4 Princípio da Comunhão da Prova

É de suma importância frisar, que quando algum meio de provas chega até o conhecimento do magistrado, ele assiste a todas as partes do processo, seja a ativa, passiva ou ao juiz.

Com isso, fica perceptível que qualquer elemento probatório, verbal ou escrito, torna-se instrumento de todos, não pertencendo exclusivamente a ninguém, nem mesmo exclusivo ao magistrado.

Vale ressaltar que, pode a parte desistir de produzi-la a qualquer momento do curso penal, não necessitando da autorização expressa da parte contrária. Todavia, se uma vez arrolada as testemunhas, ou ainda juntado algum documento aos autos, estes deveram seguir as regras dispostas pelo princípio acima.

2.5 Princípio da Autorresponsabilidade das Partes

Em regra, o ônus da prova é daquele que assume interesse em produzi-la e levá-la ao conhecimento jurídico afim de demonstrar a veracidade dos fatos alegados. Por isso, as partes assumem a responsabilidade da fabricação ou não da fórmula que deverá convencer o magistrado.

Logo, deve o ofendido, expor, no momento da sua oitiva no inquérito ou na própria ação penal, tudo o que aconteceu de fato, sob pena de não apreciação do poder judiciário gerando até a absolvição do acusado no fim da sentença definitiva.

2.6 Princípio da Proporcionalidade

Seguindo o eixo do princípio constitucional da razoabilidade, deve-se as partes se valerem dos meios que realmente serão necessários e úteis para a formulação da convicção exauriente do juiz. As provas arguidas devem trazer íntima relação com o fato ocorrido, caso não seja necessária, estas serão descartadas. Por tais motivos, o juiz só irá analisar os fatos que realmente mantem relação com a queixa-crime ou denúncia levada até ele.

3 DAS PROVAS

No processo penal, um dos meios de convicção do magistrado é por meio da atividade probatória. A própria terminologia da palavra prova, já nos pressupõe a ideia central do seu objetivo, em latim, sua etimologia *probatio e probus*, tem o significado de aprovação ou confirmação. Assim o propósito deste é provar o que aconteceu no mundo fático e demonstrar a sua veracidade por meio de elementos e instrumentos necessários, úteis a persecução penal.

No mundo jurídico, a palavra prova pode conter em sentido estrito, o significado de atividade probatória e convencimento do magistrado.

Nesse sentido, identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa. Sob esse prisma, pode se dizer que há, para as partes, um direito à prova (right to evidence, em inglês), que funciona como

desdobramento natural do direito de ação, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas, efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz. (BRASILEIRO, 2020, p. 657).

Desta maneira, deve assegurar as partes da ação todos os meios abeis a ensejar ao magistrado o seu convencimento e convicção no processo, caso isso não ocorra, poderá ocasionar nulidades processuais por penalidades pelo cerceamento da defesa ou da acusação.

Ressalva a importância da análise dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana, assegurados pela Carta Magna, como a não possibilidade da produção da prova ilícita, sob meios de aquisição cruéis e desumanos. Tais artifícios serão anulados e não poderão ser usados em hipótese alguma para a presunção da verdade fornecida ao juiz competente.

Para o presente artigo, o que é levado em consideração são os meios de provas testemunhais e da declaração do ofendido, advindos da maneira ampla da prova oral. Ou seja, é neste momento que se encontra a relevância processual no depoimento da vítima. Desta forma, tudo o que for falado e exposto pelo ofendido é contabilizado na ação como forma de crível e convencimento exauriente do magistrado.

Entretanto, não se esquivava da apreciação técnica os demais meios de provas elencados pelo Código de Processo Penal. A mais utilizada na ação penal, é a prova documental, que são todos os documentos e escritas pertinentes ao caso concreto possibilitando a cognição do juiz.

Porém, para os casos específicos dos crimes contra a liberdade sexual, a mais utilizada é a prova pericial. Ela consiste em um exame técnico de especialistas em diversas áreas do conhecimento, pertinentes ao caso concreto. É neste momento que pode constar o Exame do Corpo de Delito no qual evidencia todos os vestígios deixados pelo ato ilícito.

3.1 Substituição Do Exame Do Corpo De Delito Pela Prova Testemunhal Em Casos De Sua Omissão

O artigo 167 do Código de Processo Penal afasta contra-argumentos ao relatar que: "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta". (Código de Processo Penal, 1.941).

Sua necessidade e maior reconhecimento, está para os casos em que os vestígios desaparecem, não sendo possível a apreciação técnica do especialista nomeado pela justiça. Ou seja, o exame do corpo de delito se torna totalmente irrelevante para verbalizar os acontecimentos fáticos do crime, como por exemplo, o desaparecimento de hematomas na vítima.

Pelos motivos expostos, há a relevância da declaração do ofendido e principalmente, os relatos testemunhais. A sua importância para a persecução penal é tanta, que nos casos de único meio de prova, a palavra do ofendido e das testemunhas serão verbalizadas de forma direta ao juiz, não necessitando do sistema presidencialista nas audiências.

Segue acórdão do Superior Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO – RECURSO QUE OBJETIVA A ABSOLVIÇÃO DO RÉU - ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO - INOCORRÊNCIA - AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADAS – DEPOIMENTO DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS APONTAM DE MODO ROBUSTO A RESPONSABILIDADE DO RÉU PELA CONDUITA CRIMINOSA - PALAVRA DA VÍTIMA DE GRANDE VALOR PROBATÓRIO NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. FALTA DO EXAME DE CORPO DE DELITO - IRRELEVÂNCIA - FATOS COMPROVADOS POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA – PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. DOSIMETRIA: PLEITO DE EXCLUSÃO DAS “CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME” – IMPOSSIBILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA – PREMEDITAÇÃO – NOVA FUNDAMENTAÇÃO – POSSIBILIDADE – MANUTENÇÃO DA PENA – PRECEDENTES DO STJ E STF. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO – DECISÃO UNÂNIME. (Apelação Criminal nº 201900308944 nº único0000219-41.2013.8.25.0016 - CÂMARA CRIMINAL, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator (a): Ana Lúcia Freire de A. dos Anjos - Julgado em 14/05/2019)

(TJ-SE - APR: 00002194120138250016, Relator: Ana Lúcia Freire de A. dos Anjos, Data de Julgamento: 14/05/2019, CÂMARA CRIMINAL)

4 SISTEMA DE AVALIAÇÃO DAS PROVAS

Estes sistemas são capazes de produzirem cognições específicas ao magistrado. Assim, o juiz pode ou não, atar-se há algum meio de prova em específico para expor suas decisões terminativas. No processo penal, pode o juiz se valer de três sistemas em específico, o Sistema da Intima Convicção do Magistrado, Sistema da Prova Tarifada, Sistema da Persuasão Racional do Juiz; em regra a legislação brasileira adotou este último mencionado.

4.1 Sistema da Intima Convicção do Magistrado

Este sistema não pode, de modo geral, ser aplicado pelo ordenamento jurídico brasileiro devido a proibição expressa na Carta Magna, em seu do artigo 93, inciso IX, pois todas as decisões e atos da justiça deverão ser fundamentados. Desta forma, a decisão livre do magistrado inviabiliza a persecução penal, pois sua imparcialidade pode ser comprometida, visto que o ser humano é influenciado pelo meio em que está inserido, culturas e costumes, fazendo com que muitas vezes, a livre iniciativa do técnico da justiça seja injusta e arbitrária.

Todavia, este sistema não sofreu total abolição pelo país, na segunda fase do Tribunal do Júri, no momento do Julgamento do Plenário, ele pode, e é utilizado em juízo, formando as decisões da banca de jurados civis e leigos. Como regra, os crimes contra a atos sexuais delituosos não podem ser matéria do tribunal do júri, entretanto, ele é possível ser julgado, quando se fala em crimes conexos, exemplo clássico, é o acusado quem assassinou o marido, para cometer o crime de estupro (art. 213 do Código Penal) em sua mulher. É neste momento, que se encontra o julgamento com convicções íntimas, subjetivas e sem normas específicas para julgar a infração penal supracitada. Assim a declaração do ofendido possui valor elevado no momento da convicção dos jurados.

4.2. Sistema da Prova Tarifada

Tal sistema é conhecido pela nomenclatura “a rainha das provas”, nele há a possibilidade de valorar e estabelecer pesos sob cada tipo e modalidade de prova produzida em juízo. No caso em específico, o legislador fixa pesos e medidas nas provas, cabendo ao juiz, no momento de sua apreciação, simplesmente analisá-las em conjunto e assim, firmar o seu devido reconhecimento.

É neste momento, que o sistema tem seus equívocos, pois o que pode ocorrer é o fato de um único meio de prova não ter sua devida observância, em contrapartida, quando se junta dois elementos probatórios eles podem se tornarem mais verídicos. O que acontece é que os crimes contra a liberdade sexual, em sua maioria, se desenrolam em obscuros e sem testemunhas, por ser, geralmente,

cometidos no ambiente familiar, por conseguinte, o magistrado se vale de um único meio de prova da defesa e mais elementos probatórios da acusação, como relatos negando as atitudes do acusado.

Como consequência, não pode o legislador tarifar que os elementos probatórios do acusado valem mais que a única e isolada fala da vítima. Comprometendo muitas vezes o princípio do livre convencimento motivado do magistrado.

4.3 Sistema da Persuasão Racional do Juiz

Utilizado em sua totalidade pelo ordenamento jurídico, estabelecendo que o juiz pode se aproveitar de todos os meios hábeis, fundamentados e motivados, para julgar as provas elencadas nos autos, mostrando-se como forma correta de julgamento dos elementos comprobatórios, por este sistema, todas as modalidades de provas possuem relevância jurídica e abordagem igualitária.

Ao abordar a declaração do ofendido, os tribunais superiores têm se valido deste sistema para determinar o valor probatório desta modalidade de prova oral. Como visto, anteriormente, pelo sistema tarifado, um elemento probatório pode ter seu valor reduzido em comparação com o conjunto de outros meios de forma de convencimento da veracidade dos fatos. Contudo, isso não ocorre frequentemente e a fala do ofendido demonstra a sua importância nos autos, ainda que isolada e única.

A importância deste sistema está para a discricionariedade do magistrado ao assumir a sua decisão. Ou seja, o magistrado pode se convencer sobre a sentença final com um único meio de prova, se realmente foi motivado e convencido pelos autos. Desta forma, aponta Renato Brasileiro:

À discricionariedade de avaliação do quadro probatório soma-se a obrigatoriedade de motivação da conclusão do magistrado, ponto positivo do sistema da prova tarifada. A obrigação de fundamentar permite às partes não somente aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório constante dos autos, como também analisar os motivos legais que levaram o magistrado a firmar sua conclusão. Essa garantia não só assegura o exame cuidadoso dos autos, mas também permite que, em grau de recurso, se faça o eventual reexame em face de novos argumentos apresentados. (BRASILEIRO, 2020, pág. 683)

5 CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL

Tal modalidade de delito sofreu significativas inovações no ordenamento jurídico brasileiro, com recentes modificações, estes crimes puderam ser vistos de forma peculiar em relação aos demais, abrangendo até mesmo normas específicas e longe das regras processuais mais utilizadas. Um dos tópicos é a possibilidade da valorização de um único meio de constatação da veracidade dos fatos ocorridos.

Seu maior intuito é resguardar significativa proteção à dignidade do ser humano, garantindo o seu livre arbítrio ao se envolver com quem deseja e com todo o seu devido consentimento. Por conseguinte, o legislador estabeleceu sanções a fim de coibir atitudes que ferisse a integridade do dotado de personalidade jurídica, bem como sua proteção sexual. Ele aboliu por concreto, a ideia de mulher como objeto de prazer do homem e garantiu, principalmente ao sexo feminino, o direito de fazer do seu corpo, suas próprias regras.

Com as novas e melhoradas normas, o ofendido pode utilizar todas as suas justificativas e garantias processuais, para combater a violação dos seus direitos supracitados. Atribuindo ao ofendido o devido valor e reconhecimento, sendo sua sustentação, quando algum destes seus direitos sofrem alguma agressão ou violação.

5.1 Estupro

O crime de Estupro, elencado no art. 213 do Código Penal, é o delito mais gravoso desta modalidade, segundo o próprio conceito da legislação: “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.” (Planalto, 2020). Em casos de vítimas adolescentes de 14 (quatorze) a menor de 18 (dezoito) anos sua qualificadora pode chegar em até 12 anos de reclusão.

Desta forma, o sujeito que realiza, sem autorização da vítima, a cópula do pênis na vagina, de forma violenta ou grotesca, ou ainda, comete outro tipo de ato libidinoso, como o beijo lascivo ou o sexo anal; com o intuito de satisfazer a sua lascívia, será penalizado conforme prevê o ordenamento. Vale ressaltar que não exclui, de forma alguma, da apreciação do Poder Judiciário, se o ofendido e o acusado mantêm ou já mantiveram relações íntimas de afeto.

Outra especificação do delito, é a possibilidade de denúncia sem representação, por se tratar de Ação Penal Pública Incondicionada a representação, ou seja, a situação fática pode chegar ao conhecimento do judiciário por denúncia ou por queixa-crime.

5.2 Violação Sexual Mediante Fraude

Este delito se diferencia do supracitado pela realização da conjunção carnal ou outro ato libidinoso ser realizado por meios fraudulentos, enganosos ou com manobras, a fim de impossibilitar a contra reação da vítima ou anular a sua livre manifestação da vontade. O sujeito ativo deste fato criminoso pode ficar recluso com pena de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

5.3 Importunação Sexual

Inovação no ordenamento brasileiro, este novo fato punitivo afastou as dúvidas em relações ao conhecido e popularizado “beijo roubado”, “passada de mão”. Ele condena a pessoa que comete atitudes de satisfação da lascívia por meios sexuais, sem que seja por meio da conjunção carnal, não tendo o ofendo a sua livre manifestação da vontade. Cabe-se ao sujeito ativo do crime reclusão de 1 (um) a 5 (cinco) anos, salvo se a sua conduta não resultar em crime mais grave.

5.4 Assédio Sexual

Crime de modalidade única, na qual o sujeito ativo só poderá ser superior hierárquico no ambiente trabalhista do sujeito passivo. Ele se vale da sua vantagem para coagir seu funcionário inferiormente hierárquico a realizar seus prazeres sexuais. É importante analisar o caso concreto para diferenciar com os demais delitos contra a liberdade sexual, pois este é sobre um tipo específico, logo, se qualquer ato do suspeito cominar em outra forma diversa da redação, este será penalizado conforme a pena regularizada para a sua conduta. Sua penalidade é de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, com qualificadora, se o crime for cometido contra vítima menor de 18 (dezoito) anos.

6 A DECLARAÇÃO DO OFENDIDO

Nota-se que neste tópico não se refere ao meio de prova testemunhal, visto que a vítima não pode ser considerada como testemunha, uma vez que ela não tem o dever jurídico de dizer a verdade sob pena de nulidade em sua fala. Logo, não há de fato um depoimento revestido com toda a sua formalidade, mas sim, uma declaração da pessoa que sofreu as consequências do delito. Por se tratar de um ser revestido de sentimentos e emoções, por vez, os seus relatos dos fatos podem ser equivocados, mas também é uma das formas mais verídicas de evidenciar o objeto material do fato criminoso, bem como seus reflexos jurídicos e morais.

Há estreita semelhança com as regras das provas testemunhais, como a condução coercitiva em caso de não comparecimento do ofendido na audiência de instrução e julgamento. O ofendido pode até sofrer sanções por cometimento de

crime de denúncia caluniosa. Ou seja, o ofendido tem a sua palavra levada com consideração principalmente a respeito do princípio condicional do Contraditório e da Ampla defesa.

A respeito dos crimes contra a dignidade sexual, a peculiaridade está para o seu cometimento em regra, ser realizado em obscuro e de difícil contatação por provas testemunhais, documentais ou até pela prova pericial com o uso do exame de corpo de delito.

Sobre isto, explana Renato Brasileiro:

Em virtude do sistema da livre persuasão racional do juiz, tem-se que o valor probatório das declarações do ofendido é relativo. Logicamente, nos crimes cometidos às ocultas, a palavra da vítima ganha um pouco mais de importância, mas daí não se pode concluir que seu valor seria absoluto. É o que acontece, por exemplo, em crimes contra a dignidade sexual, geralmente cometidos em locais ermos, sem testemunhas presenciais, ou em crimes cometidos no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher, hipóteses em que as declarações da vítima se revestem de especial relevância. (BRASILEIRO, 2020, pág. 763).

Para o renomado teórico, Guilherme Nucci nos crimes contra a dignidade sexual, há peculiaridades que a permeiam e merecem cautela do magistrado ao julgá-los. Ele ressalta a importância da observação do caso concreto, visto que em regra, sujeito passivo e ativo já se conheciam e por vez já se relacionavam sexualmente.

No cenário do delito sexual, é bem possível que a vítima tenha procurado, espontaneamente, o réu, propondo-lhe uma aventura, desejando algum tipo de contato íntimo, pretendendo um namoro, sonhando com um matrimônio, enfim, podem ser conhecidos, de longa ou recente data. Torna-se, pois, mais difícil haver imparcialidade nesse depoimento, embora saibamos ser da maior valia a palavra da vítima no delito de natureza sexual, pois normalmente praticado em lugares distantes da vista do público. Deve-se ter a máxima cautela para ouvir a mulher estuprada, o homem violentado ou a criança violada. Motivos de toda ordem podem encobrir tanto o culpado, quanto o inocente. (NUCCI, 2020, pág. 785).

Todavia, o próprio doutrinador explana sobre a relevância da declaração do ofendido nos casos de crimes cometidos em sua clandestinidade, pois, sua fala e argumentos poderão ser os únicos elementos probatórios disponíveis para julgamento.

A maioria dos tribunais também tem seguido a mesma corrente de pensamento do doutrinador Renato Brasileiro em seu livro, Manual de Direito Processual Penal, 2020. Por conseguinte, observa-se a valorização da palavra da vítima para este crime em específico, mostrando a sua notabilidade no mundo jurídico, em especial quando não há constatações de demais evidências que corroboram para a comprovação dos ocorridos.

7 DA CONFIABILIDADE DA PALAVRA DO OFENDIDO

É notório que a fala do ofendido reveste de total parcialidade em ver o resultado final da condenação do suspeito. Visto que, ele possui interesse processual e por isto, pode se utilizar do seu contraditório e da ampla defesa para justificar atitudes que por vez não ocorreram. Sobretudo, o que se leva em consideração é o relevo da possibilidade da mentira ou omissão das suas falas em decorrência do não compromisso da verdade ofertado a ele.

Todavia, ao analisar a boa-fé do homem mediano, e essencialmente, o fato do crime de denúncia caluniosa previsto no art. 339 do Código Penal: “Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente” (Planalto, 2020), afasta-se contra-argumentos. Há neste instante, a credibilidade nas declarações realizadas pelo ofendido no momento da sua exposição dos fatos na audiência de instrução e julgamento.

Pelo Sistema do Livre Convencimento do Magistrado é nítido a presença da confiabilidade da vítima sobre seus argumentos levados aos autos. Destarte, neste momento, o juiz tem o dever de se utilizar e contabilizar a sua exposição como um elemento comprobatório da veracidade do mundo fático.

8 DO DEPOIMENTO SEM DANO

Os sujeitos revestidos por este direito do depoimento sem danos, além dos vulneráveis, como os menores de 14 (quatorze), poderão no momento da sua oitiva resguardar de atitudes específicas da justiça. A lei que normatiza tais procedimentos especiais é a Lei 13.431 de 04 de abril de 2017 (Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência).

Nela está disposto que as crianças menores de sete anos e as vítimas de violência sexual, possuíram tratamentos diferenciais no momento de sua ouvidoria. Um dos principais requisitos é o único depoimento durante a fase processual, salvo por motivos devidamente justificados e fundamentados que comprovam que a nova declaração é de extrema necessidade para a persecução penal ou, se houver a concordância expressa da vítima, ou seu representante legal.

Outro pressuposto específico é a colheita das informações orais, da vítima de violência sexual realizada em âmbito fechado e revestido de total sigilo por partes dos profissionais especializados e em lugar diferente da sala de audiência. Para que seja obtida as informações pelo Juiz, Ministério Público ou Auxiliares de Justiça, seus depoimentos serão gravados e transmitidos ao vivo para eles, conforme prevê o art. 12 (doze), inciso III do referido diploma normativo; “no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo” (**Lei 13.431, 2017**).

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As novas legislações e principalmente, novas jurisprudências de tribunais superiores, finalmente reconheceram a importância da declaração do ofendido nos crimes contra a Dignidade Sexual, e então legislaram e decidiram sobre o assunto. Estes fatos jurídicos possuem condutas peculiares e por isto, não segue a regra de proibição de uma única prova no processo, ou mesmo, atribuem pontuação maior diante dos demais instrumentos comprobatórios.

Pode então, utilizá-la, como já mencionado pelos tribunais superiores, com valor probatório maior. Pois conforme os acordos e as decisões de primeiras instâncias, estes delitos são confeccionados em sua maioria, sem provas testemunhais ou documentais, por serem cometidos em lugares isolados e de difícil acesso por terceiros.

Observando os direitos e garantias fundamentais do acusado e os princípios que norteiam as provas, a especialidade aferida a esta declaração, deve ser observada em conjunto com os demais institutos processuais se houver o auxílio dos demais apetrechos para gerar a convicção exauriente. Desta forma, singularmente, quando encontrados outros meios comprobatórios, como o Exame de Corpo de Delito ou as demais provas documentais, estes não podem, em hipótese alguma, serem excluídos dos autos e deverá servir de mecanismo para o magistrado proferir sua opinião.

É notório que se houver contradição da prova oral, com os demais elementos probatórios, e observando o juiz com o uso dos instrumentos processuais, que sua convicção sobre os fatos não se exauriu, e sua decisão for desfavorável ao sujeito

passivo da ação, a regra do sistema da Persuasão Racional do Juiz, deve absolver o réu, sob pena de recurso.

Todavia, com as novas legislações e em primordial o depoimento sem dano, a exceção de valorização está ganhando expressivo lugar nos acordos e decisões no mundo jurídico. A argumentação se releva quando só existe a palavra da vítima para gerar a cognição do magistrado.

Com a inquirição dos magistrados, a declaração do indivíduo que teve seu direito à liberdade sexual violado, será manifestada como valorada somente em casos especiais de única prova ou como a mais convincente e mais perto da verdade real levada para o processo. Respeitando sempre a integridade da pessoa do acusado e os ritos da persecução penal que as permeiam.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Secretaria Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, 1.941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 15 out. 2020.

BRASIL. Secretaria Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Brasília, 1.940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 29 out. 2020.

BRASIL. Secretaria Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017**. Brasília, 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm#:~:text=Estabelece%20o%20sistema%20de%20garantia,da%20Crian%C3%A7a%20e%20do%20Adolescente\).&text=Art.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm#:~:text=Estabelece%20o%20sistema%20de%20garantia,da%20Crian%C3%A7a%20e%20do%20Adolescente).&text=Art.)> Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. **AGRG NO ARESP:160961 PI 2012/0072682-1**. RELATOR: BRASIL. Ministro Sebastião Reis Dúnior, data de julgamento: 26/06/2012, t6 - sexta turma, data de publicação: DJE 06/08/2012

BRASIL. Tribunal De Justiça. **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 201900308944 Nº ÚNICO0000219-41.2013.8.25.0016**. SERGIPE, Relator: Ana Lúcia Freire de A. dos Anjos, Data de Julgamento: 14/05/2019, CÂMARA CRIMINAL.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

CONSULTOR JURÍDICO. **STJ reúne decisões sobre uso de depoimento de vítimas de estupro como prova.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-jan-26/stj-reune-decisoes-valor-depoimentos-vitimas-estupro>> Acesso em: 10 out. 2020.

CRIMINAIS, Canal Ciência. A palavra da vítima de violência sexual como valor probante, JUSBRASIL. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/659747099/a-palavra-da-vitima-de-violencia-sexual-como-valor-probante>> Acesso em: 04 out. 2020.

GALVÃO, David da Silva. O valor da palavra da vítima como única prova para a condenação do acusado nos crimes contra a dignidade sexual, **Conteúdo Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55244/o-valor-da-palavra-da-vitima-como-nica-prova-para-condenao-do-acusado-nos-crimes-contra-dignidade-sexual>> Acesso em: 10 out. 2020

GRECO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual.** Disponível em: <<http://www.rogeriogreco.com.br/>>. Acesso em: 15 out. 2020.

JUSBRASIL. Jurisprudência. **PALAVRA DA VÍTIMA COM GRANDE VALOR PROBATÓRIO.** Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=PALAVRA+DA+V%C3%8DTIMA+COM+GRANDE+VALOR+PROBAT%C3%93RIO>> Acesso em: 20 ago. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 8. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020. 657 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 8. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020. 683 p.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único.** 8. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020. 763 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 19. ed. São Paulo: Forense. 2020. 785 p.

SPERANDIO, Vittoria Bruschi. O valor probatório da palavra da vítima nos crimes contra a dignidade sexual. Âmbito jurídico. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-160/o-valor-probatorio-da-palavra-da-vitima-nos-crimes-contra-a-dignidade-sexual/>> Acesso em: 08 set. 2020.

O SERVIÇO PÚBLICO COMO DEVER DO ESTADO E DIREITO DO USUÁRIO

LETÍCIA DUARTE FALCÃO LIMA:

Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas – UFAL.

RESUMO: O presente artigo busca analisar a evolução da teoria do serviço público, sobretudo, no direito brasileiro, bem como apontar as conceituações propostas pela doutrina e pela legislação vigente. Ademais, pretende-se destacar que tanto a Constituição Federal de 1988 quanto a Lei nº 13.460/2017, denominada de Código de Defesa do Usuário do Serviço Público, reúnem normas destinadas à tutela dos direitos dos usuários e à definição de parâmetros para uma adequada prestação dos serviços públicos, com vistas à satisfação de necessidades individuais e coletivas.

Palavras-Chave: Serviço Público; Lei nº 13.460 de 2017; Direito do Usuário do Serviço Público; Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A evolução da teoria do serviço público – 3. As supostas crises conceituais – 4. A abrangência do conceito de serviço público no direito brasileiro e a definição proposta pela Lei n.º 13.460/2017 – 5. O serviço público como dever do estado e direito do usuário – 6. Considerações finais – 7. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional nº 19/1998, aprovada durante o período da reforma gerencial do Estado, foi responsável pela modificação da redação do §3º do art. 37, da Constituição Federal, o qual dispõe que cabe à lei disciplinar acerca das formas de participação do usuário dos serviços públicos na administração pública direta e indireta.

Com efeito, o artigo 27 da Emenda estabeleceu, ainda, determinação para que o Congresso Nacional elaborasse lei, dentro de 120 (cento e vinte) dias, visando à defesa e à participação dos usuários no processo e na forma de prestação dos serviços públicos.

Após quase vinte anos de mora do Poder Legislativo, houve a promulgação da Lei nº 13.460/2017, que dispõe sobre a participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. A legislação, denominada de Código de Defesa do Usuário do Serviço Público, deve ser compreendida como um importante avanço na tutela dos direitos dos usuários.

Neste artigo, serão abordados aspectos relacionados aos serviços públicos e aos direitos dos seus destinatários, com ênfase na evolução da teoria do serviço público, no conceito atribuído a esses serviços pela doutrina brasileira, na definição proposta pela Lei nº 13.460/2017 e no reconhecimento do direito fundamental à prestação adequada do serviço público.

A elaboração do presente trabalho foi realizada com base em pesquisas bibliográficas, notadamente, artigos científicos e obras doutrinárias acerca da matéria, que representam as principais fontes de pesquisa utilizadas.

2.A EVOLUÇÃO DA TEORIA DO SERVIÇO PÚBLICO

A caracterização de determinada atividade como serviço público, segundo lições de Odete Medauar (2018, p. 316), “remete ao plano da concepção política dominante, ao plano da concepção sobre o Estado e seu papel”. Nesse sentido, a análise da noção do serviço público varia conforme a dinâmica do contexto histórico, social, político e econômico, devendo ser realizada em conjunto com o modelo de Estado adotado, este organizado em conformidade com o grau de intervenção estatal na atividade econômica.

O Estado Liberal, também conhecido por Estado Mínimo, tem um papel reduzido na economia e na esfera dos particulares, pois suas tarefas compreendem a manutenção da ordem e da segurança, bem como a proteção das liberdades civis e da liberdade pessoal (MORAES; STRECK, 2014). Com a transição do modelo liberal para o social e as profundas alterações no papel do Estado, contudo, houve o fortalecimento na prestação dos serviços públicos devido à ênfase estatal na concretização das políticas públicas e dos direitos sociais.

Aliás, além da evidente expansão da atividade prestacional positiva, a fim de prover as necessidades coletivas, também houve o acréscimo da intervenção estatal na economia. Quanto aos serviços públicos, “o papel interventivo/promocional do Estado Social encontra suporte nos serviços públicos enquanto instrumentos para a concretização de políticas públicas, disponibilizadas aos cidadãos como fruto das conquistas sociais” (BARCAROLLO, 2013, p. 603). É nesse cenário, acompanhado do surgimento das teorias do Estado de Direito e do Estado Providência, que se inicia o delineamento do conceito desses serviços.

À vista disso, no campo da história do direito administrativo, o desenvolvimento da teoria e da concepção tradicional de serviço público teve seu início na França, sistematizado por Léon Duguit e Gaston Jèze, responsáveis pelo surgimento da Escola do Serviço Público, nas primeiras décadas do século XX, grande etapa do intervencionismo público. Ressalta Helga Bezerra (2008, p. 110) que “era uma época em que o Estado começava a ser considerado o promotor da

benevolência, a ser visto como um Estado servidor, um de cujos pilares era o serviço público”.

Com efeito, filiado à corrente do positivismo sociológico, Duguit (1928, p. 61 apud GROTTI, 2017, p. 11) concebe o serviço público como fundamento de uma teoria do Estado. De acordo com o publicista francês, o serviço público consiste em:

[...] toda atividade cujo cumprimento deve ser assegurado, regulado e controlado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e de tal natureza que não pode ser integralmente cumprido senão com a intervenção da força governante.

Com sua concepção acerca do termo, Duguit buscava a substituição das bases tradicionais do Direito Público, alicerçadas na ideia de soberania, pelo conceito de serviço público, considerado um novo critério de justificação da atuação estatal (BEZERRA, 2008). Nesse prisma, a noção de serviço público surge para revolucionar o Direito Público em geral e, principalmente, o Direito Administrativo.

Gaston Jèze, vinculado ao positivismo jurídico, entendia que a ideia de serviço público se encontrava cingida à de procedimento de direito público. Dito isto, Dinorá Grotti (2017) assevera que, para Jèze, a noção acerca do instituto estava apoiada em três elementos essenciais: procedimento de direito público (ou de regime especial), com prevalência do interesse público sobre o privado; satisfação regular e constante de necessidades de interesse geral; viabilidade de alteração, por ato unilateral do Estado, da organização do serviço.

Assim, a doutrina concebida por Jèze possuía um critério de reconhecimento do serviço público mais objetivo, devendo a natureza de serviço público ser investigada caso a caso, tendo em vista a necessidade de se averiguar a vontade do governante quanto à atividade administrativa considerada (BARCAROLLO, 2013).

Convém ressaltar que Maurice Hauriou, importante pensador francês que influenciou na concepção sobre o instituto, levantou objeções às teses da Escola do Serviço Público, pois defendia que a fundamentação do sistema administrativo não poderia dar-se unicamente pela noção de serviço público. Hauriou (1933, p. 64 apud GROTTI, 2017, p. 17) definiu serviço público como “uma organização pública de poderes, de competências e de costumes assumindo a função de fornecer ao público, de uma maneira regular e contínua, um serviço determinado em uma ideia de polícia, no sentido elevado da palavra”.

Dessa breve análise das concepções apresentadas, constata-se a dificuldade em alcançar um aspecto em comum para a noção de serviço público, em virtude da imprecisão quanto a sua conceituação.

Não obstante as divergências, Grotti (2017) esclarece que a definição clássica de serviço público reunia três elementos/critérios (subjetivo, material e formal), ainda que se desse maior realce ora a um ora a outro, a depender da corrente examinada. Destarte, da análise do elemento subjetivo, que enfatiza o ente ou a pessoa jurídica que presta a atividade, depreende-se que o serviço público seria aquele prestado pelo Estado. O critério material, considerando a atividade exercida, estabelece que o serviço público seria a atividade que tem por objeto a satisfação de necessidade de interesse geral. Por fim, quanto ao critério formal, que considera a atividade exercida, o serviço público seria aquele desempenhado sob regime de direito público derogatório e exorbitante do direito comum.

Destaque-se, por oportuno, a justificativa apresentada por Di Pietro (2019, p. 97) para a elaboração do conceito tradicional de serviço público na doutrina francesa:

Quando, no direito francês, se concebeu a ideia de serviço público, tinha-se em mente a existência de necessidades coletivas essenciais que não podiam ser deixadas nas mãos da iniciativa privada e do mercado, de um lado, porque faltaria a característica da obrigatoriedade da prestação e, de outro, porque não haveria como impor exigências de continuidade, isonomia, universalidade. Tais imposições iriam contrariar fundamentalmente os princípios da liberdade de iniciativa e da livre concorrência. A essas razões pode ser acrescentada a ideia de que somente o Estado tem condições de assumir, com caráter de obrigatoriedade, atividades prestadas com prejuízo ou gratuitamente (grifo nosso).

A partir desse entendimento, “a noção de serviço público à francesa vai ter um grande desenvolvimento impulsionado pelo contexto econômico e político que levará a uma expansão da ideia de Estado Social, projetando influência no período entre guerras em diversos países, especialmente no Brasil” (GAROFANO; MARQUES NETO, 2014, p. 65).

Todavia, uma vez que, no Estado Providência, o modelo de serviço público fundava-se na alegação de que a melhor forma de regular uma utilidade pública era mediante a reserva sua exploração ao Estado (MARQUES NETO, 2002), evidencia-se abalo na teoria clássica do serviço público a partir da expansão da execução de serviços públicos por particulares.

Ora, no Estado Social, o ente estatal era diretamente responsável pela produção de bens e serviços e também tinha a função de normatizar as atividades praticadas por particulares em outros setores da economia. Ocorre que, diante dos “processos de reorganização do papel do Estado (premido pela crise de suas fontes de financiamento e pela incapacidade de interromper os processos de abertura econômica em grande medida impulsionados pela tecnologia)” (MARQUES NETO, 2002, p. 15), observa-se o declínio da intervenção estatal no domínio econômico.

3.AS SUPOSTAS CRISES CONCEITUAIS

No âmbito da teoria do serviço público, as transformações na função estatal desencadearam uma crise quanto ao conceito desse instituto, na segunda metade do século passado. Veja-se:

[...] vislumbra-se que as mudanças históricas existentes pelo enfraquecimento do paradigma do Estado de Bem-Estar, somado às transformações doutrinárias enfrentadas no debate jurídico, remoldaram a noção tradicional de serviço público, contextualizando-o aos enfrentamentos vivenciados na época. Assim, é possível ver surgir a primeira denominada crise do serviço público, marcada primordialmente pela derrocada de sua noção universalizante, especialmente caracterizada pela incorporação das atividades de natureza privada ou de regime jurídico privado praticados pelo Estado. O *essencialismo* que estigmatizava a noção tradicional de serviço público, garantido por uma titularidade total de prestação de serviços, foi sendo mitigada, a substituir-se por entes privados que realizam tais tarefas em sede de regime jurídico essencialmente privado.

Desta forma, diversamente de como tratado pela doutrina francesa, viu-se que o serviço público nem sempre é prestado exclusivamente pelo Estado, podendo ser executado pelos entes privados. Do mesmo modo, nem sempre é prestado inteiramente sob o signo do direito administrativo, em um regime de direito inteiramente público (SILVEIRA, 2019, p. 275).

Quanto a esse fenômeno, Grotti (2017) sustenta que houve o enfraquecimento da concepção tradicional porque esta não mais correspondia à realidade, diante da mudança das condições sociais refletidas em vários procedimentos do Estado, suscitando redefinições. Outrossim, os elementos subjetivo e formal da definição do serviço público foram afetados, vez que as pessoas jurídicas públicas não mais

poderiam ser consideradas as únicas prestadoras do serviço público – os particulares também poderiam fazê-lo, desde que a atividade fosse delegada pelo Poder Público – e a prestação dos serviços públicos nem sempre era realizada sob o regime jurídico exclusivamente público (DI PIETRO 2017).

Posteriormente, entre as décadas de 1980 e 1990, houve uma nova crise conceitual dos serviços públicos, que levou a uma reformulação da concepção de *publicatio* (passagem à titularidade do Estado), de reserva de atividade ou de exclusividade, importante na tradicional concepção do serviço público, ocasionando uma revisão do conceito do instituto (GAROFANO; MARQUES NETO, 2014, p. 67). O cenário econômico desse período, pode ser contextualizado da seguinte forma:

Trata-se da liberalização de setores econômicos, com o aumento da atuação da iniciativa privada na economia e a devolução ao mercado de uma série de atividades que dele foram retiradas, acreditando-se que o serviço público será mais bem atendido em regime de mercado e com a maior concorrência possível.

Ganha ênfase o princípio da subsidiariedade, a partir do qual o Estado passa da posição de provedor direto das necessidades coletivas (Estado Providência) para a posição de regulador da ordem econômica, mediante a transferência de competências e atividades tipicamente públicas aos particulares e ao mesmo tempo, enquanto alguns serviços públicos se liberalizam, algumas atividades privadas foram sendo gradativamente submetidas a esquemas organizatórios rígidos (GAROFANO; MARQUES NETO, 2014, p. 68).

Cumprido salientar que a imagem de crise representa tão somente a desaprovação ao modelo teórico previamente estabelecido. Nesse contexto, não há que se falar em nenhum rompimento drástico à prestação dos serviços públicos, havendo tão somente uma descontinuidade no campo da história dos conceitos (SILVEIRA, 2019, p. 282). Reafirmando esse entendimento quanto às supostas crises conceituais, Odete Medauar (2018, p. 316) assinala que representava, simplesmente, “a inadequação de uma teoria específica à extensão das prestações estatais, hoje realizadas sob modos variados”.

Assim, a noção de crise do serviço público é um desdobramento das contínuas transições históricas e políticas, cujos efeitos são incorporados pelo direito administrativo e seus institutos, vez que se encontram no centro dessas expressivas mudanças. Nesse sentido, a noção de crise é sempre reassumida quando se constata

a "alteração do paradigma jurídico vigente, consistindo em um momento de descontinuidade com o passado e na remodelação das atividades estatais frente às exigências políticas e econômicas que caracterizam cada momento histórico" (SILVEIRA, 2019, p. 271).

No Brasil, os novos papéis assumidos pelo Estado refletiram no perfil da Administração Pública, influenciando na concepção do serviço público e no tratamento concedido aos usuários desses serviços. Essa situação pode ser verificada, concretamente, com a migração do modelo da Administração Pública Burocrática para a Gerencial, no período da reforma do Estado brasileiro.

Logo, a noção de serviço público está associada com a justificativa de existência do próprio Estado e se relaciona à transformação de suas funções e características, devendo ser interpretada em conjunto com o modelo de Estado vigente e seus aspectos políticos, sociais e econômicos. Nesse contexto, tem-se que o conceito de serviço público não é estático e evolui conforme as peculiaridades das circunstâncias históricas e as necessidades assumidas pela sociedade, com vista à satisfação do interesse coletivo.

Diante do desenvolvimento da importância dos serviços públicos, foi necessária uma maior proteção e participação dos usuários desses serviços. Nesse passo, o advento da Lei n.º 13.460 de 2017, Lei de Defesa do Usuário do Serviço Público, representa um meio para que os serviços públicos possam ser prestados de modo mais adequado e eficiente.

3. A ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO E A DEFINIÇÃO PROPOSTA PELA LEI Nº 13.460/2017

De início, cumpre esclarecer que o conceito de serviço público não é uniforme na doutrina brasileira e tampouco o texto da Constituição Federal de 1988 apresenta, explicitamente, um conceito para o termo "serviço público", embora forneça uma base constitucional quanto à matéria. Alexandre Santos de Aragão (2013) destaca que a Constituição ora se refere a serviços públicos apenas em sentido econômico, como atividades da titularidade do Estado que podem gerar lucro (ex.: arts. 145, II, e 175), ora como sinônimo de Administração Pública (ex.: art. 37), ora para abordar sobre o serviço de saúde prestado pelo Estado (ex.: art. 198). Ademais, em outras oportunidades, refere-se a "serviços" (ex.: art. 21) e a "serviços de relevância pública" (ex.: arts. 121 e 197).

Na doutrina é unânime a dificuldade em definir, precisamente, serviços públicos. Nessa perspectiva, "trata-se, na verdade, de expressão que admite mais de um sentido, e de conceito que, sobre ter variado em decorrência da evolução do tema relativo às funções do Estado, apresenta vários aspectos diferentes entre os

elementos que o compõem” (CARVALHO FILHO, 2018, p. 404). Com isso, a noção de serviço público sofreu notáveis modificações ao longo do tempo, tanto no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, como no que concerne à sua abrangência (DI PIETRO, 2017).

Didaticamente, Aragão (2013) expõe que a Constituição poderia contemplar quatro concepções doutrinárias de serviços públicos, de acordo com sua maior ou menor abrangência. Assim, apresenta as concepções a) amplíssima; b) ampla; c) restritiva e d) restritíssima.

Segundo o autor (ARAGÃO, 2013), a concepção amplíssima é fruto da escola clássica do serviço público, que equivale o instituto a todas as atividades exercidas pelo Estado, independentemente de serem externas ou internas, inerentes ou não à soberania, potencialmente lucrativas ou não, prestacionais, de polícia administrativa ou de fomento. A concepção ampla identifica os serviços públicos como atividades prestacionais em geral do Estado, cobradas individualmente ou não. Nesse caso, esse conceito abrange os denominados serviços públicos econômicos, que podem ser remunerados mediante taxa ou tarifa (ex.: fornecimento de água, telefonia); os serviços sociais, prestados por delegação ou não (ex.: educação, saúde) e os serviços *uti universi*, que são aqueles prestados à coletividade, inespecíficos e indivisíveis (ex.: iluminação pública).

No tocante à concepção restrita, esta abrange somente as atividades prestacionais que possuem um vínculo direto com os indivíduos, sendo possível a identificação de seus beneficiários e a utilização quantificada, seja remunerada ou gratuita. Nessa classificação, ficam excluídos os serviços *uti universi* – já que não podem ser remunerados diretamente pelos usuários –, abrangendo apenas os serviços públicos econômicos e sociais (ARAGÃO, 2013).

Por fim, a concepção restritíssima compreende os serviços públicos financiados por valores pagos pelos próprios usuários, devendo ser de titularidade exclusiva do Poder Público, exploráveis por particulares através de concessão ou permissão. Esta última concepção advém dos artigos 145, II e 175 da CRFB/88, que estabelecem a remuneração de serviços por meio de taxa ou tarifa. Nessa linha de pensamento, ficam excluídos, novamente, os *uti universi*, bem como os serviços sociais, que são prestados gratuitamente e não são titularizados pelo Estado com exclusividade (ARAGÃO, 2013).

Dessa forma, Aragão (2013, p. 727) propõe que os serviços públicos são as “atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade”. Aduz, ainda, que são desempenhados diretamente ou por meio de

delegatários do Estado, gratuita ou remuneradamente, com o objetivo de alcançar o bem-estar da coletividade.

Influenciado pela doutrina francesa, Hely Lopes Meirelles (2016, p. 418) define que serviço público “é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”. Ao fazer menção à Administração e não ao Estado, são excluídas as atividades legislativa e jurisdicional. Entretanto, o conceito sugerido “ainda é amplo, porque não distingue o poder de polícia do serviço público. Vale dizer, abrange todas as atividades exercidas pela Administração Pública” (DI PIETRO, 2017, p. 173).

Nas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 695), serviço público é “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes”. Para o autor, o serviço público sempre é prestado sob um regime de Direito Público, sendo instituído em favor dos interesses classificados como públicos no sistema normativo.

De acordo com Di Pietro (2017, p. 174), a definição anterior é muito restritiva por utilizar a expressão “utilidade ou comodidade fruível diretamente pelos administrados”, pois desconsidera a existência de serviços que são considerados públicos e nem por essa razão são usufruíveis diretamente pela coletividade, a exemplo dos serviços diplomáticos e dos trabalhos de pesquisa científica. Dessa forma, propõe o seguinte entendimento quanto ao significado do instituto:

[...] o conceito de serviço público permanece no direito brasileiro como atividade que constitui dever do Estado (independentemente da forma como o prestará, direta ou indiretamente). A esse dever do Estado corresponde o direito do cidadão de exigir a sua prestação, o que pode ser feito individual ou coletivamente, na esfera administrativa ou judicial, por intermédio dos entes públicos ou privados legitimados para a defesa de direitos difusos e coletivos (DI PIETRO, 2019, p. 99).

No campo do direito positivo, a expressão aparece tanto em sentido amplo como em sentido restrito, sendo utilizada em seu sentido mais restrito nos casos dos artigos 175, *caput* e 145, II, da Magna Carta. O primeiro dispõe que “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”. De acordo

com o artigo 145, II, a prestação de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição constitui um dos fatos geradores da taxa.

De outro modo, no artigo 37, § 6º, da CRFB/88, que trata acerca da responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, a expressão aparece em seu sentido mais amplo, abrangendo todas as atividades estatais, “sem distinguir a administrativa, a judicial e a legislativa, e sem distinguir o serviço público, em sentido estrito, da atividade de polícia, do fomento e da intervenção” (DI PIETRO, 2017, p. 178).

A Lei nº 13.460/2017, que dispõe acerca da participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, traz conceitos básicos associados à prestação desses serviços. Nesse passo, determina que o serviço público corresponde à “atividade administrativa ou de prestação direta ou indireta de bens ou serviços à população, exercida por órgão ou entidade da administração pública”, conforme a redação do artigo 2º, inciso II.

De início, Emerson Gabardo (2017) identifica que houve equívoco por parte do legislador ao prescrever que serviço público configura a prestação “exercida” pela administração pública, uma vez que o art. 1º da lei estabelece que o diploma legal se refere aos serviços prestados “direta ou indiretamente”, incluindo, portanto, aqueles fornecidos por particulares em regime de concessão ou permissão. Assim, através de uma interpretação sistemática da legislação em comento, conclui ser mais prudente a utilização da expressão “titularizada” em vez de “exercida”.

Com efeito, da análise das acepções doutrinárias e do teor do disposto no referido diploma legislativo, nota-se que a recente legislação apresenta uma noção ampla de serviço público, ou seja, inclui qualquer “atividade administrativa”, sendo tal posicionamento semelhante àquele desenvolvido pelo publicista francês Duguit. No entanto, concomitantemente, o texto da lei consigna um conceito mais restrito de serviço público ao mencionar acerca da “prestação direta e indireta de bens ou serviços à população” (GABARDO, 2017).

Destarte, para Gabardo (2017), desperdiçou-se a oportunidade de atribuir mais segurança jurídica à matéria, conferindo uma terminologia de melhor precisão, pois, assim como ocorre no texto constitucional, o conceito de serviço público utilizado pela lei se mostra ambíguo.

Não obstante a imprecisão legal, a Lei de Defesa do Usuário foi promulgada para regulamentar o inciso I, do § 3º do artigo 37, da Constituição Federal, que atribui ao legislador ordinário a competência para disciplinar acerca das formas de

participação do usuário na administração pública direta e indireta, em especial, “as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços”. O art. 1º, § 1º, da legislação reforça os termos do dispositivo citado.

Ora, o próprio dispositivo constitucional faz menção à expressão “serviços públicos em geral”, o que reflete uma visão mais ampla quanto à noção de serviço público. Nesse sentido, para melhor interpretação e aplicação da Lei nº 13.460 de 2017, em conjunto com o texto constitucional e com a doutrina predominante, deve-se afastar as definições mais restritivas. Nessa ordem de ideias, conclui Thiago Marrara (2018):

A definição legal evidencia que o Código abarca serviços públicos sociais ou econômicos consistentes na oferta de uma prestação (como os serviços educacionais, de tratamento de saúde, de assistência social ou jurídica) ou na entrega de um bem (como os serviços de fornecimento de água, de alimentos, de medicamentos) ao usuário, pessoa física ou jurídica. Mas não é só isso. O art. 2º, II ainda menciona a expressão “atividade administrativa” certamente no intuito de incluir na definição legal os chamados serviços públicos administrativos, que desempenham função complementar ou de suporte a um serviço público principal (como os serviços de creche, de alimentação ou de apoio psicossocial prestados por universidades públicas a seus discentes ou os serviços de arquivamento ou processamento de dados prestados por certos órgãos públicos a outros).

4. O SERVIÇO PÚBLICO COMO DEVER DO ESTADO E DIREITO DO USUÁRIO

O conceito de serviço público se mantém no direito brasileiro, por força da própria Constituição Federal, que estabelece o dever de prestação de serviços públicos de modo adequado e garante aos usuários o direito de exigir sua prestação, inclusive, através do direito à reclamação diante de sua violação.

Destaque-se, por oportuno, que, notadamente no campo dos serviços públicos de natureza econômica, como os comerciais e os industriais, novas perspectivas vêm sendo inseridas pelo sistema normativo brasileiro. Assim, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 98) esclarece que “a ideia é a de manter parcialmente tais atividades como serviços públicos de titularidade do Estado e liberar uma parcela

para a iniciativa privada. Com isto, introduz-se no ordenamento jurídico a ideia de concorrência na prestação de serviços públicos”.

Apesar dessas novas tendências quanto ao instituto, Di Pietro (2017, p. 99) sustenta que é indiscutível a existência de determinadas atividades que constituem deveres do Estado, como:

[...] as mencionadas no art. 21, XI e XII, e no art. 25, § 2º, todas elas de titularidade exclusiva da União e dos estados-membros, respectivamente. Ao Poder Público cabe decidir se os prestará diretamente ou sob regime de concessão, permissão ou autorização. São os serviços comerciais e industriais do Estado.

Também decorre da Constituição a existência de atividades que constituem deveres do Estado, porém sem previsão de exclusividade, já que também são expressamente abertas à iniciativa privada. Trata-se dos serviços sociais não exclusivos do Estado, dentre eles a saúde, a educação, a assistência social, a cultura, a previdência.

Dessa forma, a *administrativista* conclui que “no direito brasileiro, a satisfação de necessidades coletivas previstas como deveres do Estado constitui direito do cidadão. Abrange os direitos sociais e os direitos econômicos: serviços sociais e comerciais ou industriais do Estado” (DI PIETRO, 2019, p. 99).

É de se notar que o constituinte demonstra preocupação com os direitos dos cidadãos perante os serviços públicos, tendo em vista que o próprio texto constitucional realça a necessidade de definição legal dos direitos dos usuários, nos termos do artigo 175, parágrafo único, ao determinar que “a lei disporá sobre: [...] II – os direitos dos usuários”; “IV – a obrigação de manter serviço adequado”. Além disso, a doutrina administrativa tem avançado no sentido de reconhecer o direito fundamental ao serviço público adequado, ou seja, o direito de exigir do Estado a realização de prestações positivas, indispensáveis para a satisfação de necessidades individuais ou coletivas (BACELLAR FILHO, 2002).

Aliás, com a aprovação da EC n.º 19, como consequência da reforma administrativa do Estado na década de 1990, a proteção dos usuários de serviço público ganhou novos delineamentos constitucionais com a modificação da redação do artigo 37, § 3º, da CRFB/88, que introduziu o modo como esses sujeitos deveriam ser contemplados. Logo, houve uma acentuada valorização do usuário, uma vez que “foi, por muito tempo, percebido pelo Direito como uma pessoa abstrata, não individualizada, que apenas estava submetido às vontades do administrador público” (FARIA; HACHEM, 2016, p. 316).

Nesse ínterim, o citado art. 37, § 3º, inciso I, contém prerrogativas reconhecidas aos destinatários do serviço público, pois prevê a regulamentação de lei dispondo acerca do direito de reclamação do usuário e a avaliação da qualidade dos serviços prestados.

Ademais, a referida emenda também estabeleceu, no prazo de 120 dias, a edição de Lei visando à adoção de mecanismos reservados à proteção e à defesa dos usuários no processo e na forma de prestação dos serviços públicos. Portanto, foi a partir da EC nº 19/1998 que o Congresso Nacional “lançou-se ao debate legislativo sobre a forma pela qual o regramento seria implementado, conferindo ao usuário maior proteção e efetiva participação no processo de fiscalização e de aprimoramento do serviço público” (SOARES, 2018, p. 139).

Para Thiago Marrara (2018), demandava-se, desde o final da década de 1980, por uma lei específica a tratar da matéria. Contudo, “por longo tempo, os direitos dos usuários e os parâmetros de prestação de um serviço adequado receberam apenas um tratamento genérico e precário em certos dispositivos da Lei de Concessões e em algumas normas setoriais”.

A Lei, então, passou a ser objeto de discussão no Congresso. Todavia, após o lapso temporal de quase duas décadas sem a edição do instrumento legal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 24), no ano de 2013, tendo como objeto a mora legislativa na elaboração da lei de defesa dos usuários de serviços públicos.

Os requerentes pediram o deferimento de medida cautelar para a) determinar aos Presidentes da Câmara e do Senado, bem assim à Presidência da República, a adoção das providências para que a análise do Projeto de Lei nº 6.953/2002 e sua conversão em lei ocorressem no prazo máximo de 120 dias; b) que o Supremo Tribunal Federal confirmasse a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, a fim de resguardar o cidadão contribuinte em suas relações com o Poder Público, enquanto não editada a lei específica.

No caso, o Ministro Dias Toffoli, na condição de relator, reconheceu que a cláusula constante do art. 27 da EC nº 19/98 constitui “verdadeira imposição legiferante” dirigida ao Estado legislador, tendo “por finalidade vinculá-lo à efetivação de uma legislação destinada: (a) a assegurar a prestação de serviços públicos de qualidade à coletividade e (b) a estabelecer mecanismos específicos de proteção e defesa dos usuários” (BRASIL, 2013). Em decisão monocrática, a mora legislativa foi reconhecida, determinando-se que o Congresso suprisse a omissão no prazo de 120 dias.

Quanto ao segundo requerimento, não houve decisão em sede cautelar, pois o relator deixou o pedido de aplicação subsidiária e provisória do CDC às relações de usuários de serviços públicos para “análise mais aprofundada por parte do Tribunal – caso ainda subsista a mora –, e após colhidas as informações das autoridades requeridas e as manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República” (BRASIL, 2013).

O segundo pedido, entretanto, restou prejudicado, uma vez que, diante da decisão cautelar da Suprema Corte, em 26 de junho de 2017, houve a publicação da mencionada Lei nº 13.460, que trata acerca da participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública, aplicando-se à Administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º, §1º) e, subsidiariamente, aos serviços públicos prestados por particulares (art. 1º, §3º).

Com efeito, a legislação representa um reforço aos direitos dos usuários, uma vez que possui mecanismos voltados à proteção e defesa desses sujeitos, além de proporcionar a expansão do controle social sobre os serviços públicos, com o objetivo de promover a eficiência em sua prestação. Nesse passo, dentre as normas e mecanismos aliados à ideia de prestação adequada e proteção aos cidadãos, é possível destacar as seguintes: a) a aplicação de soluções tecnológicas para simplificação do atendimento ao usuário e compartilhamento de informações (art. 5º, XIII); b) a criação e a regulamentação da Carta de Serviço ao Usuário (art. 7º); c) a regulamentação das manifestações dos usuários (art. 9º); d) a regulamentação das ouvidorias (art. 13); e) a criação e a regulamentação dos conselhos de usuários (art. 18); e f) a avaliação continuada dos serviços públicos (art. 23).

Assim, a lei avança na tutela dos direitos básicos dos usuários e fomenta o acesso ao serviço público de qualidade, com transparência no controle e com a criação de recursos para participação popular na administração pública.

Portanto, conforme se depreende do disposto nos artigos 37, § 3º e 175, parágrafo único, II e IV da CRFB/88, a defesa e a proteção dos direitos dos usuários dos serviços públicos representam direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, sendo dever do Estado garantir a prestação de forma eficiente e adequada, com objetivo de concretizar a tutela dos usuários prevista no texto constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou analisar a prestação adequada e eficiente dos serviços públicos como um dever do Estado no direito brasileiro, a partir do exame de normas constitucionais e infraconstitucionais, bem como o corresponde direito

dos usuários de exigir essa prestação nos moldes constitucionais e legais, a fim de atender às necessidades individuais e coletivas.

Nesse sentido, verificou-se que a noção de serviço público está vinculada à justificativa da existência do próprio Estado, relacionando-se com as transformações das funções e das características estatais, razão pela qual é importante que seja interpretada em conformidade com o modelo de Estado predominante e seus respectivos aspectos políticos, sociais e econômicos. Assim, constata-se que o conceito de serviço público é dinâmico e evolui conforme as circunstâncias históricas e as necessidades assumidas pela sociedade em determinado contexto.

Apesar da ausência de unanimidade quanto a sua definição, o conceito de serviço público se mantém no direito brasileiro, pois a própria Constituição Federal fornece uma base constitucional quanto à matéria. Ademais, também foi possível concluir que a definição apresentada pela Lei nº 13.460/2017 deve ser analisada de acordo com o texto constitucional e com a doutrina predominante.

Por fim, verificou-se que a proteção dos usuários dos serviços públicos recebeu novos contornos constitucionais a partir da modificação da redação do artigo 37, § 3º, da Constituição, que introduziu o modo como os usuários deveriam ser contemplados. Adiante, com a promulgação da Lei de Defesa dos Usuários, percebe-se que houve uma valorização desses sujeitos, tendo em vista que a referida legislação compreende mecanismos voltados a sua defesa e participação, além de proporcionar a expansão do controle social sobre a prestação e manutenção dos serviços públicos.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos de. **Curso de Direito Administrativo**. 2.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. O poder normativo dos entes reguladores e a participação dos cidadãos nesta atividade. Serviços públicos e direitos fundamentais: os desafios da regulação na experiência brasileira. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 230, p. 153-162, out./dez. 2002. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46339>. Acesso em: 15 dez. 2019.

BARCAROLLO, Felipe. Os serviços públicos na evolução do estado. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Chapecó, v. 14, nº 2, p. 597-628, jul./dez. 2013. Disponível em: <portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/3392>. Acesso em: 09 dez. 2019.

BEZERRA, Helga Maria Sabóia. As transformações da noção de serviço público na União Europeia: o serviço de interesse geral do Tratado de Lisboa. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n° 32, p. 104-133, jan./jun. 2008. Disponível em: <<https://doi.org/10.17808/des.32.250>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. STF. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 24. Rel. Dias Toffoli. Disponível em <<portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4427163>>. Acesso em: 03 jan. 2020.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Os direitos dos usuários de serviço público no direito brasileiro. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 31, n. 1, p. 97-107, 27 mar. 2019. Disponível em: <<http://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/23>>. Acesso em: 17 dez. 2020.

FARIA, Luzardo; HACHEM, Daniel Wunder. A proteção jurídica do usuário do serviço público entre o direito administrativo e o Código de defesa do Consumidor: a necessidade de uma filtragem constitucional. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 15, n. 6, p. 311-336, set./dez. 2016. Disponível em: <danielwunderhachem.com.br/img/artigos/arquivo_20161222121401_27.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2020.

GABARDO, Emerson. O Novo Código de Defesa do Usuário do Serviço Público: Lei 13.460/17. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, ano 2017, n. 367, jun. 2017. Disponível em: <direitodoestado.com.br/colunistas/emerson-gabardo/o-novo-codigo-de-defesa-do-usuario-do-servico-publico-Lei-13-460-17>. Acesso em: 21 nov. 2019.

GAROFANO, Rafael Roque; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Notas sobre o Conceito de Serviço Público e suas Configurações na Atualidade. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, ano 12, volume 46, p. 63-77, abril/junho 2014.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Evolução da teoria do serviço público. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em:

<<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/40/edicao-1/evolucao-da-teoria-do-servico-publico>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

MARRARA, Thiago. O Código de Defesa do Usuário de Serviços Públicos (Lei n. 13.460/2017): seis parâmetros de aplicabilidade. **Revista Colunistas de Direito do Estado**, Salvador, n. 383, 2018. Disponível em: <direitodoestado.com.br/colunistas/thiago-marrara/o-codigo-de-defesa-do-usuario-de-servicos-publicos-lei-n-13460-2017-seis-parametros-de-aplicabilidade>. Acesso em: 21 jan. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Nova regulação dos serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 228, p. 13-29, abr./jun. 2002. Disponível em: <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46521>. Acesso em: 02 jan. 2020.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 21^a ed. Belo Horizonte. Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32^a ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVEIRA, Daniel Barile da. Os serviços públicos estatais poderiam ser extintos? Crises e mudanças estruturais do direito administrativo do século XXI. **Temas atuais de direito público**: estudos em homenagem ao professor Toshio Mukai. Ed. Thoth, 2019.

SOARES, Marcelo Narcizo. O usuário do serviço público como sujeito constitucional - possibilidades de atuação como agente de controle e auxiliar na regulação social da atividade econômica e financeira dos serviços públicos. **Direito e administração pública nos 30 anos da constituição**: experiências e desafios no direito administrativo brasileiro. Florianópolis, Tirant lo Blanch, vol. 2, p. 123-162, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luís Bolzan de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.