

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1072

(Ano XIV)

(19/02/2022)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Um Clássico Ofuscado

Ricardo Nogueira Viana, 07

ARTIGOS

A (des)proteção da mulher e a legislação penal brasileira

Evie Saramella de Resende, 09.

O feminismo na criminologia

Mirela Cavichioli, 28.

As sentenças interpretativas e aditivas no controle de constitucionalidade abstrato das normas

Lucas Maia Pires, 35.

Globalização, sociedade de risco e tutela penal do bem jurídico difuso

Juliano Carvalho Atoji e Daniel Magalhães Albuquerque Silva, 44.

Análise crítica sobre conciliação e mediação nas serventias extrajudiciais

André Machado de Souza e Gustavo Triandafelides Balthazar, 67.

A perspectiva sociológica no estudo do meio ambiente através da obra cinematográfica WALL.E

Matheus Sad Serenato, 80.

Interpretação e integração dos contratos – uma abordagem entre Brasil e Portugal

Daniel Magalhães Albuquerque Silva, 98.

A Aplicação do Pensamento de Michel Troper no Processo Penal Brasileiro

Tiago Alves Serbeto de Freitas e Juliano Carvalho Atoji, 117.

A publicidade enganosa e simulada sob a ótica do direito do consumidor

Paula Aguiar Lima, 136.

Apontamentos sobre a negociação coletiva no setor público

Juliana Mary Yamanaka Nakano, 156.

A exclusão extrajudicial de sócios sob a ótica de decidibilidade

Marcela Vieira Marconi, 173

A crise do paradigma punitivo no Brasil e o potencial transformador da Justiça Restaurativa

Elaine Cristina Monteiro Cavalcante, 188.

A autonomia individual no panorama normativo brasileiro sobre a doação de órgãos

Caio Henrique Alcântara, 214.

Cumprimento da decisão Judicial que determina o pagamento de alimentos pelo rito da prisão civil no período da pandemia da Covid-19.

Cláudio Facundo de Lima, 224.

Princípio da proteção como limite à reforma trabalhista instituída pela Lei 13.467/2017

Vilma Jesus de Oliveira, 229.

UM CLÁSSICO OFUSCADO

RICARDO NOGUEIRA VIANA,
Delegado Chefe da 6ª DP, Professor
de Educação Física.

Em vários ciclos da história contemporânea, o esporte fincou balizas e se posicionou diante do preconceito racial. O futebol, de origem inglesa, foi incorporado ao Brasil no início do século XX, pela elite dominante à época. Esporte praticado por uma maioria branca, evoluiu paulatinamente, ao ponto de hoje, não se questionar que a bola e o brasileiro, um povo miscigenado, formam uma dupla inseparável. Mais do que uma manifestação cultural, esta prática esportiva se traduz em movimento, onde emoção e razão nem sempre andam em sintonia. Desde uma simples pelada em um campo de várzea ao esporte de resultado - de alto rendimento, dentro das quatro linhas circula dinheiro, onde expoentes são idolatrados por torcedores e seguidores. Um país em que 56% da população é formada por negros e pardos, estes se destacam como ídolos em quadras e gramados, mas mesmo diante do status que ostentam, não escapam da ira de alguns tolos, estultos e preconceituosos.

“Até quando? Até quando isso vai acontecer sem punição? Jamais vou me calar, é inadmissível que passemos por isso!! Orgulho da minha raça, orgulho da minha cor!!”. Sem dúvida, essas palavras não foram proferidas pelo congolês, Moïse, 24 anos, assassinado mediante violência física após cobrar uma dívida trabalhista, tampouco por Durval Teófilo, 38, alvejado por três tiros por um sargento da marinha, no momento em que entrava no condomínio onde morava. Até porque, estes não tiveram tempo de respirar, tampouco falar. A frase foi pronunciada por Gabriela Barbosa, o Gabigol, atacante do Flamengo e da seleção brasileira, após ser chamado de macaco pela torcida tricolor. Não foi a primeira vez que jogadores são submetidos a este tipo de tratamento por parte dos torcedores brasileiros. Rememoro o episódio ocorrido em 2012, em que Wallace Souza, jogador de vôlei, foi chamado de macaco por uma torcedora durante uma partida entre Cruzeiro e Minas Gerais. Em 2014, o goleiro Aranha, após grande atuação que culminou com a vitória do Santos por 2x0 sobre o time gaúcho, uma torcedora o chamou de macaco, enquanto seus partícipes imitavam o som do primata.

Muda-se o cenário, mas o enredo é o mesmo, não a bola, mas o racismo. Há de se pensar se o preconceito aumentou entre os brasileiros. Não, ele somente se evidenciou, tornou-se célere e flagrante, graças ao potencial dos meios de comunicações disponíveis. Sim, hoje, com um clic, uma notícia ou agressão ganha o mundo e repercute, seja em um campo de futebol, em uma residência ou lanchonete. Como sujeito passivo dessa chaga, encontra-se o negro, escravizado, liberto, mas não amparado, vivendo até hoje sob a égide de uma falsa democracia racial.

O futebol, no seu momento sublime, o gol, simboliza alegria, expressão do ser, júbilo e êxtase. Esse mesmo esporte já protagonizou momentos de ruptura na aristocracia que dirigia a liga carioca de futebol, nos anos 20. Cito o hoje combalido Clube de Regatas Vasco da Gama, o qual promoveu o documento conhecido como Reposta Histórica. Em 1924, o time, o qual vinha em ascensão, formado por operários, recusou-se a disputar a divisão principal do Rio de Janeiro sem os seus jogadores negros, exigência imposta pelos dirigentes da época. Após este movimento de resistência, o Vasco foi admitido em 1925 e ajudou a abrir portas aos afrodescendentes na seara esportiva. Daí pode-se dizer que eclodiram Pelé e tantos outros.

É inadmissível que ainda passamos por isso, mas é o que vige. O racismo se permeia em todas as classes sociais e, em um momento de comparação ou competição, quando um ser desprezível não vence no campo das ideias ou até mesmo nas esferas afetiva ou motora, tende a diminuir próximo pela cor da pele. A repercussão se deu pelo fato de não estarmos falando de um afrodescendente miserável, o qual habita favelas, cadeias, trabalha em um quiosque ou chega à noite em seu condomínio com uma mochila nas costas, mas sim, de um milionário que fez fortuna através do seu suor. Seria hora de execrar a torcida tricolor? Não! Deve-se penalizar o Brasil, estado que falhou em carrear políticas públicas aos afro-brasileiros e também chafurdou ao não dar educação a essa gente tacanha, vil, funesta, que diante das suas agruras e frustrações, menospreza os seus semelhantes, seja ele rico, famoso ou um simples cidadão, por conta da sua origem.

A (DES)PROTEÇÃO DA MULHER E A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

EVIE SARAMELLA DE RESENDE:

Graduada em Comunicação Social pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Pós-graduada em Direito Constitucional pela Faculdade Internacional Signorelli. Servidora pública no Ministério Público de Minas Gerais

TADEU GALVÃO MAESSE

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho volta-se à análise da legislação penal brasileira dedicada à proteção da mulher. A violência contra a mulher é uma realidade não só no Brasil, mas em todo o mundo. As estatísticas revelam que as mulheres são vítimas de crimes violentos e perversos apenas por sua condição de ser mulher. Em razão disso, a legislação penal se adapta e inova ao criar normas para combater a violência de gênero no país. Assim, a Lei 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Pena, e a Lei 13.104/15, que tipifica o feminicídio, são os objetos de estudo deste artigo. Sem a intenção de esgotar o assunto, busca-se, através da pesquisa e da revisão literária sobre o tema, discutir a necessidade e a eficácia de tais leis no combate à violência contra a mulher no Brasil. Fica claro, através da análise de dados e do estudo das referidas leis, que, além dos esforços legais, outras medidas ainda precisam ser adotadas para resolver o problema da violência de gênero no país.

PALAVRAS-CHAVE: Violência contra a mulher. Lei Maria da Pena. Feminicídio.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. REVISÃO BIBLIOGRÁFICA. 1. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: CARACTERÍSTICAS E NÚMEROS. METODOLOGIA. 2. A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA VOLTADA À PROTEÇÃO DA MULHER. 2.1 Aspectos gerais da Lei 11.340/06. 2.2 Aspectos gerais da Lei 13.104/15. 3. O PAPEL DA MÍDIA FRENTE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é tão antiga quanto a história da humanidade. Ela é estruturada em uma construção social que prega a dominação do masculino sobre o feminino, que, em última análise, é resultado do sistema patriarcal, amplamente marcado e garantido pelo uso da violência. Essa relação de poder, baseada em padrões de dominação, leva à discriminação da mulher, à reprodução de estereótipos, tanto no espaço público como no âmbito das relações privadas, e contribui para que o agressor sinta-se legitimado ao cometer abusos, físicos ou psicológicos.

Embora seja um problema histórico, a violência de gênero passou a ser mais discutida na segunda metade do século XX. A partir da década de 1970, os movimentos feministas cresceram e a comunidade internacional começou a reconhecer a necessidade de oferecer um tratamento diferenciado à problemática de gênero. Assim, em 1979, as Nações Unidas aprovaram a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, em inglês), primeiro documento internacional de direitos humanos que aborda exclusivamente o tema da violência contra a mulher.

Ainda levaria alguns anos para que tivessem início as reformas legais que deram origem a leis específicas de combate à violência contra a mulher. Embora outros países latino-americanos tenham editado leis nesse sentido ainda na década de 1990, o Brasil só promulgou sua primeira lei voltada à violência de gênero em 2006.

A lenta evolução legislativa pode ser entendida quando se verifica que, no que tange à questão de gênero, a legislação brasileira apresenta um longo histórico de discriminação negativa. Muitos diplomas legais previam expressamente a discriminação da mulher. O Código Civil de 1916, por exemplo, previa a possibilidade de o marido anular o casamento caso constatasse que a esposa não era mais virgem. Esse Código vigorou até 2002. Já o Código Penal de 1940, trazia, até o ano de 2005, o conceito de “mulher honesta”, que seria aquela cuja conduta moral e sexual era considerada irrepreensível. Tal característica era imprescindível para assegurar proteção legal contra determinados crimes sexuais, descaracterizando, por exemplo, o caráter criminoso do estupro de uma prostituta. Esse Código também previa, até 2005, a extinção da punibilidade de um crime pelo casamento da vítima com o autor. Assim, um estuprador deixaria de ser condenado caso a mulher vítima do estupro viesse a se casar com ele.

A partir desse contexto, no primeiro momento das reformas legais, buscou-se retirar da legislação essas discriminações negativas. Após, com a evolução das estruturas de pensamento e a pressão social e internacional, tornou-se necessário inserir entre as leis do país exemplos de discriminação positiva da mulher. Dessa forma, há cerca de uma década, a legislação penal brasileira avançou ao criar leis que tipificam crimes cometidos contra as mulheres.

A primeira lei de proteção à mulher foi promulgada em 2006. Trata-se da Lei 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha. Sem natureza punitivista e de caráter político-criminal, a Lei cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. A norma tipifica cinco formas dessa violência: a violência física, a psicológica, a sexual, a patrimonial e a moral. Prevê, ainda, políticas de prevenção e assistência à mulher em situação de violência, além de medidas protetivas de urgência. A Lei também regulamenta o atendimento de mulheres em situação de violência doméstica pela Autoridade Policial e a atuação do Ministério Público nesses casos.

Quase dez anos após a sanção da Lei Maria da Penha, outro crime contra a mulher foi tipificado no Brasil: o feminicídio, ou seja, o assassinato de mulheres exclusivamente em razão de gênero. A Lei 13.104/15, de caráter mais punitivista, altera o art. 121 do Código Penal, “para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos”.

Tal legislação especial ainda é alvo de críticas e discussões. O objetivo deste trabalho é justamente apresentar essas leis, em aspectos gerais, e analisar sua necessidade e eficácia frente aos elevados números das estatísticas de violência contra a mulher. Tal estudo revela-se ainda mais relevante se considerarmos que a cultura do machismo ainda é forte no Brasil e que, muitas vezes, a mídia atua de forma tendenciosa ao noticiar os casos de violência contra a mulher, retratando as vítimas de maneira preconceituosa e favorecendo a sua culpabilização.

REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

O objetivo deste trabalho é analisar a proteção conferida à mulher na legislação penal brasileira. Para tanto, são estudadas as leis 11.340/06 e 13.104/15.

Inicialmente, fez-se necessária a análise do Código Penal de 1940 e suas alterações. Nessa fase, serviram de base obras como Curso de Direito Penal: legislação penal especial, de Fernando Capez (CAPEZ, 2014), e Direito Penal Esquemático: parte especial, de Victor Eduardo Rios Gonçalves (GONÇALVES, 2012).

No estudo específico das leis acima mencionadas, merece destaque o trabalho de Ricardo Antonio Andreucci, que, no livro Legislação Penal Especial (ANDREUCCI, 2013), faz uma análise técnica e minuciosa sobre violência doméstica e familiar contra a mulher, apresentando a Lei 11.340/06.

Sobre esta norma, também serviram de base os livros de Maria Berenice Dias, A Lei Maria da Penha na Justiça – A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher (DIAS, 2007), e de Alice Bianchini, Lei Maria da Penha – Aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero (BIANCHINI, 2014), que detalham os vários aspectos da referida lei.

Ainda sobre esse tema, foi visitada a obra A família ameaçada – Violência doméstica nas Américas, de Andrew R. Morrison e María Loreto Biehl (MORRISON & BIEHL, 2000), importante para contextualização histórica da violência contra a mulher na América.

Para o estudo sobre a Lei 13.104/15, foram analisados trabalhos acadêmicos de maior relevância, além do livro Feminicídio – invisibilidade mata, organizado por Débora Prado e Marisa Sanematsu (2017), que é bastante rico em definições e traz a evolução do

conceito de feminicídio no ordenamento jurídico internacional e sua incorporação ao Código Penal Brasileiro.

Além da revisão bibliográfica mencionada, foram colhidos dados estatísticos sobre a violência contra a mulher, seja ela doméstica ou não. Ao mostrar os números disponibilizados em dossiês e mapas de violência, como o elaborado por Julio Jacobo Waiselfisz (2015), que analisa o homicídio de mulheres no Brasil, busca-se comparar os dados anteriores e posteriores às leis estudadas neste trabalho, com o objetivo de verificar a necessidade e a eficácia das mesmas.

1. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: CARACTERÍSTICAS E NÚMEROS

Os números da violência contra a mulher são alarmantes em todo o mundo. No Brasil, essa realidade não é diferente. Segundo dados recentes, divulgados pelo *site* Agência Patrícia Galvão, ocorrem cinco espancamentos de mulheres a cada dois minutos no país. A cada onze minutos, uma mulher é estuprada. Cento e setenta e nove agressões são relatadas por dia no Ligue 180, central de atendimento criada para orientação sobre direitos e serviços públicos para a população feminina em todo o país. Por fim, um feminicídio ocorre no Brasil a cada noventa minutos.

De acordo com o Mapa da Violência 2015, entre os anos 1980 e 2013, 106.093 mulheres foram vítimas de homicídio no Brasil. Em 1980, 1.353 mulheres foram assassinadas, enquanto esse número subiu para 4.762 em 2013, configurando um aumento de 252%. Se considerarmos o crescimento da população, veremos que a taxa de vítimas a cada 100 mil mulheres também aumentou, passando de 2,3 vítimas por 100 mil em 1980 para 4,8 em 2013, um aumento de 111,1%.

A pesquisa também analisou os números antes e depois da promulgação da Lei Maria da Penha, em 2006. Verificou-se que, antes da Lei, de 1980 a 2006, o crescimento do número de homicídio de mulheres foi de 7,6% ao ano e o crescimento da taxa ponderada, que leva em conta a população total feminina, foi de 2,5% ao ano. No período de 2006 a 2013, já com a vigência da Lei, o crescimento do número de homicídios e da taxa ponderada caiu para 2,6% e 1,7% ao ano, respectivamente. Entretanto, levando-se em conta apenas a década de 2003 a 2013, verificou-se que o maior aumento de número de homicídios e taxas ocorreu sob a égide da referida lei, entre os anos de 2006 e 2013. Nesse período, o número de homicídios cresceu 18,4% e a taxa ponderada aumentou 12,5%.

Em dados fornecidos pela Organização Mundial de Saúde (OMS), em 2013, o Brasil era o 5º país com maior taxa de homicídio por 100 mil mulheres, num grupo de 83 países com dados homogêneos. A taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres deixava o país à frente apenas de El Salvador, Colômbia, Guatemala e Federação Russa. O número de homicídios femininos no Brasil era 48 vezes maior que no Reino Unido, por exemplo.

É importante ressaltar que os índices trazidos pelo Mapa da Violência 2015 são referentes a homicídios de mulheres e não especificam o número de feminicídios, ou seja, quando o crime é cometido em razão de gênero. Isso se deve ao fato de que a Lei 13.104/15, que tipifica o feminicídio, é ainda recente. Portanto, os dados de boletins de ocorrência e inquéritos policiais gerados após a tipificação desse crime ainda não puderam ser devidamente analisados.

O Ligue 180 - Central de Atendimento à Mulher é um importante serviço vinculado à Secretaria Especial de Políticas para Mulheres, do Governo Federal. Os dados mais recentes da Central são referentes ao 1º semestre de 2016. Em 11 anos de funcionamento, foram registrados cerca de 5,4 milhões de atendimentos. De 2014 para 2015, houve um aumento de 54,4% na procura pelo serviço, mostrando que a violência contra a mulher está mais visível e mais gritante. Nos primeiros seis meses de 2016, foram registrados 555.634 atendimentos. Desses, 68 mil atendimentos, ou 12,23% do total, foram relatos de violência: 51% correspondem a violência física; 31,1% violência psicológica; 6,51% violência moral; 1,93% violência patrimonial; 4,30% violência sexual; 4,86% cárcere privado; e 0,24% tráfico de pessoas.

A violência contra a mulher, motivada por questões de gênero, tem características próprias muito relevantes: ela decorre de uma relação de poder marcada pela dominação do homem e pela submissão da mulher; normalmente essa violência perpassa a relação pessoal entre homem e mulher e é encontrada também nas instituições, nas práticas cotidianas e em tudo que constitui as relações sociais; por fim, a relação afetiva, a proximidade entre a vítima e o agressor, característica marcante da violência doméstica, e a habitualidade das situações de violência tornam as mulheres ainda mais vulneráveis dentro do sistema de desigualdade de gêneros.

A motivação das agressões contra mulheres decorre de diversos fatores. A pesquisa DataSenado 2013 apontou que 28% das vítimas de violência responderam que o ciúme motivou a agressão. Outras 24,5% apontaram o uso de álcool, enquanto 6,5% a traição conjugal, 6% a separação e 2,6% o uso de drogas.

A relação de proximidade com o agressor também é um fator marcante na violência de gênero. Segundo o Mapa da Violência 2015, 1.583 mulheres foram mortas por familiares, parceiros ou ex-parceiros no ano de 2013. Esse número corresponde a 33,2% dos homicídios femininos ocorridos naquele ano. As formas de agressão também merecem destaque quando se trata de violência contra a mulher. Os meios que exigem contato direto, como objetos cortantes e penetrantes, objetos contundentes e sufocação são muito mais utilizados contra mulheres do que contra homens.

O chamado ciclo da violência é complexo e difícil de ser rompido. O predomínio da cultura machista, a falta de mecanismos que possam garantir a segurança das mulheres

agredidas longe dos agressores, o reduzido número de casas-abrigo, de delegacias da mulher, de centros multidisciplinares de atendimento a vítimas e de juizados especializados contribuem para que o ciclo seja mantido. Além disso, alguns motivos levam as mulheres em situação de violência doméstica e familiar a não denunciarem os agressores. Entre eles, os mais comuns são: medo do agressor; dependência financeira; percepção de que nada acontece com o agressor quando denunciado; preocupação com a criação dos filhos; vergonha de se separar e de admitir que foi agredida; e acreditar que aquela agressão seria a última.

Importante ressaltar que a violência doméstica e a social estão estreitamente ligadas, uma vez que crianças que convivem com agressões e testemunham maus-tratos são mais propensas a se comportarem de maneira violenta quando adultos, dentro e fora de casa. A violência contra a mulher também gera prejuízos econômicos, tanto em função dos gastos com tratamento das mulheres agredidas e com a persecução penal e o encarceramento dos agressores, quanto em razão do afastamento dessas mulheres do trabalho e do prejuízo ao desenvolvimento escolar das crianças que testemunham os maus-tratos sofridos pelas mães e, assim, têm suas possibilidades futuras no mercado de trabalho prejudicadas, além de ter reduzida sua capacidade de contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país.

METODOLOGIA

Para o desenvolvimento desse trabalho, foi utilizado o método dialético. Primeiramente, através de pesquisa bibliográfica, por meio de leitura e fichamento de livros, artigos e periódicos, além da utilização de material audiovisual. Com essa pesquisa, vislumbrou-se o aprofundamento do conhecimento legal, doutrinário e jurisprudencial do tema proposto.

Após a conclusão da pesquisa e o estudo de todo o material encontrado, iniciou-se a confecção do trabalho, cuja redação privilegiou a objetividade e a concisão, visando ao fácil entendimento por parte do leitor, sem prejuízo da riqueza da exposição do tema.

A partir da pesquisa exploratória e análise qualitativa das informações, buscou-se mostrar as principais características e especificidades da matéria em exame, bem como apontar as maiores falhas e possíveis soluções para os problemas apresentados.

2. A LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA VOLTADA À PROTEÇÃO DA MULHER

2.1 Aspectos gerais da Lei 11.340/06

A Lei Maria da Penha foi promulgada em 7 de agosto de 2006. Esse nome foi dado à Lei 11.340/06 como homenagem à farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, que foi vítima de violência e tentativa de homicídio pelo então marido, um professor universitário.

Os fatos aconteceram na década de 1980 e Maria da Penha ficou paraplégica em razão de um tiro dado pelo agressor. O caso se arrastou na justiça e o criminoso foi preso apenas no ano 2002, tendo cumprido somente dois anos de prisão. A repercussão foi tão grande que o Brasil foi condenado pela Organização dos Estados Americanos (OEA) a pagar indenização em favor de Maria da Penha e o Estado brasileiro foi responsabilizado por negligência e omissão em relação à violência doméstica. Graças à pressão por parte da OEA, teve início em 2002 o projeto que seria enviado ao Congresso Nacional no ano de 2004 e resultaria, enfim, na Lei 11.340/06.

Tendo como base a Constituição Federal e importantes documentos internacionais, além de outras providências, a Lei Maria da Penha:

Art. 1º [...] cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal.

Cinco formas de violência doméstica e familiar contra a mulher são mencionadas expressamente na Lei: a **violência física** – quando há ofensa à integridade ou saúde corporal da mulher (art. 7º, I); a **violência psicológica** – quando há dano emocional, diminuição da autoestima, prejuízo ao pleno desenvolvimento ou à saúde psicológica e à autodeterminação (art. 7º, II); a **violência sexual** – quando a mulher é constrangida a presenciar, manter ou participar de relação sexual não desejada, quando é induzida a comercializar ou utilizar sua sexualidade ou quando há limitação do exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos (art. 7º, III); a **violência patrimonial** – quando há a retenção, subtração ou destruição de objetos, documentos, bens, valores e direitos da mulher, entre outros (art. 7º, IV); e, ainda, a **violência moral** – quando ocorre qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (art. 7º, V). Entretanto, o rol é meramente ilustrativo, uma vez que o dispositivo faz menção à expressão “entre outras” no *caput* do art. 7º.

Para se caracterizar a violência doméstica e familiar contra a mulher, tipificada no art. 5º da Lei Maria da Penha, alguns requisitos são necessários: a violência tem que ser baseada em uma questão de gênero, praticada contra a mulher em um contexto familiar, doméstico ou em razão de relação íntima de afeto e resultar em morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.

Embora a mulher em situação de violência doméstica e familiar seja o destinatário principal da Lei 11.340/06, a norma também prevê alguns dispositivos de caráter

assistencial e/ou protetivo direcionados aos familiares, às testemunhas e ao próprio agressor. Importante ressaltar que a Lei menciona expressamente que sua aplicação independe de orientação sexual, garantindo, assim, proteção a mulheres hétero, homossexuais e transexuais. Outro avanço da Lei é considerar a violência doméstica e familiar como uma violação dos direitos humanos das mulheres. Para Alice Bianchini, “os direitos das mulheres são indissociáveis dos direitos humanos: não há que se falar em garantia universal de direitos sem que as mulheres, enquanto humanas e cidadãs, tenham seus direitos específicos respeitados.” (BIANCHINI, 2014, p.129).

Para proteção da mulher em situação de violência doméstica e familiar, a Lei Maria da Penha prevê políticas públicas de prevenção, políticas assistenciais e aplicação de medidas protetivas de urgência. No art. 8º da Lei, são elencadas ações a serem desenvolvidas articuladamente pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, além de entidades não governamentais, para inibição da violência doméstica e familiar contra a mulher. Entre elas, estão previstos a integração operacional dos órgãos públicos, a promoção de estudos e pesquisas, o atendimento policial especializado, a realização de campanhas educativas, de convênios e parcerias, a promoção de programas educacionais e de capacitação permanente de agentes das áreas de segurança pública, saúde, assistência social, educação, entre outras, além da inclusão do tema nos currículos escolares e a previsão de atuação dos meios de comunicação para evitar a corroboração de estereótipos e da violência contra a mulher.

O art. 9º da Lei trata da assistência a ser prestada à mulher em situação de violência doméstica e familiar, que deverá ser articulada e realizada segundo os princípios e diretrizes do Serviço de Assistência Social, do Sistema Único de Saúde, do Sistema Único de Segurança Pública e de outras normas e políticas públicas de proteção. Conjugando áreas médicas, jurídicas e sociais, esse artigo evidencia o caráter interdisciplinar do combate e prevenção à violência doméstica e familiar. Assim, estão previstas na Lei políticas públicas de proteção, em especial de assistência social, de saúde e de segurança, com inclusão da mulher em situação de violência no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal; normas de proteção no trabalho, com garantia de acesso prioritário à remoção para servidoras públicas e garantia de manutenção do vínculo trabalhista a funcionárias em caso de afastamento por até seis meses; e, ainda, políticas públicas especiais de proteção à saúde, relacionadas à violência sexual, com assistência médica especializada.

As medidas protetivas de urgência estão relacionadas no Capítulo II, arts. 18 a 24, da Lei Maria da Penha. Tais medidas serão concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida. A mulher vítima de violência pode solicitar medida protetiva diretamente à Autoridade Policial, durante o registro da ocorrência. O expediente será encaminhado ao juiz para que, em 48 horas, decida sobre o pedido. As

medidas também podem ser solicitadas pela ofendida diretamente ao juiz, durante o trâmite do processo judicial. Ao longo dos artigos acima mencionados estão previstas a atuação da Autoridade Policial, do Judiciário e do Ministério Público na condução dos casos que envolvem aplicação de medidas protetivas de urgência. Também são elencadas as medidas passíveis de aplicação, sejam as que obrigam o agressor ou as que protegem a vítima. Entre as medidas protetivas que obrigam o agressor, estão previstas a suspensão ou restrição do porte de armas; o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; a proibição de condutas como a aproximação e o contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas; a suspensão ou restrição de visitas aos dependentes menores e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios. Entre as medidas protetivas de urgência à ofendida, estão o encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programas governamentais e comunitários; a recondução dos mesmos ao domicílio após o afastamento do agressor; a separação de corpos e o afastamento da ofendida do domicílio, sem prejuízo de direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos. Estão previstas, ainda, medidas protetivas de ordem patrimonial, como restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor, suspensão de proclamações conferidas pela ofendida ao agressor, entre outras.

Importante salientar que no Capítulo II também está prevista a prisão preventiva do agressor em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, podendo ser decretada pelo juiz de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da Autoridade Policial. O art. 41 da Lei Maria da Penha ainda previu expressamente a impossibilidade de aplicação da Lei 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Com isso, esses crimes deixam de ser considerados de menor potencial ofensivo e ficam inviabilizadas a transação penal e a suspensão condicional do processo. Outro ponto que chama atenção em relação às penas aplicadas nos casos previstos na Lei 11.340/06 é que o art. 17 da norma veda a possibilidade de pagamento de cestas básicas e outras prestações pecuniárias, ou a substituição da pena por pagamento isolado de multa.

O art. 16 da Lei Maria da Penha trata da renúncia ou retratação da representação. Prevê o dispositivo que, nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida, a mulher vítima de violência doméstica e familiar só poderá desistir da representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público. Ainda assim, é grande o número de mulheres que abrem mão de medidas protetivas concedidas e até mesmo voltam ao convívio com o agressor. As razões que levam as mulheres a tais atitudes são, muitas vezes, incompreendidas. Mas o ciclo da violência é complexo e fatores como o vínculo entre o agressor e a vítima, a dependência financeira da mulher, o medo do agressor e a preocupação com a criação dos filhos sempre interferem nas decisões das mulheres vítimas. Tais fatores também têm grande peso na questão da subnotificação da

violência, pois é sabido que grande parte dos casos não chega sequer a ser comunicado às autoridades competentes.

Em 2009, a Lei Maria da Penha foi considerada pelo Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas como uma das três mais avançadas no mundo, dentre 90 legislações sobre violência doméstica e familiar contra a mulher. Muitas são as iniciativas previstas na lei capazes de combater e reduzir esse tipo de violência. Entretanto, ainda faltam esforços para que essas iniciativas sejam aplicadas em todo o país. A lei prevê, por exemplo, a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar, com competência cível e criminal para atuação nas causas decorrentes da prática de tal violência. Prevê, ainda, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criem e promovam, no limite de suas competências, centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e seus dependentes em situação de violência doméstica e familiar, casas-abrigos, delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados, programas e campanhas de enfrentamento da violência doméstica e familiar, além de centros de educação e reabilitação para os agressores. Contudo, sabemos que, nos 5.570 municípios do país, existem apenas 502 delegacias da mulher, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar estão presentes em cerca de 80 municípios, fazendo com que os casos se acumulem nas varas criminais comuns, e, por fim, só existem 19 iniciativas de reabilitação de agressores no país, contrariando as estatísticas que mostram que menos de 2% dos homens que participam de grupos de reflexão voltam a agredir suas companheiras.

Há que se destacar, ainda, que a Lei 11.340/06:

[...] é uma lei de ação afirmativa, significando, com isso, que seu caráter é transitório. Ela vigorará, portanto, enquanto for necessária para atingir os objetivos para os quais ela foi criada: coibir e prevenir a violência de gênero, no contexto doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto. (IBIDEM, p. 24)

Tal caráter de excepcionalidade da Lei está relacionado a uma previsão contida no art. 4º da Convenção Belém do Pará, que determina que as “medidas especiais [...] destinadas a acelerar a igualdade de fato entre homem e mulher [...] cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento forem alcançados”. (*apud* BIANCHINI, 2014, p. 137).

2.2 Aspectos gerais da Lei 13.104/15

A Lei 13.104/15, que tipifica o feminicídio, entrou em vigor em 10 de março de 2015. Com isso, o Brasil se tornou o 16º país da América Latina a prever tal figura em sua legislação penal. A referida Lei alterou o art. 121 do Código Penal de 1940 para incluir o

feminicídio como circunstância qualificadora do homicídio, descrevendo seus requisitos típicos. Além disso, foram elencadas condições em que a pena para tal crime é aumentada de um terço até a metade e o feminicídio foi incluído no rol dos crimes hediondos, previstos na Lei **8.072/90**.

Segundo a Lei, o feminicídio se caracteriza quando o homicídio é cometido “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.” Em seguida, a norma esclarece que “considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.”

O feminicídio, em última análise, é o assassinato de uma mulher em razão da condição de ser mulher, ou seja, um crime cometido por motivos de gênero. Trata-se de um crime de ódio, cujo conceito surgiu na década de 1970, para dar visibilidade à morte violenta de mulheres, decorrente da discriminação, da opressão, da desigualdade e da violência sistemática. As motivações mais comuns para tal crime são o ódio, o desprezo ou o sentimento de perda do controle e da propriedade sobre as mulheres, pensamentos muito presentes em sociedades marcadas pelo sistema patriarcal e pela associação de papéis discriminatórios às mulheres, como é o caso do Brasil. Para Maria Amélia Teles e Mônica de Melo, a violência de gênero representa “uma relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos.” (*apud* BIANCHINI & GOMES, 2015).

A violência de gênero envolve certa determinação dos papéis sociais masculinos e femininos. Não há qualquer problema no fato de homens e mulheres desempenharem papéis diferentes dentro de uma sociedade. A questão se torna prejudicial à medida que eles são valorizados de maneiras diferentes. E o que podemos verificar, com frequência, é que existe uma supervalorização dos papéis masculinos em detrimento dos femininos. Essa determinação social favorece uma cultura de controle da mulher. E, no caso da violência de gênero, esse controle incide de forma quase absoluta, uma vez que a relação desigual de poder é muitas vezes marcada pelo afeto, a intimidade e a convivência com o agressor. Entretanto, merece destaque a reflexão de Alice Bianchini sobre essa questão:

É necessário compreender as maneiras como a assimetria sexual se estabelece e se reproduz em sociedades históricas concretas. A diferença de tratamento entre os sexos, com a valorização de papéis atribuídos aos homens, é uma construção social: modificável, portanto, por meio do implemento de novas formas de pensar e agir, com valores outros sendo disseminados, prestigiados e estabelecidos por um proselitismo competente. (BIANCHINI, 2014, p. 92)

Com base nos conceitos apresentados, é possível perceber que nem todo crime cometido contra uma mulher ocorre em razão de gênero. Da mesma forma, nem todo homicídio de mulheres é um feminicídio. Assim, um marido que mata a esposa por questões relacionadas à dependência química, não comete feminicídio. Já aquele que mata a mulher pelo fato de ela pedir a separação, está cometendo um crime baseado no gênero, na ideia de que é superior àquela mulher e não pode se render à sua vontade, caracterizando, assim, um feminicídio.

A Lei 13.104/15 estabelece algumas condições em que a pena para o feminicídio, que varia de 12 a 30 anos de reclusão, seja aumentada de um terço até a metade. São elas: quando o crime é praticado durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; quando é cometido contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência e quando ocorre na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

Outro ponto importante é que, com a tipificação do feminicídio como homicídio qualificado, tal crime passa automaticamente a integrar o rol de crimes hediondos, previstos na Lei 8.072/90, assim como o estupro, o latrocínio e o estupro de vulnerável. Todos os crimes hediondos são insuscetíveis de anistia, graça e indulto, além de serem inafiançáveis.

A tipificação do feminicídio, ainda hoje, é uma questão polêmica. Segundo Luciana Gebrim e Paulo César Borges:

O principal argumento daqueles que defendem a tipificação do feminicídio é tornar visível a existência de homicídio de mulheres por razões de gênero. Argumenta-se que as mulheres são assassinadas em circunstâncias em que os homens não costumam ser e que é necessário expor tais circunstâncias, a fim de que o público as conheça e se sensibilize com a situação dessas mulheres [...]. (GEBRIM & BORGES, 2014, p. 68)

Além disso, essa exposição contribuiria para obrigar o Estado a tomar providências para evitar a morte de mulheres, através de políticas públicas de prevenção, e também a atuar de maneira eficaz na persecução penal do agressor, nos casos em que o crime não é evitado. Já aqueles que são contrários à tipificação do feminicídio argumentam, principalmente, que o problema da violência contra a mulher, bem como a impunidade e as dificuldades no acesso à justiça, não se solucionam com a criação de novos tipos penais ou com o aumento das penas.

3. O PAPEL DA MÍDIA FRENTE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), realizada em 1979, assim como a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará), ocorrida em 1994, preocuparam-se em incluir os meios de comunicação em seus documentos. Os Estados-Partes da Convenção de Belém do Pará acordaram, por exemplo, adotar medidas e criar programas para “estimular os meios de comunicação a criar diretrizes adequadas de difusão que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e realçar o respeito à dignidade da mulher.” (ANDREUCCI, 2013, p. 1435)

Da mesma forma, foi acrescentado ao Capítulo I da Lei Maria da Penha, que trata das medidas integradas de proteção, o inciso III, que prega:

O respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal.

Tal preocupação mostra-se relevante, uma vez que é notório o poder da mídia de influenciar crenças e comportamentos, já demonstrado em inúmeros estudos. Sendo assim, em casos de grande repercussão na imprensa, até mesmo o processo penal pode vir a sofrer influência.

Segundo o relatório mais recente do Projeto Global de Monitoramento da Mídia, de 2010:

Quase metade (48%) de todas as matérias reforça estereótipos de gênero, enquanto 8% das matérias questionam estereótipos de gênero. As mulheres são identificadas nos noticiários por seus relacionamentos familiares (esposa, mãe, filha), cinco vezes mais que os homens.

Matérias apresentadas por mulheres têm consideravelmente mais foco em temas femininos do que as matérias apresentadas por homens, e questionam os estereótipos de gênero quase duas vezes mais do que matérias de repórteres homens. (*apud* BIANCHINI, 2014, p. 89)

Nos casos de violência contra a mulher, a imprensa muitas vezes aborda o assunto de maneira sensacionalista, expondo imagens indevidas, reforçando estereótipos,

procurando “justificativas” para o crime e contribuindo para a culpabilização da vítima. Não raras são as vezes em que os crimes cometidos por parceiros e ex-parceiros são apresentados pela mídia como “crimes de amor”, praticados durante “ataques de ciúme”, “ataques de loucura” ou em momentos de “surto” do agressor. Essa visão contribui para a naturalização da desigualdade entre os gêneros, principal causa da violência contra a mulher. A legitimação do comportamento do agressor faz com que este sinta que tem, de fato, o poder de possuir, controlar e disciplinar a mulher com a qual se relaciona.

Um dos casos mais emblemáticos dessa cobertura sensacionalista da imprensa ocorreu no Brasil em 2008, durante o sequestro que teve como desfecho a morte da adolescente Eloá Cristina Pimentel, de 15 anos. Eloá foi mantida em cárcere privado pelo ex-namorado, Lindemberg Alves, de 22 anos, durante cinco dias. As 100 horas em que a adolescente ficou presa foram acompanhadas de perto pela mídia e transmitidas, ao vivo, por diversos canais de TV aberta. O caso terminou com a invasão da polícia ao apartamento onde Eloá e uma amiga eram mantidas reféns, sob constante ameaça de violência e sob a mira de uma arma. Durante a ação, Lindemberg atirou em Eloá e Nayara, ferindo a ex-namorada na cabeça e no púbis e a outra adolescente no rosto. Eloá não resistiu aos ferimentos e morreu no dia seguinte.

Em 2015, esse caso deu origem ao documentário “**Quem matou Eloá?**”, de Lívia Perez. O curta-documentário mostra como se deu a cobertura dos fatos e discute a naturalização da violência contra a mulher na mídia televisiva. Fica evidenciado ao longo do filme como a imprensa atuou de forma abusiva durante o caso, buscando sempre o “furo jornalístico” e não demonstrando qualquer preocupação ou cuidado com as vítimas do crime que estava ocorrendo. Além disso, o machismo ficou marcado pela valorização do homem que estava cometendo o crime, sempre tratado como “um menino trabalhador”, “um jovem apaixonado”. A romantização da violência, vista como um “crime de amor” também foi marcante na cobertura do caso. Diversos programas de TV entrevistaram o sequestrador ao vivo, com destaque para o programa “A tarde é sua”, da RedeTV, que na época era apresentado pela jornalista Sônia Abrão. Durante a entrevista com Lindemberg, na qual muitas vezes se referiu a ele como “querido” ou “filho”, a apresentadora afirmou categoricamente: “a gente quer saber se está tudo bem com você, a nossa preocupação é com você”. Em seguida, a jornalista também falou com Eloá e perguntou à adolescente se “estava tudo bem”. Após a entrevista, um advogado que participava do programa como convidado afirmou que estava otimista e que esperava que o caso terminasse com o casamento entre Lindemberg e a “namorada apaixonada” dele.

Segundo a diretora do documentário “Quem matou Eloá?”, o que a motivou a realizar o projeto foi o fato de que, em nenhum momento da cobertura do caso, foi usada a expressão “violência contra a mulher”. Para Cynthia Vianna:

A atuação dos meios de comunicação neste caso foi uma subversão de todos os valores que devem reger a comunicação social, especialmente a dignidade da pessoa humana e a não-discriminação. Programas de televisão não respeitaram sequer a situação delicada das vítimas e interferiram, ao vivo, conversando com alguém que estava cometendo um crime. [...]

Com essa postura, os meios de comunicação interferiram nas negociações, estimularam uma inversão de valores que estimula o público a se identificar e defender alguém que está cometendo um crime, e agiram de forma escandalosa, violando o Código de Ética dos Jornalistas. (VIANNA, 2010)

Embora tenham ocorrido evoluções desde então, a cobertura de casos de violência contra a mulher e de feminicídio pela mídia ainda apresenta muitos problemas. Em um caso recente de estupro coletivo de uma adolescente no Rio de Janeiro, em 2016, a imprensa insistia em noticiar o fato como um “suposto crime”, mesmo depois que os acusados já haviam postado imagens da violência na internet. Além disso, o testemunho da vítima, assim como sua conduta, várias vezes foram colocados sob suspeita, mais uma vez buscando justificativas para a ocorrência do crime e contribuindo para a ideia equivocada de que a culpa é da vítima.

Em casos de violência contra a mulher e, principalmente, nos casos de feminicídio, a mídia deveria informar mais sobre a real magnitude da violência de gênero, tanto no Brasil como no mundo; divulgar e avaliar os serviços disponíveis para apoio às vítimas e canais de denúncia; contextualizar o problema, buscando apontar causas e soluções; além de evitar o uso de títulos e imagens indevidas, que culpabilizam a vítima e trazem informações desnecessárias e revitimizantes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de mais de vinte anos de esforços da comunidade internacional e de cerca de uma década da promulgação da primeira lei de combate à violência contra a mulher no Brasil, os resultados ainda não são claros. Por um lado, os esforços, a dedicação e o compromisso do governo e da sociedade têm despertado atenção para o problema, gerando reações positivas no enfrentamento da violência de gênero. No entanto, a questão ainda não recebe o tratamento adequado, os recursos são insuficientes e as leis nem sempre são cumpridas.

Assim, permanecem algumas questões: a edição de leis especiais é suficiente para coibir a violência contra a mulher? Após a edição de tais leis, como podemos continuar progredindo no enfrentamento desse crime? Como podemos tornar a questão uma das

prioridades de política pública? E como podemos garantir que as ações de iniciativa pública e privada levem a uma redução real dessa violência?

Primeiramente, é necessário abordar o problema de maneira global, em todos os seus aspectos. É preciso dar mais visibilidade à questão da violência de gênero, de maneira a colocá-la entre o rol de problemas que afetam toda a sociedade, demonstrando que a violência contra as mulheres é intolerável. Alguns esforços têm sido feitos nesse sentido, como as já mencionadas convenções internacionais e as leis especiais sobre o tema. Contudo, apesar da importância dessas ações, algumas medidas ainda precisam ser adotadas.

Estudiosos defendem que as políticas de repressão à violência contra a mulher devem ser incorporadas às políticas de desenvolvimento, de direitos humanos e culturais do país. De fato, o combate à violência de gênero deve fazer parte da política de desenvolvimento do país, uma vez que, como já mencionado, a violência doméstica e familiar contra a mulher tem consequências sociais, econômicas e políticas para a sociedade como um todo. Da mesma forma, sendo o problema reconhecido como uma ofensa aos direitos humanos das mulheres, deve-se investir em políticas que possibilitem às mulheres o pleno exercício de seus direitos como seres humanos e como cidadãos. Não menos importante, a inserção do tema entre as políticas culturais do país contribuiria para promover o questionamento de estruturas familiares hierárquicas e autoritárias e de instituições discriminatórias, resquícios do sistema patriarcal.

Fica claro que a edição de leis penais, por si só, não é suficiente para resolver o problema da violência de gênero, sobretudo quando as políticas previstas nas leis não são implementadas. Tal situação se verifica em muitos aspectos da Lei Maria da Penha. A norma prevê, dentre outras iniciativas, a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar, centros de atendimento integral e multidisciplinar para mulheres e seus dependentes em situação de violência doméstica e familiar, casas-abrigos, delegacias, núcleos de Defensoria Pública, além de centros de educação e reabilitação para os agressores. Entretanto, vimos que são poucos os juizados especializados existentes, os centros de atendimento multidisciplinar são raros, assim como as iniciativas de reabilitação de agressores no país. Além disso, falta capacitação para os agentes envolvidos no atendimento e na condução dos casos de violência contra a mulher. Considerando que se trata de uma situação traumática e, muitas vezes, vexatória, a mulher vítima de violência precisa ser acolhida por profissionais capacitados e receptivos, a fim de que se sinta apoiada e segura em suas decisões.

A não criação de mecanismos institucionais necessários, a falta de capacitação das forças policiais e dos operadores da justiça, a atuação equivocada da imprensa nos casos de violência contra a mulher, combinadas com a baixa dotação orçamentária para enfrentamento do problema e com as barreiras de acesso à justiça, fazem com que a

mulher sofra reiterada vitimização e, muitas vezes, desconheça seus direitos e os dispositivos legais existentes para sua proteção. Outras questões já relatadas, como a dependência financeira e emocional em relação ao agressor, também impedem o rompimento do ciclo da violência.

Portanto, enfrentar a violência contra a mulher não depende apenas de esforços legais. Além das leis, são necessárias políticas de longo prazo que considerem a compreensão da origem do problema, dos atores envolvidos e das necessidades das mulheres. As soluções devem partir de perspectivas mais abrangentes, voltadas, sobretudo, à diminuição das desigualdades e da exclusão e à formação de uma consciência e autocrítica que favoreçam o empoderamento das mulheres nas estruturas e nas relações sociais.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

BALANÇO 2015: Uma década de conquistas! Ligue 180. [s.l.], 2016. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/wp-content/uploads/2016/03/SPM_Ligue180_Balanco2015.pdf>. Acesso em: 1º maio 2017.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Femicídio: Entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. **JusBrasil**, [s.l.], 2015. Disponível em: <<https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

BRASIL, **Código Penal**. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/decreto-lei/2.848/40.htm>>. Acesso: 15 de abril de 2017.

BRASIL, **Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso: 15 de abril de 2017.

BRASIL, **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso: 1º de maio de 2017.

BRASIL, **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. Acesso: 1º de maio de 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial, volume 4**. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DOSSIÊ Violência contra as mulheres. **Agência Patrícia Galvão**, [s.l.], 2015. Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/>>. Acesso em: 15 maio 2017.

DOSSIÊ Femicídio: Qual é o papel da imprensa?. **Agência Patrícia Galvão**, [s.l.], 2016. Disponível em: <<http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossies/femicidio/capitulos/qual-o-papel-da-imprensa/>>. Acesso em: 15 maio 2017.

FAZENDO GÊNERO, 9., 2010. Santa Catarina. **Anais... O Caso Eloá: Análise da abordagem de feminicídio na mídia, 2010**. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/9/resources/anais/1278299010_ARQUIVO_semiramis-eloafemicidio.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2017.

FANTÁSTICO mostra como funciona a reabilitação de homens agressores. **Fantástico**, [s.l.], 06 nov. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/fantastico/noticia/2016/11/fantastico-mostra-como-funciona-reabilitacao-de-homens-agressores.html>>. Acesso em: 15 maio 2017.

GEBRIM, Luciana Maibashi; BORGES, Paulo César Corrêa. Violência de gênero: Tipificar ou não o femicídio/feminicídio?. **Revista de informação legislativa**, v. 51, n. 202, p. 59-75, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/503037>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEI Maria da Penha faz 10 anos, mas violência doméstica ainda é ameaça. **Bom Dia Brasil**, [s.l.], 05 ago. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/08/lei-maria-da-penha-faz-10-anos-mas-violencia-domestica-ainda-e-ameaca.html>>. Acesso em: 15 maio 2017.

LIGUE 180 dá salto no apoio às mulheres e bate recorde de atendimentos. **Portal Brasil**, [s.l.], 08 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/03/ligue-180-da-salto-no-atendimento-a-mulheres-em-situacao-de-violencia>>. Acesso em: 15 maio 2017.

LIGUE 180 registra mais de 555 mil atendimentos este ano. **Portal Brasil**, [s.l.], 09 ago. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2016/08/ligue-180-registra-mais-de-555-mil-atendimentos-este-ano>>. Acesso em: 15 maio 2017.

MATUOKA, Ingrid. Quem matou Eloá?: a mídia e a violência contra a mulher. **CartaCapital**, [s.l.], 28 out. 2016. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/quem-matou-eloa-a-midia-e-a-violencia-contra-a-mulher>>. Acesso em: 15 maio 2017.

MORRISON, Andrew R.; BIEHL, Maria Loreto. **A família ameaçada**: violência doméstica nas Américas. Tradução: Gilson Baptista Soares. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2000.

PRADO, Débora; SANEMATSU, Marisa. (Org.). **Femicídio**: #InvisibilidadeMata. São Paulo: Instituto Patrícia Galvão, 2017.

QUEM matou Eloá?. Direção de Livia Perez, Produção de Giovanni Francischelli e Patrícia Gomide Recoder. São Paulo: 2015. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=4IqIaDR_GoQ>. Acesso em: 15 maio 2017.

VÍTIMA de estupro coletivo no Rio conta que acordou dopada e nua. **G1**, Rio de Janeiro, 26 maio 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/vitima-de-estupro-coletivo-no-rio-conta-que-acordou-dopada-e-nua.html>>. Acesso em: 15 maio 2017.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015**: Homicídio de mulheres no Brasil. Brasília: 2015. Disponível em: <www.mapadaviolencia.org.br>. Acesso em: 15 abr. 2017.

O FEMINISMO NA CRIMINOLOGIA

MIRELA CAVICHIOLI: Pós Graduada em Direitos Humanos pelo Círculo de Estudos na Internet (CEI). Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2016). Advogada na cidade de São Paulo.

RESUMO: O presente artigo analisará a temática da criminologia feminista a partir da investigação do tratamento dado pelas diversas escolas penais ao longo da história a respeito da matéria. Abordará o feminismo nas criminologias para introduzir as perspectivas criminológicas que problematizam o tratamento discriminatório sofrido pelas mulheres. Na esteira do pensamento feminista contemporâneo, questionará a lacuna de estudos sociológicos sobre a relação entre crime e gênero.

Palavras-chave: Feminismo; Criminologia; Crime; Gênero.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Recortes históricos do poder punitivo sobre a mulher. 3. Criminologia feminista. 4. Crime e Gênero. 5. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A criminalização da mulher constitui uma percepção da criminalidade que se encontra há séculos profundamente enraizada nas agências do sistema penal e no controle social informal.

Partindo-se desse referencial, deve-se constatar que a criminologia é uma ciência eminentemente masculina e, por consequência, há ainda uma evidente ausência de produção brasileira que assegure a autonomia de uma criminologia feminista. É notória, assim, a lacuna de estudos sociológicos sobre a relação entre o crime e o gênero.

Atentando para o caráter complexo dos estudos sobre as diversas expressões de criminalidade, bem como para a impossibilidade de se pensar o crime por meio de uma teoria geral de caráter universal, o presente artigo apresenta algumas reflexões acerca das mulheres como protagonistas de determinadas formas de criminalidade, seja como autoras ou como vítimas de delitos.

A construção de um referencial autônomo que permita compreender os diferentes contextos de criminalização e vitimização das mulheres é, portanto, necessária. Indispensável, assim, o desenvolvimento de uma criminologia feminista em respeito às diversidades de feminismos e suas correspondentes epistemologias. A produção desse tipo de conhecimento não se dá em um único campo, pois não é possível analisar a questão de gênero e o encarceramento feminino a partir de limites supostos.

2. RECORTES HISTÓRICOS DO PODER PUNITIVO SOBRE AS MULHERES

O hodierno e persistente tratamento discriminatório sofrido pelas mulheres deve ser compreendido pela construção histórica do feminismo nas criminologias, abarcando o exercício do poder punitivo em relação às mulheres como uma política multifária em atores e formas de atuação, vigilante, repressiva e perseguidora.

A submissão e a reclusão das mulheres já eram incipientes na Palestina de Jesus Cristo: o caráter perigoso, tanto quanto o papel doméstico reduzia fortemente a participação religiosa das mulheres, ou seja, sua expressão pública.

No entanto, a manifestação por excelência do poder punitivo vigilante, perseguidor e repressivo se deu na Inquisição. O Martelo das Feiticeiras (*Malleus Maleficarum*) surge nesse contexto como um compilado de crenças afirmativas da propensão alardeada da mulher ao delito, estabelecendo uma relação direta entre a feitiçaria e a mulher.

Conforme se observa, não é no período medieval que as mulheres são afastadas da esfera pública, entretanto é a partir da Baixa Idade Média que se constrói um discurso coordenado e orgânico de exclusão e limitação da participação feminina na esfera pública, como também sua perseguição e encarceramento como pertencente a um grupo perigoso. E essa herança do período medieval inquisitorial ainda persiste no que concerne aos processos de criminalização das mulheres, perpetuando um poder punitivo sob as bases de um amplo esquema de sujeição, que teve nas mulheres seu principal alvo.

Com efeito, denota-se que ao longo dos tempos sempre existiu uma política criminal em relação à mulher fundada em causas biológicas que vão da histeria ao estereótipo masculinizado. O estabelecimento pode ter variado do convento ao presídio, para o manicômio ou casa de saúde. Mas a lógica do encarceramento da indesejável é a mesma (MENDES, 2014).

Entre o final da Idade Média e o início século XIX não há efetivamente um pensamento criminológico sobre a condição e a repressão e perseguição das mulheres, de modo que toda a liberdade e o garantismo da escola clássica em nada se refletiram para significativa parcela da humanidade.

A partir do momento que a autonomia da criminologia, enquanto ciência, passa a ser reivindicada, identifica-se habitualmente dois paradigmas fundamentais: o paradigma etiológico, sobre o qual está assentada aquela que se convencionou chamar de criminologia tradicional – portanto, uma criminologia que se desenvolve a partir de uma perspectiva positivista –, e o paradigma da reação social, que edifica toda a crítica criminológica do século XX – que, apesar de ramificar-se em diferentes tendências, tem em comum o traço de não reconhecer o crime como dado pré-constituído (BARATTA, 1999).

A criminalidade foi construída com base em conceitos masculinos, reproduzindo a ordem patriarcal do gênero, subjugando a mulher. A criminologia, dentre as várias ciências, talvez tenha sido a que mais se aprisionou a esse androcentrismo, com seu universo até então inteiramente centrado no masculino, seja pelo objeto do saber (o crime e os criminosos), seja pelos sujeitos produtores do saber (os criminólogos). Portanto, na criminologia tradicional a visão da mulher era de um ser volátil, facilmente influenciável, fraco de caráter e de físico, por isso também, a necessidade de sua custódia, sua proteção, pelo pai, pelo marido e pelo Estado.

O positivismo marcado notadamente pelos estudos de Cesare Lombroso atualizou historicamente a ideologia criminalizante da Inquisição, marcada pelo método patologizante que só aparentemente abandona o caráter religioso e se agarra no cientificismo. Para a mulher, a moral religiosa prevalece implicitamente no discurso repressivo. Consolida-se nesse contexto um discurso médico e jurídico legitimante do exercício do controle social sobre a mulher, reforçando os papéis sexuais a partir de dados ontológicos naturais.

Ao longo de todo o desenvolvimento das teorias etiológicas individuais, a natureza criminosa do comportamento jamais foi confrontada a partir de uma análise das relações socioeconômicas e políticas que condicionam os processos de criminalização (BARATTA, 1999). O enfoque era estritamente segundo a natureza feminina, tratando como reflexo desta qualquer aspecto social do comportamento da mulher criminosa e ignorando a distinção entre sexo e gênero.

É somente a partir da teoria estrutural-funcionalista da anomia, introduzida inicialmente por Durkheim ao fim do século XIX, que a criminologia faz a virada sociológica que a caracteriza até hoje e que representa a primeira crítica ao modelo criminológico que buscava a causa do fenômeno criminal nos defeitos biopsicológicos do indivíduo (BARATTA, 1999). Assim, a relevância das teorias estrutural-funcionalistas no tocante à mulher está justamente em perceber que as características biopsicológicas do indivíduo não são decisivas para o comportamento criminoso, de modo que a compreensão do fenômeno criminal está muito mais atrelada à estrutura da sociedade e ao local de pertencimento do indivíduo a ela.

Superando de vez a criminologia tradicional, a Criminologia Crítica se apresenta com a proposta de ruptura da criminologia clássica, divergindo das demais criminologias quanto ao conceito e aos fatores do crime, já que analisa todas as condições sociais do indivíduo e a contribuição da sociedade para aquela conduta criminosa. Nesse sentido, Juarez Cirino dos Santos (2008, p. 51) dispõe:

A Criminologia Radical – ao contrário da criminologia tradicional, limitada à definição, julgamento e punição do criminoso isolado, explicando o

crime por relações psicológicas como vontade, intenções, motivação, etc. – vincula o fenômeno criminoso à estrutura de relações sociais, mediante conexões diacrônicas entre criminalidade e condições sociais necessárias e suficientes para sua existência.

Nada obstante, a Criminologia Crítica não foi capaz de abordar questões de gêneros e de certos grupos femininos que, por consequência, também sofriam por estas questões características, destacando os processos de criminalização da violência de gênero, que até então não eram objeto da criminologia. Fato é que as correntes criminológicas críticas falharam tanto quanto as antigas em não adotar uma perspectiva feminista. Como ocorre em todo o âmbito jurídico, a questão feminina permaneceu oculta, subordinada – e falsamente incluída – a um discurso androcêntrico acerca do crime e do criminoso.

3. CRIMINOLOGIA FEMINISTA

A produção da teoria feminista ocorreu em plena mudança paradigmática provocada pela chamada pós-modernidade. Foi em meio à crise epistemológica que marcou o fim das grandes narrativas, que o pensamento feminista se consolidou como uma das mais importantes vertentes teóricas das últimas décadas.

A partir da segunda metade do século XX a mulher, como sexo e como gênero, passa a ser definitivamente parte do interesse das ciências criminais.

A criminologia feminista apresenta por base fundante a diferenciação da criminalidade quanto ao gênero, isto é, os estudos de gênero, afastando-se da criminologia tradicional que traz a figura masculina como principal foco de estudos criminológicos.

O perfil mais crítico da criminologia feminista desenvolveu-se, principalmente, a partir das décadas de 70 e 80. Adotaram como ponto de partida não mais a “mulher desviante”, mas as circunstâncias que as afetam e a outros grupos marginalizados socialmente, assim “[...] compreenderam a intervenção penal como mais uma faceta do controle exercido sobre as mulheres, uma instancia em que se reproduzem e intensificam as condições de opressão mediante a imposição de um padrão de normalidade.” (MAVILA, 2004).

Vale ressaltar que a análise de gênero não deve ser colocada de forma isolada nos estudos criminológicos, visto que a discriminação não é a mesma para todas, mas perpassa por variados âmbitos dentro das próprias questões de gênero, dando espaço para novos paradigmas criminológicos com a inclusão de marcadores sociais no campo da criminologia.

Assim, embora seja evidente que existam inúmeras vertentes teóricas que pensam as relações entre feminismo e direito, todas reconhecem um pressuposto fundamental

(RENZETTI, 2013): intrínseco à organização de toda estrutura social está o gênero, como produto histórico, cultural e socialmente condicionado, derivado de distinções biológicas sexuais ou reprodutivas, mas não a elas reduzido. Não se trata mais, como o fazia a criminologia tradicional, de perceber o gênero como simples variável ou estatística (HEIDENSOHN; SILVESTRI, 2012). Isso significa que, embora não se possa ignorar o aspecto biológico que informa o gênero, esta não é uma categoria determinada ou imutável, mas que se constrói e se reproduz na estrutura social: a complexidade das relações de gênero são refletidas nas estruturas e instituições sociais e são por elas também informadas.

Infere-se, por fim, que a criminologia feminista não só incluiu as mulheres na discussão das teorias criminológicas como, em seu desenvolvimento, trouxe a importância de discutir pautas para além das questões isoladamente de gênero, reconhecendo os novos e diferenciados sujeitos do feminismo.

4. CRIME E GÊNERO

É fato que pouco se discute a respeito do entendimento e identificação das mulheres em práticas delitivas, notadamente em posição de liderança criminosa. Nos discursos tradicionais da criminologia, a mulher foi genericamente ignorada ou analisada com base nos estereótipos de gênero inerentes ao discurso social dominante. Especificamente no caso da mulher transgressora, as perspectivas feministas têm criticado a conceptualização da criminalidade feminina com base, por exemplo, em fatores biológicos ou em estereótipos de gênero.

Com efeito, o movimento feminista por meio de suas abordagens no campo criminológico tem contribuído para o fomento da desconstrução dos discursos tradicionais sobre feminilidade e transgressão, nomeadamente do modo estereotipado como a mulher e o seu desvio vêm sendo representados ao longo dos séculos. Possibilita, assim, que a mulher transgressora deixe de ser considerada duplamente desviante e associada a crimes 'tipicamente femininos', resultantes da heterodeterminação e irracionalidade da mulher.

Há, portanto, dois elementos que são centrais para trabalhar crime e gênero: capitalismo e patriarcado. A realidade social está configurada pela formação econômico-social capitalista, que acentua a contradição fundamental de todos os modos de produção anteriores pela apropriação privada dos meios de produção e do produto do trabalho. Além disso, a dominação e subjugação específica que atinge as mulheres se dá na forma do patriarcado, como estrutura fundamental e análoga ao próprio capitalismo. Isso significa que não se trata de entender a opressão à qual estão submetidas as mulheres como um problema de origem singular e particularizada, mas como opressão estrutural, enquanto conjunto de disposições que condicionam a sociedade e determinam a dominação do gênero masculino sobre o feminino.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não se pode olvidar que o pensamento feminista ainda é marginalizado na criminologia. A exclusão e discriminação das mulheres no palco dos discursos criminológicos pode ser justificada como fruto do reflexo da subordinação estrutural à qual estão submetidas marcado pela dominação estrutural do patriarcado.

De fato, a análise sobre o gênero na criminologia deve estar associada à percepção da negligência histórica da questão na criminologia.

Buscou-se, assim, demonstrar a importância e reforçar a necessidade de perspectivas criminológicas feministas frente ao processo estrutural histórico de exclusão das mulheres na criminologia. Por meio de uma análise histórico-criminológico da criminalização da mulher remontou-se a recortes históricos do poder punitivo exercido sobre as mulheres como uma política vigilante, perseguidora e repressiva, bem como a questionamentos quanto aos silêncios que ainda marcam os estudos criminológicos quanto à figura feminina.

Desse modo, a união entre a criminologia e o feminismo se faz imperiosa, ensejando por via de consequência o entrelaçamento entre a criminologia e as ciências sociais, capaz de criar uma verdadeira epistemologia feminista que refute a tendência de se pensar a mulher como um ser passivo e emocionalmente determinado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; Pitanguy, Jacqueline. O que é feminismo. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 1982.

ALMEIDA, Caio Patricio de. A crítica da crítica acrítica: limites e contribuições da criminologia do conflito. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. Seqüência: estudos jurídicos e políticos, Florianópolis, v. 16, n. 30, p. 24-36, 1995.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 48, p. 260-290, maio/junho de 2004.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

BARATTA, Alessandro. O paradigma do gênero: da questão criminal à questão humana. In: CAMPOS, Carmen Hein de. (Org.). Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Sulina, 1999.

CALEIRO, R. C. L. História e Crime: quando a mulher é ré - Franca 1890-1940. Montes Claros, Unimontes, 2002.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 3ª edição. Rio de Janeiro / Curitiba: Lumen Juris / ICPC, 2006.

MAVILA, Guilma Olga Espinoza. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias, Pelotas, v. 1, n. 1, p. 35-59, jan./dez. 2002.

HARDING, Sandra. A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. Revista Estudos Feministas. Florianópolis, v. 1, n. 1, p. 7-31, jan./jun. 1993.

HEIDENSOHN, Frances; SILVESTRI, Marisa. Gender and Crime. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert. The Oxford Handbook of Criminology. 5ª edição. Oxford, Inglaterra: Oxford University Press, 2012, p. 336-369.

MENDES, Soraia da Rosa. Criminologia feminista: novos paradigmas. São Paulo, Saraiva, 2014.

RENZETTI, Claire M. Feminist Criminology. Nova Iorque, EUA: Routledge, 2013.

SABADELL, Ana Lucia. Iluminismo jurídico e liberalismo: o processo de inclusão limitada da mulher e seus reflexos no pensamento de Corrêa Telles e Schopenhauer. In: BOZZA, Fabio; ZILIO, Jacson (organizadores). Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário. Curitiba: LedZe Editora, 2012, p. 383-396.

SABADELL, Ana Lucia. Mala mulier: algumas reflexões sobre o tratamento jurídico da mulher nas Idades Média e Moderna. In: FERNANDES, Márcia Adriana; PEDRINHA, Roberta Duboc (organizadoras). Escritos transdisciplinares de criminologia, direito e processo penal: homenagem aos mestres Vera Malaguti e Nilo Batista. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 109-122.

AS SENTENÇAS INTERPRETATIVAS E ADITIVAS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE ABSTRATO DAS NORMAS

LUCAS MAIA PIRES: Servidor Público Federal, Bacharel em direito na Universidade de Fortaleza (UNIFOR), pós-graduado em Direito Administrativo.

RESUMO: Existem várias espécies de sentenças possíveis a serem proferidas no âmbito do controle de constitucionalidade. Como regra, ao julgar uma ação abstrata, a Corte Suprema apenas declara a constitucionalidade de uma norma, mantendo o dispositivo no ordenamento jurídico, ou a sua inconstitucionalidade, extirpando a norma do sistema legal. Diferindo desse padrão binário, existe a possibilidade de serem proferidas sentenças intermediárias e aditivas. No presente estudo, serão expostos os conceitos de ambos, bem como apresentados exemplos de sua aplicação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

PALAVRAS-CHAVES: Controle de constitucionalidade. Sentenças intermediárias. Sentenças interpretativas e aditivas.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Sentenças interpretativas. 3. Sentenças aditivas. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 prevê mecanismos para controlar a adequação dos atos normativos às disposições constitucionais. Essa ideia de controle deriva da supremacia da Constituição, lei suprema do Estado, que funciona como fundamento de validade das normas infraconstitucionais.

Uma das formas de se apreciar a compatibilidade constitucional das normas se dá de forma abstrata e concentrada, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade, Ação Direta de Constitucionalidade, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e Ação de Descumprimento de Preceito Federal, a serem ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal ou os Tribunais de Justiça dos Estados e Distrito Federal, a depender do parâmetro de controle.

Nessas hipóteses, o usual é a declaração, pura e simples, da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do dispositivo impugnado, mantendo-o íntegro no ordenamento jurídico ou excluindo-o desde o seu nascedouro. Contudo, tais espécies de decisões não

se revelam suficientes para solucionar todas as controvérsias existentes e postas à análise pelas Cortes Constitucionais, surgindo, assim, as sentenças intermediárias.

De acordo com Gonçalves Fernandes (2020, p. 1994):

Verdade é que o termo sentença intermediária, conforme já descrito, compreende uma diversidade de tipologias de decisões utilizadas pelos Tribunais Constitucionais e/ou Cortes Constitucionais em sede do controle de constitucionalidade, com o objetivo de relativizar o padrão binário do direito (constitucionalidade/inconstitucionalidade). Ou seja, como já definimos, as sentenças intermediárias como o conjunto de decisões que relativizam o dogma constitucionalidade/inconstitucionalidade. Como salientamos, onde antes somente era cabível ao Tribunal Constitucional posicionar-se pela declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo, agora, assistimos a uma pluralidade de medidas intermediárias, que relativizam tais julgamentos, abrindo a um espectro de possibilidade para os juizes constitucionais.

Apesar de existirem classificações distintas na doutrina, essas espécies de sentenças proferidas no âmbito do controle de validade constitucional podem ser divididas em sentenças interpretativas e sentenças aditivas.

Dessa forma, buscar-se-á apresentar os conceitos de ambas e, em seguida, os exemplos existentes na jurisprudência, utilizando-se, como metodologia, da análise das produções doutrinárias relativas ao tema e os precedentes da Suprema Corte.

2. SENTENÇAS INTERPRETATIVAS

O texto da lei não se confunde com a norma a ser aplicada no caso concreto. Com efeito, a norma surge da exegese que o intérprete confere a um determinado texto legal.

Nessa perspectiva, as sentenças interpretativas incidem tão somente sobre normas que possuem mais de um significado (plurissignificativas ou polissêmicas) e nascem por meio das técnicas de interpretação conforme a constituição e de declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução de texto. Por meio delas privilegia-se o princípio da presunção de constitucionalidade das leis, pois o texto permanece intacto no ordenamento jurídico, sendo tão somente mantidas ou afastadas uma ou mais formas de exegese ou hipóteses de incidência da lei.

A primeira técnica tem por objetivo fixar uma ou mais interpretações que estão em consonância com a Constituição, afastando as demais. Como bem explicitado por Wolfgang Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2019, p. 1312):

O resultado da decisão que realiza “interpretação conforme”, portanto, não apenas expressamente exclui o sentido ou a interpretação sugerido para a norma pelo autor da ação de inconstitucionalidade, mas declara que, mediante determinada interpretação, a norma é constitucional. Demonstra-se que a norma não tem o sentido proposto na ação de inconstitucionalidade, mas que, quando adequadamente compreendida, tem sentido que é conforme à Constituição. Trata-se, desse modo, de limitação das possibilidades do texto legal, que fica restrito à interpretação definida na decisão.

Exemplificando, o Partido dos Trabalhadores recentemente ajuizou a ação direta de constitucionalidade n. 5.971/DF em face de dispositivo da Lei Distrital n. 6.160/2018 que assim prevê:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre as diretrizes para elaboração e execução de políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar no Distrito Federal.

Art. 2º Entende-se por entidade familiar:

I – o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher, por meio de casamento ou união estável;

II – a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

O Supremo Tribunal Federal julgou parcialmente procedente a referida ação direta a fim de dar interpretação conforme à Constituição ao art. 2º, inciso I, da mencionada lei, para determinar que a única exegese possível é aquela que não afasta do conceito de família, para fins de elaboração e execução de políticas públicas, a união estável duradoura, contínua e pública entre pessoas do mesmo sexo, conforme se verifica na ementa do acórdão:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.160/2018 DO DISTRITO FEDERAL. RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO PARA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE VALORIZAÇÃO DA

FAMÍLIA NO DISTRITO FEDERAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. 1. Inexistência de inconstitucionalidade formal. Dispositivo de lei distrital (art. 2, I) que disciplina entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre homem e mulher, por meio de casamento ou união estável. Disciplina semelhante à do art. 1.723, caput, do Código Civil, cuja constitucionalidade já foi examinada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI 4.277 e ADPF 132). 2. Inconstitucionalidade material e interpretação conforme. A única interpretação do artigo 2º, inciso I, que se mostra compatível com o texto constitucional é aquela que não exclua do conceito de entidade familiar, para fins de aplicação das políticas públicas previstas na Lei 6.160/2018, o reconhecimento de união estável contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo. 3. Ação Direta julgada PARCIALMENTE PROCEDENTE, para dar interpretação conforme à Constituição ao art. 2º, I, da Lei 6.160/2018 do Distrito Federal, nos termos acima especificados. (ADI 5971, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 13/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-210 DIVULG 25-09-2019 PUBLIC 26-09-2019)

Vê-se, portanto, que o artigo impugnado não foi extirpado do ordenamento jurídico, tendo sido apenas imposto que a constitucionalidade da norma está condicionada a uma determinada forma de interpretação.

Registre-se, ainda, que no âmbito do modelo difuso de controle de normas infraconstitucionais, não se exige a observância da cláusula de reserva do plenário, previsto no art. 97 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pois com a interpretação conforme não há declaração de inconstitucionalidade da lei pelo Órgão do Poder Judiciário.

Existem parâmetros e limites para o emprego da interpretação conforme, como, por exemplo, a impossibilidade de haver contrariedade ao texto literal da lei e a exclusão da interpretação *contra legem*. Nesse sentido, Lenza (2020, p. 135-136):

Diante de normas plurissignificativas ou polissêmicas (que possuem mais de uma interpretação), deve-se preferir a exegese que mais se aproxime da Constituição e, portanto, que não seja contrária ao texto constitucional, daí surgirem várias dimensões a serem consideradas, seja pela doutrina, seja pela jurisprudência, destacando-se que a interpretação conforme será implementada pelo Judiciário e, em última instância, de maneira final, pela Suprema Corte: prevalência da Constituição: deve-se preferir a interpretação não contrária à

Constituição; conservação de normas: percebendo o intérprete que uma lei pode ser interpretada em conformidade com a Constituição, ele deve assim aplicá-la para evitar a sua não continuidade; exclusão da interpretação contra legem: o intérprete não pode contrariar o texto literal e o sentido da norma para obter a sua concordância com a Constituição; espaço de interpretação: só se admite a interpretação conforme a Constituição se existir um espaço de decisão e, dentre as várias a que se chegar, deverá ser aplicada aquela em conformidade com a Constituição; rejeição ou não aplicação de normas inconstitucionais: uma vez realizada a interpretação da norma, pelos vários métodos, se o juiz chegar a um resultado contrário à Constituição, em realidade, deverá declarar a inconstitucionalidade da norma, proibindo a sua correção contra a Constituição; intérprete não pode atuar como legislador positivo: não se aceita a interpretação conforme a Constituição quando, pelo processo de hermenêutica, se obtiver uma regra nova e distinta daquela objetivada pelo legislador e com ela contraditória, em seu sentido literal ou objetivo. Deve-se, portanto, afastar qualquer interpretação em contradição com os objetivos pretendidos pelo legislador.

Por outro lado, pela utilização da técnica de declaração de inconstitucionalidade (ou nulidade) parcial sem redução do texto é afastada uma ou mais hipótese de incidência ou exegese da lei impugnada, mantendo-se no ordenamento jurídico as demais.

De acordo com Gonçalves Fernandes (2020, p. 1998):

Essa técnica de decisão no controle de constitucionalidade se desenvolveu na Alemanha em decisões a partir de 1954. Seu traço característico era a utilização da expressão *soweit* (desde que), marcando que a afirmação pela inconstitucionalidade representaria uma exceção, atingindo apenas um grupo ou conjunto particular de pessoas ou situação específica (ou um modo de aplicação). Nesses termos, em todas as demais, a norma ou o ato seriam considerados constitucionais. Conforme já conceituamos, temos aí a possibilidade de o STF declarar a inconstitucionalidade de uma hipótese, ou de um viés ou de uma variante de aplicação de uma norma sem reduzir seu texto (programa normativo).

O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.842, ajuizada pela Associação Brasileira de Estacionamento contra a Lei do Estado do Rio Grande do Norte de n.º 9.320/2010, a qual previa a gratuidade às pessoas com deficiência e maiores de 60 (sessenta) anos de idade em

estacionamentos de veículos automotores em todo o Estado, declarou a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, para afastar a incidência da lei em relação aos estacionamentos privados, em razão de ofensa à competência legislativa privativa da União para legislar sobre direito civil.

A propósito, veja-se a ementa do julgado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE INSTITUI O BENEFÍCIO DA GRATUIDADE EM ESTACIONAMENTOS PÚBLICOS E PRIVADOS – TRANSGRESSÃO À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL QUE ATRIBUI À UNIÃO FEDERAL, COM ABSOLUTA PRIVATIVIDADE, COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE O TEMA (CF, ART. 22, I) – REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA – PRECEDENTES DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DOS DISPOSITIVOS LEGAIS IMPUGNADOS – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE, EM PARTE, PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, EM ORDEM A AFASTAR A INCIDÊNCIA DAS NORMAS IMPUGNADAS APENAS EM RELAÇÃO AOS ESTACIONAMENTOS PARTICULARES. (ADI 5842, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 13/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-260 DIVULG 28-10-2020 PUBLIC 29-10-2020).

Por fim, quando se trata do modelo difuso de controle, de modo diverso do que ocorre com a interpretação conforme, impõe-se a observância da cláusula de reserva do plenário, porquanto o Órgão Jurisdicional, mesmo não modificando o texto legal, declara expressamente a inconstitucionalidade.

3. SENTENÇAS ADITIVAS

As sentenças aditivas são aquelas que alargam as hipóteses de aplicação de um texto legal de modo a compatibilizá-lo com a Constituição Federal e incidem, principalmente, em casos de ofensa ao princípio da isonomia, quando, por exemplo, uma norma se aplica somente para determinada situação, mas deveria também recair em outras.

Entende-se que quando uma determinada lei expressamente elenca os casos de sua aplicação, ela, de forma implícita, nega sua utilização para as demais hipóteses. Assim, para afastar essa proibição, o Órgão Jurisdicional deve expressamente fazer referência aos demais casos que serão contemplados pela norma.

Segundo Gonçalves Fernandes (2020, p. 1992):

Nesses termos, também afirmamos que as sentenças aditivas são aquelas nas quais o Poder Judiciário entende que a norma é inconstitucional por insuficiência dela, mas não declara a inconstitucionalidade da norma, extirpando-a do ordenamento. Ao invés disso, amplia o conteúdo dessa norma, ou seja, estende o âmbito (alarga a norma, incrementando-a) com um conteúdo até então inexistente nela. A norma de inconstitucional, por insuficiência, passa a ser constitucional em virtude de seu alargamento. Portanto, o Judiciário irá aditivar a norma, mediante sua decisão. Um exemplo interessante advém da Corte Constitucional italiana por meio da Sentença Normativa Aditiva nº 170/70. No caso, a legislação italiana previa a presença do Ministério Público no interrogatório do réu e a legislação era omissa quanto à presença do advogado do réu. A Corte diante de questionamento de constitucionalidade da legislação, ora em comento, entendeu que se trata de norma inconstitucional por insatisfatória. Todavia, foi mantida a norma no ordenamento com o alargamento dela (incremento em seu conteúdo), incluindo-se, então, também a presença do advogado no interrogatório.

Essa modalidade de sentença já é uma realidade no Brasil. Nesse sentido, LENZA (2020) apresenta hipóteses em que a Suprema Corte decidiu de tal maneira:

ADPF 54 — antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico: como destacamos no item 14.10.1.3, o STF, em 12.04.2012, por maioria, ao julgar a ação ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde — CNTS, produziu decisão manipulativa com eficácia aditiva, atuando como legislador positivo, já que, ao dar interpretação conforme a Constituição aos arts. 124 a 128 do CP, acrescentou mais uma excludente de ilicitude ao crime de aborto (para o STF, trata-se de conduta atípica). Acrescentando, podemos chamar a atenção para o grande debate envolvendo a decisão da 1.^a T. do STF, no HC 124.306, notadamente o voto do Ministro Barroso, que reconheceu a “inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre” e que ainda terá de ser profundamente debatida pelo Pleno da Corte (cf. análise no item 14.10.1.4). MI 670/ES, MI 708/DF, MI 712/PA — direito de greve dos servidores públicos (art. 37, VII, da CF/88): o STF, ao julgar os referidos mandados de injunção

impetrados, respectivamente, pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil do Estado do Espírito Santo — SINDIPOL, pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa — SINTEM e pelo Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará — SINJEP, reconheceu (sentença aditiva) que fosse garantido o direito de greve a todo servidor público, aplicando-se, no que couber, a Lei n. 7.783/89, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que as sentenças proferidas em controle de constitucionalidade não se restringem à declaração da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da lei, com a simples exclusão ou manutenção do texto no ordenamento jurídico.

Com efeito, diante da existência de leis polissêmicas e pelo fato de a norma ser extraída da exegese do texto legal, há a possibilidade de serem proferidas sentenças intermediárias, as quais se subdividem em interpretativas e aditivas. As primeiras ocorrem quando são fixadas uma ou mais interpretações que estão em consonância com a Constituição, afastando as demais, ou nos casos em que é afastada uma ou mais hipóteses de incidência ou exegeses da lei impugnada, mantendo-se no ordenamento jurídico as outras. As segundas visam a ampliar o conteúdo da norma, estendendo o seu âmbito de aplicação para os casos que não eram por ela amparados.

5. REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 6.160/2018 DO DISTRITO FEDERAL. RECONHECIMENTO COMO ENTIDADE FAMILIAR DE UNIÃO ESTÁVEL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO PARA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE VALORIZAÇÃO DA FAMÍLIA NO DISTRITO FEDERAL. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO. PARCIAL PROCEDÊNCIA DA AÇÃO. ADI 5971, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 13/09/2019. Data de Publicação: DJe 25/09/2019. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur411766/false>>. Acesso em: 5 fevereiro 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – LEI ESTADUAL QUE INSTITUI O BENEFÍCIO DA GRATUIDADE EM ESTACIONAMENTOS PÚBLICOS E PRIVADOS – TRANSGRESSÃO À CLÁUSULA CONSTITUCIONAL QUE ATRIBUI À

UNIÃO FEDERAL, COM ABSOLUTA PRIVATIVIDADE, COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE O TEMA (CF, ART. 22, I) – REAFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO TEMA – PRECEDENTES DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – PARECER DA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA PELA INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DOS DISPOSITIVOS LEGAIS IMPUGNADOS – AÇÃO DIRETA JULGADA PROCEDENTE, EM PARTE, PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL, SEM REDUÇÃO DE TEXTO, EM ORDEM A AFASTAR A INCIDÊNCIA DAS NORMAS IMPUGNADAS APENAS EM RELAÇÃO AOS ESTACIONAMENTOS PARTICULARES. ADI 5842, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 13/10/2020. Data de Publicação: DJe 28/10/2020. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435047/false>>. Acesso em: 5 fevereiro 2022.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

GLOBALIZAÇÃO, SOCIEDADE DE RISCO E TUTELA PENAL DO BEM JURÍDICO DIFUSO

JULIANO CARVALHO ATOJI: Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (São Paulo, Capital; Brasil); Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, integrante do Grupo Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO, Núcleo da Capital; Professor do curso Estratégia Carreiras Jurídicas e do Curso de Pós-Graduação em Direito (Unileya).

DANIEL MAGALHÃES ALBUQUERQUE SILVA¹

RESUMO: O presente trabalho busca analisar as mudanças paradigmáticas trazidas na sociedade moderna pelo fenômeno da globalização. Diante dos avanços, desenvolvimentos tecnológicos e outros efeitos do mundo globalizado surge a figura do bem jurídico difuso, em contrapartida à concepção clássica do bem jurídico individual. Com isso, emerge-se uma nova espécie de tutela penal a esses bens jurídicos, agindo por prospecção e expandindo a tutela penal, que antes agia após a violação do direito, e agora deve agir antecipadamente, evitando-se danos catastróficos que possam comprometer a sociedade como um todo.

Palavras-chave: Direito penal, Bem jurídico difuso, Globalização, Sociedade de Risco, Mandados de criminalização, Ingerência penal, Política-criminal.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze the paradigm shifts brought about in modern society by the phenomenon of globalization. Given the advances, technological developments and other effects of the globalized world, the figure of the diffuse legal asset emerges, in contrast to the classical conception of the individual legal asset. With this, a new kind of penal protection emerges for these legal assets, acting by prospecting and expanding the penal protection, which previously acted after the violation of the law, and

¹ Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas pela Universidade de Marília. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, exercendo a função de 4º Promotor de Justiça de Osasco. Professor da Universidade Adamantina e da UNIFIEO, e dos cursos de concursos públicos CEI e Vipjus.

now must act in advance, avoiding catastrophic damage that could compromise the society as a whole.

Key words: Criminal Law, Diffuse legal right, Globalization, Risk Society, Criminalization warrants, Criminal interference, Criminal policy.

Sumário: 1. Introdução. 2. Breve abordagem da era da globalização. 3. Mudança paradigmática do direito penal nessa nova era. 4. Criação do risco e da lesão difusa. 5. Conceito de bem jurídico penal e princípios penais clássicos. 6. Mudança de paradigma e ingerência penal para tutela dos bens jurídicos difusos. 7. Considerações finais. 8. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente trabalho tem como objetivo compreender as mudanças paradigmáticas ocasionadas na sociedade contemporânea pelo fenômeno da globalização. Isto porque, diante dos avanços tecnológicos, supressão de fronteiras, das barreiras entre os países e aprimoramento das comunicações, a sociedade passou a se deparar com uma nova espécie de criminalidade, especializada e sofisticada, caracterizada pela capacidade de organização, pelo poder econômico e de causar dano a um número indeterminado de pessoas.

É sabido que com o advento da terceira geração (dimensão) dos direitos, passou-se a dispensar uma especial relevância aos interesses difusos e coletivos, os quais são de suma importância para preservação dos bens jurídicos individuais e da sociedade como um todo.

Ocorre que, ao se constatar a necessidade de tutela penal aos bens universais, na hipótese de grave violação a eles, surge a problemática atual no campo jurídico, uma vez que o direito penal historicamente se pautou para a uma tutela repressiva, a qual se mostra incapaz de assegurar efetivamente a integridade dos bens universais, exigindo uma atuação preventiva e por prospecção.

Ainda, tradicionalmente, a intervenção da tutela penal se pauta na observância integral aos princípios constitucionais da legalidade, subsidiariedade, intervenção mínima, ofensividade, entre outros, os quais se concentram em especial na tutela de bens individuais e se apresenta mediante tipos penais fechados e tipos de dano.

No entanto, diante da preocupação atual de se proteger os bens jurídicos universais, os quais apresentam características peculiares e que dependem de proteção

preventiva, percebe-se a necessidade de readaptação de alguns instrumentos básicos do direito penal para que este se mostre eficaz.

Em decorrência da necessidade de uma nova leitura do direito penal, que importa na flexibilização de alguns postulados tradicionais desta ciência, surgem diversas críticas à aplicação da proteção penal aos bens universais, sendo necessária a adaptação da ciência criminal às novas necessidades da sociedade, criando-se mecanismos distintos daqueles até então empregados no combate à criminalidade tradicional.

2. Breve abordagem da era da globalização

Para compreender a abordagem desse tema no trabalho, é preciso entender primeiramente a globalização além de um mero plano econômico, mas como um novo projeto político, de maneira que, para consolidar suas metas, os novos agentes transnacionais dessa nova era valeram-se de planificações que possibilitaram a transformação de paradigmas como

Boaventura de Sousa Santos define a globalização como um processo complexo que atravessa as mais diversas áreas da vida social: a globalização dos sistemas produtivos e financeiros à revolução nas tecnologias e práticas de informação e de comunicação; da erosão do Estado nacional e redescoberta da sociedade civil ao aumento exponencial das desigualdades sociais; das grandes movimentações transfronteiriças de pessoas ao protagonismo das empresas multinacionais e das instituições financeiras multilaterais; das novas práticas culturais e identitárias aos estilos de consumo globalizado.²

Dessa maneira, não seria diferente a adaptação do Direito a esse novo paradigma social, uma vez que este último faz parte da construção cultural da sociedade civil. Tem-se por certo que as tendências sociais, culturais e territoriais sofreriam um intercâmbio muito grande com esse novo fenômeno.

Dentre os vários entraves da democracia liberal capitalista, que por um momento pareceu consensual, operou-se contraditoriamente com intervenções de regimes autoritários nos países periféricos, o que ocasionou uma rejeição contra o

² SANTOS, Boaventura de Sousa In DIX SILVA, Tadeu. Op.cit, 1998, p. 81-96.

fundamentalismo neoliberal.³ Talvez por isso que a globalização transmita uma ideia de indeterminismo, indisciplina e descentralização.

Zaffaroni explica a globalização por duas perspectivas: como uma ideologia e como uma realidade de poder. Como uma ideologia, identifica-se por meio do mercado mundial, marcado por uma irrestrita eliminação de barreiras e protecionismos, gerando uma aparência de crescimento planetário. Como uma realidade de poder, a globalização se identifica com as seguintes características: a) domínio por meio de medidas e imposições econômicas; b) redução da violência bélica entre as potências líderes e fomento de conflitos entre Estados subalternos; c) perda de poder por parte dos Estados nacionais; d) concentração do poder em poucas corporações transnacionais; e) produção de abandono estrutural; f) população marginalizada; g) produção de vários riscos de catástrofes ecológicas, revoltas sociais e crises financeiras⁴.

Desta maneira, no século XXI, as ciências sociais têm o desafio de pensar o mundo como uma sociedade global, devendo as relações, processos, estruturas e funções serem repensadas. Não basta transportar o pensamento científico das ciências sociais pautados no estudo de cada sociedade ou cultura para o estudo unificado da sociedade mundial.

Essa nova sociedade implica em novos desafios empíricos, metodológicos, históricos e teóricos, que exigem novas pesquisas a respeito. Sem maiores delongas em matéria de sociologia mundial, segue o objetivo do presente trabalho em adaptar o Direito a essas novas mudanças.

Como bem aduz José Eduardo Faria⁵, qualquer avaliação a respeito da influência da globalização no Direito pode ser precipitada. No entanto, o autor se arrisca ao traçar oito possíveis tendências:

- 1) Ampliação da incompatibilidade entre o tempo da legislação processual civil e penal e o tempo do processo decisório no âmbito dos mercados transnacionalizados;

³ HOBBSAWM, Eric. O novo século. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p.80.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Globalização e sistema penal na América Latina: a legislação brasileira em face do crime organizado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 4, n. 13, jan-mar, 1997, p.17-18.

⁵ FARIA, José Eduardo. As transformações do Direito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 6, n.22, 1998. P. 236-239.

- 2) Expansão hegemônica dos padrões legais anglo-saxônicos, em vista da sua rapidez, pragmatismo e flexibilidade;
- 3) Progressiva redução do grau de coercibilidade do direito positivo;
- 4) Tendência à “reprivatização” do Direito, após a expansão do direito público e de suas normas controladoras, reguladoras e diretivas nas décadas de 60 e 70;
- 5) Enfraquecimento progressivo do direito do trabalho, em vista da exigência de formas mais maleáveis de contratação e formalização das relações trabalhistas;
- 6) Transformação do direito internacional de caráter público para um direito comunitário, tendendo a ser muito mais complexo e maleável do que o direito interno;
- 7) Aumento do ritmo de regressão dos direitos humanos e sociais, enfraquecidos pela economia globalizada, como a competitividade e a produtividade levadas ao extremo;
- 8) Transformação paradigmática do direito penal, tornando-o mais abrangente e mais severo para, sob o pretexto de combater a criminalidade moderna, disseminar o medo e o conformismo no seu público-alvo, os excluídos.

Elencadas tais tendências, com o intuito de compreender a influência da globalização no direito penal contemporâneo, entendemos a globalização não só como um fenômeno econômico, mas principalmente como uma forma de mudança no comportamento social, gerando uma profunda alteração nas estruturas dos Estados (aqui se incluem os sistemas legais) e nas relações internacionais sem que se fizesse perceptível⁶. A única coisa que parece certa é que futuramente essas instituições jurídicas guardarão semelhança com o modelo jurídico atual.

3. Mudança paradigmática do direito penal nessa nova era

Nessa nova era globalizada, a sociedade contemporânea vem passando por umas séries de transformações, as quais vêm a romper com o modelo da sociedade moderna, trazendo por consequência como novo modelo uma sociedade globalizada, que vive permanentemente sob risco. Diferentemente não seria o direito penal, já que este é reflexo da sociedade em que está inserido.

⁶ Não se trata de uma revolução armada nem de uma aspiração mutatória de uma sociedade. A sociedade global passa por essas mudanças “invisíveis” após a década de 80 com o final da Guerra Fria.

O direito penal clássico prevê como crime uma violação da norma estipulada pelo legislador, sendo este o representante dos interesses dos cidadãos. A violação provém de ações humanas e de acontecimentos naturais, por meio de desvios de conduta percebidos socialmente.

Sem embargos, o direito penal atua dentro de um ataque a um bem relevante à sociedade (princípio da lesividade), quando as outras esferas do Direito não forem suficientes para sancionar (princípio da subsidiariedade). Caracteriza-se essencialmente pela individualização das condutas como critério de aferição da culpa e pela previsão do resultado anteriormente à ocorrência do fato criminoso.

Esse princípio nasceu na época do Iluminismo, sob a égide da construção de Beccaria, que define a grandeza dessa conquista para a sociedade da época:

Ora, o magistrado, que é parte dessa sociedade, não pode com justiça aplicar a outro partícipe dessa sociedade uma pena que não esteja estabelecida em lei; e a partir do momento em que o juiz se faz mais severo do que a lei, ele se torna injusto, pois aumenta um novo castigo ao que já está prefixado. Depreende-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão.⁷

O processo globalizador trouxe consigo influências catastróficas para aquele “bem-sucedido” direito penal clássico, sendo imprescindível o destaque da manifestação de José Eduardo Faria a respeito do tema. De forma majestosa, o autor resume e traça os rumos do Direito Penal dessa nova era:

Enquanto no âmbito dos direitos basicamente sociais e econômicos se vive hoje um período de reflexo e flexibilização, no direito penal se tem uma situação diametralmente oposta: veloz e intensa definição de novos tipos penais: crescente jurisdicalização e criminalização de várias atividades em inúmeros setores na vida social; enfraquecimento dos princípios da legalidade e da tipicidade, por meio do recurso a normas com textura aberta; ampliação do rigor de penas já cominadas e de severidade de sanções; encurtamento das fases de investigação criminal e instrução processual, inversão do ônus da prova, passando-

⁷ BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo, Editora Afiliada, 2003. P. 20.

se a considerar culpado quem, uma vez acusado, não provar sua inocência.⁸

Apoiado pelos ensinamentos de Silva Sanchez⁹ é possível afirmar que o direito penal da globalização será um direito crescentemente unificado, mas também menos garantista, em que se flexibilizarão as regras de imputação e se relativizarão as garantias político-criminais.

Sendo assim, com o surgimento do fenômeno da globalização, a individualidade e a anterioridade da previsão já não bastavam, sendo necessárias novas medidas para que as ações criminosas tivessem uma resposta imediata do Estado. Ocorre que, diante desse dilema, o direito penal acabou invadindo as outras esferas do Direito, acarretando um Estado de insegurança, vivido continuamente em risco.

Diante disso, criou-se hoje, o que os sociólogos denominam como “Sociedade de Risco”¹⁰ em que as ações humanas são anônimas e estão distantes no tempo e espaço e os agentes são difusos e indeterminados. Há a dificuldade de reconhecer os processos causais e delimitar as responsabilidades individuais e, empiricamente falando, tornam-se os danos imprevisíveis e incalculáveis. Há também a dificuldade de estabelecer nexos de causalidade entre o fato criminoso e os agentes físicos responsáveis, o que criou uma demanda de condutas arriscadas, fugindo aos dois princípios acima mencionados.

No que diz respeito ao bem jurídico, no Estado globalizado, houve uma desmaterialização dele, pois o legislador de hoje visa a proteger os bens supraindividuais de conteúdo amplo e impreciso, o que requer uma dificuldade na delimitação do bem, da causalidade e do dano. Assim sendo, a lesão deixa de ser o centro do sistema, exigindo novas estratégias de imputação.

Aplicando-se à legislação brasileira, passa-se a ter uma incriminação dos tipos de mera conduta e de perigo abstrato, além da inversão do ônus da prova, da expansão da autoria e das fórmulas de ausência de distinção entre autoria e participação.

⁸ FARIA, José Eduardo. As transformações do Direito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 6, n.22, 1998, P. 231-240.

⁹ SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. A Expansão do Direito Penal. Tradução: Luiz Otávio Rocha. Editora. São Paulo: RT, 2002. P. 64.

¹⁰ BECK, Ulrich. O autor é o pai da teoria da “Sociedade do Risco”.

Nesses casos pouco importa o resultado, vez que a simples possibilidade mesmo que remota de causar dano a um bem jurídico a tipifica como lei penal.

O direito penal passa então a ser preventivo, estabelecendo patamares de segurança por meio de normas de conduta, criminalizando-o se não cumprido. Passa-se então a ter uma “penalização de condutas administrativas”, na tentativa de ordenar setores de atividades, a partir de uma contemplação geral e estatística de condutas, e como um reforço do direito administrativo¹¹.

Cria-se assim uma expansão do direito penal, como bem destaca o texto exposto, em que a visão do socialmente inadequado, tem por fim dar a possibilidade futura de ser causado um dano. A prevenção toma o lugar da repressão, dando margem para que na esfera penal exista normas penais em branco e que haja uma flexibilização das regras de causalidade e da individualização clássica.

Em estudo conjunto, Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini enumeram as características do Direito Penal na era da globalização¹²:

- a) Deliberada política de criminalização, antes da descriminalização – a expansão patológica do Direito Penal começou com a incriminação generalizada das afetações lesivas mínimas, em flagrante menosprezo ao princípio da intervenção mínima (subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal).
- b) Frequentes e parciais alterações pelo legislador da Parte Especial do Código Penal ou a edição de leis especiais – é o efeito contrário à hipertrofia do estado, a superpotência do Direito Penal como política criminal.
- c) Aumento dos marcos penais dos delitos clássicos;
- d) Proteção institucional dos bens jurídicos – o princípio da proteção dos bens jurídicos deixa de cumprir seu papel limite “negativo” da criminalização para assumir um papel “positivo” na intervenção penal;
- e) Ampla utilização da técnica dos delitos de perigo abstrato;

¹¹ Vale ressaltar que compartilhamos do entendimento daqueles autores que consideram essa mudança paradigmática está em total consonância com a nossa Constituição. O escopo desse trabalho é primeiramente entender essa mudança como fenômeno sociológico, fruto da sociedade globalizada. Entendemos também ser inevitável para o Direito essa mudança paradigmática.

¹² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. Globalização e Direito Penal. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. P. 93.

- f) Menosprezo patente ao princípio da lesividade ou ofensividade, o que significa a difusão dos delitos de mera desobediência à norma;
- g) Erosão do conteúdo da norma de conduta – não cumprimento do princípio da taxatividade; deslocamento dos limites do conteúdo do injusto a difusos setores da administração pública (ex: leis penais em branco);
- h) Exacerbada preocupação preventcionista;
- i) Transformação funcionalista do Direito Penal – a individualização da pena passa a ser um obstáculo para a nova Política Criminal;
- j) Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica;
- k) Privatização ou terceirização da Justiça;
- l) Alterações na área de processo penal.

Pode-se concluir, portanto, que no atual contexto a supremacia da velocidade e da mobilidade, da universalização e dos riscos, das incertezas e dos medos confronta-se diretamente com os signos de totalidade e projeto de segurança e perenidade que por longo do tempo conferiram sentido às estruturas básicas da sociedade disciplinar da primeira modernidade. No interior deste processo, instituições como Estado-nação, a família, a noção projetiva de emprego e mesmo as formas de controle social sofrem profundas alterações (que ora aparecem em forma de continuidade, ora de ruptura).¹³

4. A criação do risco e da lesão difusa

A tendência a um movimento de flexibilização nas demais áreas do Direito e uma exacerbção da tutela penal, principalmente em razão da atuação elástica da criminalidade econômica e organizada, leva o legislador a crer que a promulgação de normas penais mais rígidas e extensivas traria a solução para este problema.

Como já mencionado, a globalização impõe a primazia do econômico sobre o político, fazendo com que os imperativos do mercado tornem obrigatória a mudança do Direito, valendo-se inclusive da forma mais violenta de resposta, o direito penal. O Direito

¹³ FREIRE, Christiane Russomano. A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro. 9º Concurso de Monografias Jurídicas. São Paulo: IBCCrim 2005. P. 37.

Administrativo não pode mais sozinho conter a propagação veloz de novos riscos, socorrendo à ajuda de uma forma mais repressora, o Direito Penal.

Na lição de Faria Costa¹⁴, é sabido, mesmo para o mais incipiente dos juristas, que o Direito atua sempre como resposta às solicitações problemáticas que o contexto social lhe impõe. Age, dessa forma, sempre em um momento posterior ao problema. Ao mesmo passo, existe todo um processo de ponderação e de reflexão que, pela própria natureza das coisas, se postula lento, ainda mais quando se está a tratar de uma norma penal incriminadora.

Prosegue o autor dizendo que ninguém desconhece que também o processo legiferante é lento, às vezes penosamente lento. A legitimidade ordinária do *ius puniendi* está nos parlamentos democraticamente eleitos e as instituições parlamentares têm um nível de produção legislativa que se apresenta demorado, devido aos diferentes momentos na atividade de elaboração de leis.

"E se isto já era compreendido pela comunidade em geral, em face de uma sociedade cada vez mais valoriza o fazer, o movimento, a constante informação em tempo real, a lentidão das instituições democráticas entra em manifesta ruptura com a vertigem da exigência de respostas rápidas e eficientes – e, portanto, também respostas rápidas e eficientes contra a criminalidade – que a mundivivência atual erigiu como modelo de atuação".

Assim, diante de uma sociedade que vive em iminente risco de que condutas sejam transgredidas, a sociedade se torna menos confiável do ponto de vista da segurança. Somado a um discurso de pânico total presentes nos noticiários, cria-se uma situação em que o direito penal é chamado a agir, ainda que simbolicamente.

Bechara acredita que o paradigma penal dominante na atualidade parece ser o da efetividade na produção de segurança, passando-se da prevenção ao questionável princípio da precaução em defesa da sociedade contra ameaças potenciais advindas de âmbitos pouco conhecidos ou controláveis sob a perspectiva de riscos envolvidos¹⁵.

14 FARIA COSTA, José de. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminas, São Paulo: RT, v. 9, n. 34, 2001. p. 14-15.

15 BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. São Paulo: Boletim IBCCrim nº 208, ano 17, março de 2010. P. 03

Imperioso, por isso, reconhecer que a responsabilidade criminal no âmbito das organizações criminosas não pode mais ser cumprida com a concepção do princípio da responsabilidade pessoal nascido no direito penal liberal, concebido nos moldes da Revolução Francesa.

A análise das discussões teóricas acerca das novas tendências do risco no direito penal permite identificar como cerne do problema a contradição entre adaptação do direito penal à sociedade do risco e a ameaça aos princípios clássicos. Nesse intermédio encontra-se o risco da lesão, devendo a análise deste se limitar à possibilidade efetiva de criar um dano a um bem jurídico.

Por um lado, sob o ponto de vista do bem jurídico estritamente individualista, sustenta-se que o direito penal deve dedicar-se, tão-somente à proteção subsidiária e repressiva dos bens jurídicos essenciais ao desenvolvimento do indivíduo, mediante os instrumentos tradicionais de imputação de responsabilidade e segundo os princípios e regras clássicas de garantia.

Partindo da premissa de que o direito penal é, antes de qualquer coisa, um instrumento de utilidade social, a garantia não poderia privar a sanção criminal de sua finalidade de utilidade. Da mesma forma, se a garantia privasse o Direito Penal de punir condutas transgressivas, ela estaria negando a razão da sua própria existência.

Nessa esteira, Assis Machado opina que *“a configuração da garantia é sempre o resultado de um difícil equilíbrio entre a racionalidade instrumental da sanção e o respeito aos direitos fundamentais, emerge perniciosa a absolutização das garantias em detrimento da salvaguarda de bens jurídicos coletivos”*.¹⁶

No entanto, ao lado dessa manutenção político criminal, emergem evidentes as sérias limitações do instrumental do direito penal clássico para afrontar a necessidade de segurança, principalmente pelos novos crimes de perigo abstrato e pela extensão da responsabilidade criminal às pessoas jurídicas, inclusive das empresas criminosas.

Completando esse mesmo raciocínio, até Figueiredo Dias, autor considerado moderado, está de acordo sobre esse ponto, quando afirma que, *“ao se negar a intervenção penal para os problemas dos novos riscos tecnológicos, está-se, em última instância, invertendo os princípios jurídicos penais da subsidiariedade e da ultima ratio,*

¹⁶ ASSIS MACHADO, Marta Rodrigues. Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005. P. 183.

pois são subtraídas da tutela penal precisamente condutas socialmente tão gravosas que põem simultaneamente em causa a vida planetária e os bens afetos à dignidade dos sujeitos individuais”.¹⁷

Por conseguinte, sob os influxos de demandas preventivas e desse tipo de formulação teórica acerca da função de governo social do direito penal, a evolução presente da política-criminal aponta para a adequação da racionalidade penal, ansiando por eficácia em face dos novos riscos e impondo a transformação ou mesmo a preterição das características clássicas do direito penal.

Destaque-se que parte da doutrina que critica as formulações do direito penal mínimo, sob a argumentação que, atualmente, a tutela penal é realizada em detrimento dos interesses coletivos agredidos pelos poderosos da economia, pela criminalidade organizada, pelos subversores das instituições democráticas.¹⁸

Para eles, o direito penal deve corrigir a natural tendência à hipertrofia, mas deve, ao mesmo tempo, realizar uma tutela equilibrada de todos os bens fundamentais, individuais e coletivos. E a doutrina penalista, precisamente no momento que a justiça penal começa a orientar suas atenções também aos grandes da economia e da política, não pode patrocinar um retorno ao passado, que significaria a restauração de um estereótipo de delinquente recortado sobre classes perigosas¹⁹.

De fato, a busca do aparato penal por eficiência no combate aos problemas da sociedade de risco, em detrimento do seu arcabouço principiológico, prova certa deterioração na base de legitimação do discurso penal até então vigente. Esse processo acaba incitando um movimento de recusa das novas tendências e de afirmação do arcabouço axiológico e dos critérios dogmáticos do direito penal tradicional.²⁰

Ilustra esse raciocínio a manifestação de Figueiredo Dias, no sentido de que se deve *“recusar uma evolução do paradigma penal que passe por pôr em causa a defesa*

17 FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal entre a Sociedade Industrial e a Sociedade do Risco. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n. 33, P.51.

18 ASSIS MACHADO, Marta Rodrigues. Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005. P. 184

19 BECK, Francis Rafael. Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias. São Paulo: IBCCrim, 2004. P. 41.

20 ASSIS MACHADO, Marta Rodrigues. Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005. P. 185.

consistente e efetiva dos direitos humanos, o pluralismo ideológico e axiológico, e a secularização. Por isso, numa palavra, deve-se manter a recusa de qualquer concepção penal baseada na extensão da criminalização, onde o direito penal se transforme em instrumento diário de governo da sociedade e em promotor ou propulsor de fins de pura política estadual”.²¹

Dessa forma, parte significativa da doutrina propõe a manutenção do enfoque garantista, defendendo que a aplicação dos instrumentos penais de atribuição de responsabilidades às novas realidades deve se restringir aos casos em que há compatibilidade com seus princípios clássicos.

Esses autores defendem que na complexidade dos fenômenos do risco não poderem ser tratados pelos instrumentos do direito penal, disso não deriva, que o direito penal deva se transformar para absorver essa nova competência. Pelo contrário, esses problemas devem ser resolvidos por meio de outros instrumentos.²²

Diante desse desafio, poucos se lançam a estabelecer e pesquisar um novo paradigma para o Direito Penal. Parece que realmente a doutrina acorda em trilhar o sentido de uma legitimação processual coletiva, mas sem materializar especificadamente o que seria essa tendência. Para tanto, Jorge Silveira se arrisca e propõe uma solução, resplandecendo como voz pioneira na doutrina brasileira:

“Um primeiro passo já foi dado no que se vislumbra como um futuro, no qual haverá verdadeira simbiose entre coletividade popular e o Estado, entre governante e governado. Nesse sentido, figura caminhar-se para a consagração de uma ação penal popular. Nos dias de hoje, com o atual estágio de desenvolvimento, para a consagração de uma democracia, também no âmbito judicial, uma vez atacado um direito supra-individual, outra não parece ser a alternativa do que a possibilidade de uma participação penal dos entes coletivos”.²³

²¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal entre a Sociedade Industrial e a Sociedade do Risco. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, n. 33. P. 51.

²² ASSIS MACHADO, Marta Rodrigues. Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005P. 187.

²³ O autor adverte que ainda é cedo para previsões quanto a saber como irá se amoldar o Processo Penal aos interesses difusos. Assim, da mesma forma que o Direito Substantivo requer instrumentos processuais modernos e adequados, também o Direito adjetivo há de requerer um Direito Penal coerente, sistêmico e

Destarte, conforme se observou até aqui, com o advento do mundo globalizado, que fez com que a sociedade passasse por mudanças estruturais, e com o surgimento de uma nova forma de criminalidade, o instrumento repressor do Estado passou a atravessar uma situação de crise existencial.

Em função da criação dos novos riscos, o direito penal se expandiu para alcançar uma nova série de bens jurídicos, sendo que na maioria deles já não é necessário lesionar o do bem jurídico, bastando simplesmente que ofereça qualquer perigo. Além disso, os preceitos penais passaram a trabalhar com cláusulas gerais e imprecisas do que seria o injusto penal, o que ocasionou um intervencionismo penal cada vez mais abrangente e despreparado.

5. Conceito de bem jurídico penal e princípios penais clássicos

A análise do bem jurídico penal difuso e a tutela penal dos interesses difusos demanda uma mudança de paradigma na abordagem do direito penal. Isto porque, a tutela penal se amoldou no modelo clássico, pautado pelo iluminismo e por uma atuação penal retrospectiva, como resposta a violação de uma regra ética.

Não obstante, como visto alhures, com esse espectro de combate, o Direito Penal passou a não mostrar respostas efetivas a algumas formas de criminalidade, em especial no que tange à criminalidade organizada e à lesão ao bem jurídico difuso. Passou-se, então, ao desafio de dar efetividade às normas constitucionais, sem, contudo, abandonar os preceitos e princípios penais limitadores do arbítrio do Estado e de garantias mínimas dos indivíduos.

Como garantias mínimas e irrenunciáveis, a grande contribuição do período iluminista foi a positivação dos princípios penais, pautados pela dignificação da pessoa humana como centro da construção de todo sistema jurídico.

Como primeiro corolário do sistema penal e do próprio conceito de bem jurídico, merece destaque o princípio da legalidade dentro das suas três faces: como fonte da norma penal (reserva legal); como enunciação clara de sua previsão (determinação taxativa); e sua validade no tempo (irretroatividade).

Ainda, o consagrado princípio da culpabilidade, como fundamento da responsabilidade e da medida certa da vontade do agente, assim como medida para

dogmaticamente formatado. JORGE SILVEIRA, Renato Mello. Direito Penal Supraindividual: Interesses Difusos. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002. P.179-180.

aplicação correta da pena. Disto decorre também a individualização da pena, pois a sanção penal não poderá passar da pessoa do indivíduo, devendo ser atribuída na medida de sua culpabilidade.

Um dos princípios emblemáticos do direito penal clássico é o da intervenção mínima, concebendo este como *ultima ratio*, ou seja, quando não for cabível nenhuma atuação de outra seara do Direito. Desse princípio decorre a subsidiariedade e a fragmentariedade. Diante desta ponderação, tem-se que o bem jurídico apenas será tutelado pela esfera penal quando não puder ser protegido eficientemente por outras áreas do Direito.

Irrenunciável, pois, o princípio da humanidade, o qual coloca o ser humano como centro da construção jurídica, vedando qualquer tratamento penal ou degradante no que concerne à aplicação das penas, como uma das maiores demonstrações do vetor da construção jurídica: a dignidade da pessoa humana.

Pautados por estes princípios mínimos irrenunciáveis e pelo racionalismo do período iluminista, Karl Binding conceitua que "*o delito consistia na lesão de um direito subjetivo do Estado, havendo congruência entre a norma e o bem jurídico que era o núcleo do injusto, sendo a norma a única e definitiva fonte de revelação do bem jurídico*"²⁴.

Nessa perspectiva clássica, todos os bens jurídicos são, obrigatoriamente, bens da comunidade, não fazendo, portanto, sentido a distinção entre bens jurídicos individuais ou supraindividuais.

Já para Franz von Liszt, também integrante da Escola Positiva, mas já com uma base naturalística-sociológica, aduz que devem ser "*identificados os bens jurídicos a serem penalmente protegidos na sociedade, isto é, identificando-os como consequência das relações sociais. Direito Penal é a proteção dos interesses humanos vitais, os quais são os interesses jurídicos, visto que é este interesse que é reconhecido e tutelado pelo Direito*"²⁵.

Inicia-se aqui um afastamento do pensamento positivista clássico em busca de um novo conceito de bem jurídico, diante da mudança de fenômenos sociais e das

24 BINDING, Karl. Apud in: GUZ, Manoella. Bem jurídico penal difuso e coletivo. Tese de mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2010. P. 33

25 VON LISZT, Franz. Apud in: GUZ, Manoella. Bem jurídico penal difuso e coletivo. Tese de mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2010. P. 34.

perspectivas históricas. Para compreensão do novo conceito de bem jurídico, faz-se imprescindível um esforço histórico da abordagem do instituto e das gerações (dimensões) do Direito Penal para uma melhor compreensão do tema.

Na primeira geração (dimensão) dos direitos, tutela-se os bens jurídicos individuais da pessoa com ênfase à liberdade dos indivíduos. Ao Estado cabia a proteção da liberdade de cada um, de acordo com o respeito à liberdade dos outros. Nessa senda, o Estado atuaria dentro de uma atuação posterior à violação da regra de conduta.

Na segunda geração (dimensão), exige-se uma atuação positiva do Estado para resguardar direitos sociais e coletivos. Assim, o Direito Penal cumpre uma atuação para resguardar esses interesses sociais, de modo que a intervenção penal só se justifica quando é absolutamente necessária para a proteção dos cidadãos.

Já com o advento da terceira geração (dimensão) dos direitos fundamentais, oriundos do pós-guerra, evolui-se para tutela de alguns interesses antes não concebidos, os interesses difusos. Para tratar esses bens, faz-se necessário uma abordagem diferenciada das tutelas jurídicas, inclusive a penal, atuando agora em uma prospecção para que o dano ocorra.

Segundo Ana Claudia Bastos de Pinho, para ser fiel ao modelo constitucionalmente concebido, "*todo arcabouço do Direito Penal deve ser construído com base nessa concepção humanitária e garantista*". A dignidade da pessoa humana, assim, funciona como principal vetor na formulação, interpretação e aplicação das normas penais²⁶.

Dito isso, a Constituição Federal atua como limite negativo do Direito Penal, posto que será admitida toda criminalização que não atente contra o texto constitucional. Para Antonio Carlos da Ponte, a eleição de bens jurídicos passíveis de proteção penal pode ser realizada aleatoriamente, desde que os valores constitucionais tenham sido preservados²⁷.

Para tanto, deve-se contemplar a ingerência penal para proteção de bens jurídicos universais, o cumprimento de mandados de criminalização e a utilização do

²⁶ PINHO. Ana Cláudia Bastos de Pinho. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006. P. 64.

²⁷ PONTE, Antonio Carlos da. *Crimes Eleitorais*. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. P. 164.

princípio da dignidade da pessoa humana como valor fundamental para proteção de determinado bem jurídico.

Pode-se concluir que a proteção de um bem jurídico, ainda que previsto em lei, só encontra respaldo no ordenamento jurídico se pautado pela dignidade da pessoa humana, isso vale dizer: quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade – e da dignidade da pessoa humana.

6. Mudança de paradigma e ingerência penal para tutela dos bens jurídicos difusos

Parte-se ao questionamento sobre quais bens jurídicos mereceriam a tutela (ingerência) penal do Estado. Em outras palavras, quais bens constitucionais seriam eleitos pelo legislador ordinário como de maior relevância com o fito de receber a tutela do direito penal.

Segundo entendimento de Fabio Roque, "*a Constituição Federal tem como principais características ser substancialista, dirigente e vinculante, de forma que existe um catálogo de bens jurídicos lá a serem resguardados, não podendo ficar à mercê da vontade política e da ideologia dos governantes*"²⁸.

Neste sentido, profecia Renato de Mello Jorge Silveira:

"Relevância e necessidade são conceitos sedimentados por um positivismo marcadamente influente em diversas áreas da sociedade. Suas justificativas são de fundamento lógico, entretanto, por vezes, destoadas de uma lógica jurídica mais avançada. É verdade que a atualidade da vida social demonstra a importância dos interesses difusos para o convívio em sociedade. Os novos riscos impostos pela sociedade pós-moderna impõem certo tratamento a estas condutas. Fundando-se nessa necessidade, muitos clamam por uma tutela penal (ainda que nos moldes tradicionais) dos bens jurídicos difusos."²⁹

Há, portanto, a necessidade, dentro de um Estado Democrático de Direito, que determinadas condutas estejam enquadradas como penalmente puníveis, para que se

²⁸ SBARDELOTTO, Fábio Roque. Direito Penal no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Editora Livraria do Advogado, 2001. P. 89.

²⁹ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal supra-individual: interesses difusos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 190.

consiga dar efetividade às normas constitucionais. Como exemplo, pode-se citar a corrupção sistemática, a corrupção eleitoral e a criminalidade organizada atuando livremente e sem punição efetiva dentro do Estado, os quais certamente comprometeriam o funcionamento das instituições e a própria ideia de democracia.

Assim, parte da doutrina penal defende a existência de mandados explícitos e implícitos de criminalização como um mínimo a ser previsto pelo Direito Penal. Para Antonio Carlos da Ponte, "*não é ditar regras ao legislador, mas fixar e delimitar os espaços mínimos de atuação*".

Segundo a lição do eminente professor: "*os mandados de criminalização indicam matérias sobre as quais o legislador ordinário não tem a faculdade de legislar, mas a obrigatoriedade de tratar, protegendo determinados bens ou interesses de forma adequada e, dentro do possível, integral*"³⁰.

Assim, tendo como premissa o garantismo positivista, qual seja, o dever do Estado implementar e proteger direitos sociais, haveria no corpo da Constituição Federal mandados de criminalização explícitos, cabendo ao Poder Legislativo a implementação desses mandados como lei penal incriminadora.

Não se pode, outrossim, negar a necessidade da tutela penal aos bens jurídicos universais, ainda mais quando existem bens dessa natureza previstos em mandados de criminalização, uma vez que nestes casos se verifica uma ordem constitucional impondo tal proteção. Assim, diante da percepção da obrigatoriedade da tutela penal e com base nos valores constitucionais, fica evidente que o direito penal deve atuar de forma apta a proteger os bens em questão, sob pena de não cumprir a determinação constitucional.

De outra banda, além daqueles mandamentos expressos, parte da doutrina defende que haveria outros bens jurídicos que demandariam proteção da lei penal, ainda que não expressamente emanados pelo constituinte.

Segundo a doutrina, os mandados implícitos de criminalização seriam aqueles que, muito embora não estejam claramente expostos, podem ser extraídos da avaliação do corpo constitucional como um todo, ou seja, da avaliação contextual dos valores consubstanciados ao longo do Texto Constitucional.

³⁰ PONTE, Antonio Carlos da. Crimes Eleitorais. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008. P. 174-175.

Imperioso destacar que os mandados de criminalização só podem existir em um ambiente propício, qual seja, o Estado Democrático de Direito, pois estas cláusulas de penalização só se justificam num sistema no qual a supremacia constitucional e a separação de poderes se apresentem de maneira efetiva e não apenas formal, em um regime de normalidade institucional e democrática, nos quais há distinção entre normas constitucionais e leis ordinárias e entre os exercentes dos Poderes Legislativo e Executivo.

Considerando que a Constituição Federal, já no seu artigo 1º, prevê o regime democrático como cláusula pétrea, basilar da construção de toda ordem jurídica, bem como no artigo seguinte prevê a existência dos três poderes independentes e harmônicos entre si, pode-se concluir que o legislador ordinário tem a obrigação de agir positivamente para penalizar algumas condutas.

Contudo, a tutela do bem jurídico penal difuso demanda uma política criminal diferenciada, com a previsão de novos mecanismos de prevenção e punição de condutas, a qual é incomparável com a política criminal até o momento adotado, se mostrando necessário, portanto, novas respostas penais que não as tradicionalmente adotadas.

Para Manoella Guz, *"os tipos penais no Direito Penal clássico, em regra, se apresentam de forma fechada, reprimendo condutas através de crimes de dano, ou seja, condutas que geram resultados lesivos aos bens protegidos. Já para a tutela dos bens universais se fará necessária a utilização de tipos penais que sejam aptos a prevenir lesões, ou seja, tipos penais de perigo"*³¹.

Isto porque, dentro de uma sociedade globalizada, cujos riscos são iminentes, os bens jurídicos universais, por não apresentarem titulares certos e determinados, produzirão danos que embora de grande dimensão por afetarem um número indeterminável de pessoas, de modo que não basta apenas um olhar retrospectivo.

A partir de fenômenos constatados que redundam numa verdadeira expansão do direito penal, o tradicional direito penal já não é o bastante para dar respostas efetivas à criminalidade moderna, devendo-se atuar por antecipação ou prospecção, punindo atos preparatórios desta criminalidade que corrói a democracia e todo tecido social.

31 GUZ, Manoella. Bem jurídico penal difuso e coletivo. Tese de mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2010. P. 136.

Cumpra ao Direito Penal uma atuação prospectiva, atuando dentro de uma representação objetiva de perigo, evitando que a conduta se consuma e que o resultado seja irreversível e catastrófico.

Além disso, em razão da tutela dever ser preventiva, não há como se prever taxativamente todas as condutas potencialmente lesivas ao bem jurídico, de forma que não é possível a adoção de tipos penais fechados que estabeleçam condutas certas e determinadas, visto que impossível ao legislador determinar a totalidade destas.

Outra técnica legislativa destacada por Manoella Guz na defesa dos bens universais mostra indispensável a aplicação de novas fórmulas penais, as quais farão com que o Direito Penal se utilize de novas técnicas de imputação, surgindo assim o chamado Direito Penal contemporâneo.

Dentre essas novas técnicas penais verifica-se a mitigação de direitos, garantias e princípios constitucionais, tais como os princípios da ofensividade e da legalidade. Em outras palavras, imprescindível se faz a adoção dos tipos penais de perigo, os abertos e as normas penais abertas, formas aptas a enquadrar as mais diversas situações potencialmente danosas, as quais são inúmeras e indetermináveis, bem como aptas a atualizar o direito penal diante das mudanças e necessidades do mundo contemporâneo, fazendo com que este não se torne inócuo em um curto espaço de tempo³².

Diante de todo exposto, conclui-se que a abordagem do bem jurídico difuso exige uma tutela diferenciada e preventiva do Direito Penal, compatibilizando os princípios constitucionais clássicos do Direito Penal com as demandas emergentes do Estado Democrático de Direito.

Pode-se mencionar o fato de grande parte da doutrina considerar que a antecipação da tutela penal e o enfrentamento do risco de perigo diante da atuação da criminalidade moderna e dos grandes conglomerados econômicos, assim como a previsão de instrumentos específicos de investigação, são exemplos de que a sociedade está se utilizando de um tratamento penal diferenciado.

Sem sombra de dúvidas, o enfrentamento convincente da criminalidade organizada deve desenvolver política de controle das condutas criminosas mediante instrumentos específicos, abandonando os dogmas do direito penal tradicional. Deve ser priorizado o enfrentamento do perigo, sem esperar a ocorrência do dano. Não se deve

³² GUZ, Manoella. Bem jurídico penal difuso e coletivo. Tese de mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2010. P. 145.

esperar passivamente a ofensa a um bem jurídico, já que o maior atentado aos cidadãos e à democracia é uma Justiça que não responde à criminalidade no caso concreto.

Cabe alertar que balizar uma atuação específica e se instrumentalizar contra essas novas modalidades criminosas não justificam nenhum atentado contra os direitos inerentes à pessoa humana, não podendo em nenhuma hipótese negar a condição de cidadão a qualquer ser humano.

Para que se justifique a limitação dos direitos fundamentais é imprescindível que se verifique a eficácia dos meios de coerção na proteção da criminalidade moderna e difusa, pois só assim haveria um equilíbrio. Para que eventual limitação de direitos fundamentais seja plausível, dentro de um ideal de política criminal, faz-se mister uma ponderação de direitos, devendo se visualizar a eficácia das medidas, as quais não se tornariam legítimas sem um resultado prático, posto que as mitigações apenas serviriam para garantir um maior poder ao Estado, sem qualquer contraprestação à sociedade.

7. Considerações finais

Como se observou no presente trabalho, o modelo globalizador de criminalidade da sociedade mundial impôs ao direito penal dos Estados nacionais a árdua tarefa de quebrar o paradigma clássico, contudo, sem que fossem colocadas de lado as garantias fundamentais dos indivíduos.

Os novos conflitos surgidos na sociedade atual em decorrência desse novo fenômeno demonstraram claramente que o Estado já não está mais apto a reprimir a criminalidade moderna. De fato, o direito penal da globalização apresenta falhas instrumentais na repressão de condutas ilícitas, em especial aquelas cometidas por organizações criminosas altamente especializadas, sobretudo quando atuantes por meio de grandes conglomerados econômico.

O direito penal contemporâneo inserido em uma sociedade pós-industrial, dita "de risco" se destaca pela tendência político-criminal de antecipar a intervenção penal para um momento anterior ao que o bem jurídico possa ser lesado ou exposto a um perigo concreto, acabando por punir os atos preparatórios, proliferando os delitos de perigo abstrato, os tipos penais abertos e as normas penais em branco.

Indispensável, pois, que o direito penal seja reinterpretado consoante o garantismo positivo previsto na constituição. Nesse sentido, os mandados de criminalização são ordens constitucionais que impõem a intervenção penal do Estado

diante de condutas que afrontem os bens jurídicos neles determinados. Assim, no sistema brasileiro, alguns bens jurídicos são destacados como merecedores de proteção penal, de maneira que não se pode evitar esta tutela.

Por derradeiro, verificada a relevância do bem jurídico eleito como merecedor da proteção penal e constatando-se que a integridade deste não é preservada pelas outras áreas do Direito, resta obrigatória a proteção penal, não cabendo ao legislador ordinário discricionariamente decidir sobre a legitimidade desta intervenção estatal, sobretudo no que tange ao bem jurídico difuso, cuja violação pode acarretar danos catastróficos à toda sociedade.

Concluiu-se, portanto, que diante dessa forma especializada de criminalidade, o direito penal deve atuar não só como *ultima ratio*, mas como *prima ratio* na solução de conflitos, com a certeza de que só será merecedor de uma credibilidade social caso se mantenha atento às mudanças paradigmáticas da sociedade.

8. Referências e bibliografia

ASSIS MACHADO, Marta Rodrigues. Sociedade do Risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCrim, 2005.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Afiliada, 2003.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore. Delitos de acumulação e racionalidade da intervenção penal. São Paulo: Boletim IBCCrim nº 208, ano 17, março de 2010.

BECK, Francis Rafael. Perspectivas de controle ao crime organizado e crítica à flexibilização das garantias. São Paulo: IBCCrim, 2004.

BECK, Ulrich. La sociedad del riesgo. Efd. Paidós. Traducción Jorge Navarro. Barcelona, 1998.

DIX SILVA, Tadeu. Globalização e direito penal brasileiro: acomodação ou indiferença? Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT. ano 6, vol. 23, 1998.

FARIA, José Eduardo. As transformações do Direito. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 6, n.22, 1998.

FARIA COSTA, José de. O fenômeno da globalização e o direito penal econômico. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, v. 9, n. 34, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. O Direito Penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, ano 9, n.33, 2001.

FREIRE, Christiane Russomano. A violência do Sistema Penitenciário Brasileiro. 9º Concurso de Monografias Jurídicas. São Paulo: IBCCrim 2005.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINNI. Alice. Globalização e Direito Penal. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GUZ, Manoella. Bem jurídico penal difuso e coletivo. Tese de mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). São Paulo, 2010.

HOBBSAWM, Eric. O novo século. Tradução: Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

JORGE SILVEIRA, Renato Mello. Direito Penal Supraindividual: Interesses Difusos. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2002.

PINHO. Ana Cláudia Bastos de Pinho. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2006.

PONTE, Antonio Carlos da. Crimes Eleitorais. 1ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Apud in: DIX SILVA, Tadeu. Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo: RT, v.6, n.23, 1998.

SBARDELOTTO, Fábio Roque. Direito Penal no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Editora Livraria do Advogado, 2001.

SILVA FRANCO, Alberto. Globalização e Criminalidade dos Poderosos. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: RT, ano 8, n.31, 2000.

SILVA SANCHEZ, Jesus Maria. A Expansão do Direito Penal. Tradução: Luiz Otávio Rocha. Editora. São Paulo: RT, 2002.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. Globalização e sistema penal na América Latina: a legislação brasileira em face do crime organizado. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 4, n. 13, jan-mar, 1997.

ANÁLISE CRÍTICA SOBRE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

ANDRÉ MACHADO DE SOUZA:

Especialista em Direito Notarial e Registral e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Mestrando em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Titular do 2º Tabelião de Notas e de Protesto de Presidente Prudente/SP.

GUSTAVO TRIANDAFELIDES BALTHAZAR

(coautor)³³

Resumo: Este artigo tem por objetivo analisar a inclusão dos serviços de conciliação e mediação no âmbito das atividades prestadas pelas serventias extrajudiciais. Abordando a capilaridade do sistema e o conhecimento jurídico do delegatário, objetiva-se demonstrar que o incentivo à inclusão destes serviços na atividade extrajudicial implicará na melhora das condições de solução de controvérsias pela população em geral.

Palavras-chave: Mediação e conciliação. Serventias extrajudiciais. Sistema multiportas.

Abstract: This article aims to analyze the inclusion of conciliation and mediation services in the scope of activities provided by extrajudicial services. Addressing the capillarity of the system and the legal knowledge of the delegate, the objective is to demonstrate that encouraging the inclusion of these services in the extrajudicial activity will imply in the improvement of the conditions for resolving disputes by the population in general.

Keywords: Mediation and conciliation. Extrajudicial services. Multiport system.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS. 3. OBSTÁCULOS À ADOÇÃO DO PROVIMENTO Nº 67/2018. 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 5. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

³³Juiz do Trabalho Substituto, bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, Licenciado em Letras pela Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Anhanguera, especialista em Direito Notarial e Registral pelo Instituto Damásio de Direito e mestrando pela Escola Paulista de Direito.

O presente artigo abordará a possibilidade de realização de conciliação e de mediação nas serventias extrajudiciais, como importante ferramenta a assegurar às partes o amplo acesso ao sistema estatal de solução de controvérsias.

Dentro do necessário movimento de desjudicialização, a incorporação das serventias extrajudiciais ao sistema multiportas evidencia-se como uma importante medida a ser implementada para assegurar o amplo acesso à população aos meios rápidos e eficazes de resolução de conflitos.

Para um melhor recorte do tema abordado, focaremos essencialmente na utilidade do uso de tal ferramenta no âmbito das serventias extrajudiciais, bem como na necessidade de tornar a realização da conciliação e mediação economicamente viáveis para os delegatários, assegurando assim ampla adesão com resultados positivos à população.

Importa destacar que o Provimento nº 67/2018 do Conselho Nacional de Justiça autorizou ditos procedimentos na seara dos cartórios. Entretanto, há obstáculos que impedem sua aplicação prática, que vão desde a questão dos custos envolvidos até a formação dos profissionais, tornando assim o instituto pouco difundido até o momento na seara extrajudicial, questões que serão objeto de análise neste estudo.

2 A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO COMO MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O conflito é algo inerente ao ser humano. Assim, o Direito deve regular as ações em sociedade, possibilitando a convivência mais harmônica possível, sempre em prol da coletividade.

Stigert³⁴ (2017, p. 39) leciona que:

[...] conflito é processo que, com a Moderna Teoria do Conflito, pode e deve ter sobre si lançada a percepção positiva, como oportunidade de crescimento, razão pela qual a expressão conflito deve ser preferida à disputa, que pode levar à ideia de competição e à percepção negativa, com resultado de soma zero, onde uma parte ganha e a outra perde.

Desde as Ordenações Filipinas até a promulgação da Constituição Federal de 1988, a preocupação pela solução amigável dos conflitos sempre existiu no Brasil. As últimas

³⁴ STIGERT, Ludmila (org.). **A efetividade da mediação para além da teoria**. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2017.

décadas, entretanto, foram marcadas por um crescimento exponencial na implementação de políticas públicas voltadas ao incentivo de métodos autocompositivos.

A segunda metade do século XX foi também palco de uma releitura do princípio do acesso à Justiça. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elevou-lhe ao rol de direitos fundamentais, deixando de ser apreciado por seu aspecto meramente formal para “recuperar os laços entre o processo civil, o direito material e a realidade social, procurando dimensionar o processo como um efetivo instrumento para a tutela de direitos³⁵”.

Nesse cenário, e considerando a grande taxa de congestionamento do Poder Judiciário, passaram a ser envidados esforços no sentido de se buscar outras formas de solução dos conflitos, de modo a reduzir a sobrecarga do Judiciário, chegando-se, dentre outras possibilidades, à mediação³⁶ e à conciliação³⁷.

É importante destacar que o objetivo final não é reduzir o congestionamento processual no Poder Judiciário, não se tratando de uma política pública a adesão ao sistema multiportas. O que se busca, com base no sistema multiportas, é assegurar às partes o direito de buscar a solução de seus conflitos em modelo reconhecido pelo Estado e que assegure uma outra opção além da judicialização, para que as partes desde o início possam ter efetiva escolha sobre o modo de perseguir o seu direito. Assim, a redução da sobrecarga na esfera judicial seria apenas um resultado positivo secundário.

A respeito, as lições de Kazuo Watanabe³⁸:

³⁵ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 47.

³⁶ “A mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Alguns autores preferem definições mais completas sugerindo que a mediação um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição.” (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Manual de Mediação Judicial**. 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. p. 20. Acesso em: 16 jan. 2022.

³⁷ “A conciliação pode ser definida como um processo autocompositivo breve no qual as partes ou os interessados são auxiliados por um terceiro, neutro ao conflito, ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para assisti-las, por meio de técnicas adequadas, a chegar a uma solução ou a um acordo”. *Op. Cit.* p. 21.

³⁸ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia; CRESPO, Mariana Hernandez (Orgs.). **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 89.

[...] os meios consensuais de solução de conflitos não devem ser utilizados com o objetivo primordial de se solucionar a crise de morosidade da justiça, com a redução da quantidade de processos existentes no Judiciário, e sim como uma forma de dar às partes uma solução mais adequada e justa aos seus conflitos de interesses, propiciando-lhes uma forma mais ampla e correta de acesso à justiça.

No ano de 2010, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, que trata da Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses. Em seu art. 1º, a Resolução dispunha que os tribunais teriam doze meses para disponibilizar a conciliação e a mediação aos cidadãos, medida que teve significativo impacto prático na utilização da mediação e da conciliação em todo o país.

Contudo, a grande reviravolta quanto ao contexto evolutivo da mediação e da conciliação no Brasil se deu no ano de 2015, com a promulgação do Novo Código de Processo Civil e da Lei nº 13.140/2015, que regulamentaram os institutos. O art. 3º, § 3º, da Lei Processual³⁹ assim dispõe:

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

[...]

§ 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.

Houve, portanto, uma mudança de paradigma: migrou-se da prevalência da solução heterocompositiva para a solução autocompositiva ou consensual. Essa alteração trouxe novo fôlego para a conciliação e a mediação, ao mesmo tempo em que exige profissionais do direito que acompanhem essa revolução.

No entanto, para que haja efetividade prática, é necessário que se envidem esforços no intuito de disponibilizar recursos materiais e humanos aptos a efetivamente aplicar a mediação e conciliação à solução dos litígios. É necessário formar bons mediadores e conciliadores, em número suficiente para conduzir os procedimentos.

³⁹ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 16 jan. 2022.

Ainda, uma das soluções trazidas pelo legislador no art. 42 da Lei nº 13.140/2015⁴⁰ foi contemplar os registradores e tabeliães como mediadores e conciliadores, desde que capacitados em curso autorizado e cadastrados junto ao tribunal estadual.

No mês de março de 2018, o Conselho de Justiça regulamentou o citado dispositivo legal, editando o Provimento nº 67, que dispõe sobre o serviço de mediação e conciliação nos serviços notariais e registrais do Brasil.

Os delegatários dos serviços extrajudiciais já vem sendo chamados a atuar no movimento da desjudicialização há bastante tempo, ao passarem a realizar, por exemplo, inventários, partilhas e divórcios consensuais (Lei Federal nº 11.441/2007), registros tardios de nascimento sem intervenção judicial (Lei Federal nº 11.790/2008), homologação do penhor legal (art. 703, §§2º, 3º e 4º, CPC/2015), usucapião extrajudicial (art. 216-A, Lei Federal nº 6.015/73), reconhecimento espontâneo de paternidade/maternidade biológica (Provimento nº 16/2012 do CNJ) e socioafetiva (Provimento nº 63/2017 do CNJ), dentre tantos outros.

Através da realização de atividades qualificadas como jurisdição voluntária, bem como através da promoção da justiça coexistencial, o legislador tem convocado notários e registradores para que prestem sua contribuição para uma Justiça mais célere, e, quando possível, fora da órbita do Judiciário.

A respeito, Tartuce⁴¹ leciona:

Desde o início da cogitação sobre tal possibilidade, o tema gerou polêmicas e desconfianças – sobretudo porque haveria interesse precipuamente econômico na gestão de meios consensuais. Ora, sob o prisma da evolução do sistema multiportas, a resposta é positiva: os cartórios têm uma excelente dispersão geográfica. Soa infundada a resistência com relação aos cartórios, já que tais serventias são referências tradicionais de informação e regularização de situações jurídicas. A existência de interesse econômico é natural e permeia todos os que exercem atividades na seara privada.

Milton Lamanauskas⁴², por sua vez, assevera:

⁴⁰ Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

⁴¹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 97.

⁴² LAMANAUSKAS, Milton Fernando; PEDROSO, Regina. **Direito Notarial e Registral atual**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015. p. 87.

A par do aspecto estritamente legal, a praxe tanto da atividade notarial quanto da registral tem demonstrado que os profissionais, tabeliães e oficiais de registro, atuam no seu dia a dia de forma conciliadora, pois buscam fornecer a melhor orientação para os usuários, sem relegar o aspecto da segurança jurídica.

Feitos esses esclarecimentos, passamos a analisar quais os desafios a serem enfrentados para que a mediação e a conciliação seja adequadamente realizada por esses profissionais do direito.

3. OBSTÁCULOS À ADOÇÃO DO PROVIMENTO Nº 67/2018

De início, convém destacar que alguns Estados já tratavam da conciliação e da mediação realizadas por serventias extrajudiciais, como, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Ao editar o Provimento nº 67/2018, o Conselho Nacional de Justiça conferiu aos procedimentos de conciliação e mediação realizados nos cartórios extrajudiciais caráter facultativo, cabendo, portanto, ao respectivo delegatário optar ou não pela prestação desses serviços (art. 2º⁴³).

Além disso, limitou a atuação dos titulares, quando conciliadores ou mediadores, ao “âmbito de suas competências”. O art. 13⁴⁴ disciplina:

Art. 13. O requerimento de conciliação ou de mediação poderá ser dirigido a qualquer serviço notarial ou de registro de acordo com as respectivas competências (art. 42 da Lei n. 13.140/2015).

Segundo Tartuce, citando Erica Barbosa e Silva⁴⁵:

Notários e Registradores devem exercer essa nova atribuição relacionada à aplicação específica dessas técnicas, atuando como facilitadores da comunicação e, pela investigação das suas razões, favorecendo a resolução do conflito. Dessa forma, é evidente que não está atrelada a nenhuma especialidade cartorial, tanto que o

⁴³ Art. 2º Os procedimentos de conciliação e mediação nos serviços notariais e de registro serão facultativos e deverão observar os requisitos previstos neste provimento, sem prejuízo do disposto na Lei n. 13.140/2015.

⁴⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento 67, de 26 de março de 2018**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atosadm?documento=3415>>. Acesso em 16 de jan. 2022.

⁴⁵ BARBOSA E SILVA, Erica. **Conciliação e mediação nas serventias extrajudiciais**. In: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5. ed. São Paulo: Método, 2019. p. 319.

provimento não fala em distinção por atribuição [...] É certo que essa interpretação favorece a população, pois as Serventias Extrajudiciais estão espalhadas por todo o território e estão presentes até mesmo nos locais mais longínquos. Sem essas restrições, haverá grande ampliação das arenas de solução consensual de conflitos, favorecendo o desenvolvimento da Justiça colaborativa.

Denota-se, pois, que aludido Provimento não adotou a “universalidade da competência” como o fez o Provimento CGJ nº 17/2013 do TJSP. Dentre as razões para a escolha da universalidade da competência, o TJSP salientava que dado “o fato de que os notários e registradores detêm amplo saber jurídico e que as causas a eles submetidas versarão apenas sobre direitos patrimoniais disponíveis, verifica-se que a fixação da universalidade da competência é medida que mais atende ao interesse público”⁴⁶.

Neste ponto, convém destacar as atribuições das variadas espécies de serviços notariais e registrais:

Registro Civil: O cartório de registro civil é o responsável por emitir certidões de nascimento e casamento, acordos pré-nupciais, adoção, registro de óbito, reconhecimento de paternidade, interdição, opções de nacionalidade e emancipação de menores. Em resumo, ele é responsável pelos atos que afetam diretamente a relação jurídica entre diferentes cidadãos.

Cartório de Notas: O cartório de notas é o responsável por dar fé pública a um documento. Ele elabora escrituras, procurações, testamentos, reconhece firma e autentica cópias.

Registro de Imóveis: O cartório de registro de imóveis é o responsável pela matrícula, registro e averbação de atos relativos a bem imóvel. Ele arquiva todos o histórico dos imóveis da região onde se localiza. Ainda que uma escritura de imóvel possa ser lavrada em um tabelionato de notas qualquer, até mesmo de outro estado, o registro dessa escritura está restrito ao cartório de imóveis que atende à região onde o imóvel está situado.

Tabelionatos de protestos: O tabelionato de protesto serve para dar publicidade da inadimplência de uma obrigação. O protesto de títulos e outros documentos de dívida é um direito do credor para

⁴⁶ TJSP. **Provimento CGJ nº 17/2013**, autoriza e implementa a mediação e a conciliação extrajudicial no Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www.kollemata.com.br/mediacao-e-conciliacao-serventias-extrajudiciais-autorizacao-provimento-cg-17-2013.html>>. Acesso em: 16 jan. 2022.

provar que a obrigação que tinha o devedor de lhe pagar uma quantia certa, reconhecida como dívida em dinheiro, não foi cumprida na data marcada para pagamento. É no cartório de protestos que se protocolam os documentos de dívidas para cumprimento da obrigação, intima os devedores, recebe pagamento, lavra o protesto em caso de não quitação e expede certidões relativa a dívidas.

Registro Civil de Títulos e das Pessoas Jurídicas: O cartório de registro de títulos trata das relações de pessoas jurídicas e registra e guarda inúmeros documentos particulares. Nesses estabelecimentos, é possível registrar contratos, atos constitutivos, estatuto ou compromissos das sociedades civis, religiosas, morais, científicas ou literárias, bem como o das fundações e das associações de utilidade pública⁴⁷.

Essa limitação imposta pelo Provimento editado pelo Conselho Nacional de Justiça, por certo, dificulta o acesso da população aos meios extrajudiciais de solução de conflitos, haja vista que grande parte dos municípios conta apenas com o serviço de Registro Civil das Pessoas Naturais.

De se destacar que essa capilaridade do Registro Civil das Pessoas Naturais (presente em quase todos municípios da federação) justifica sobremaneira a não limitação da competência, inclusive porque em muitos municípios o Registrador das Pessoas Naturais é o único operador do direito que a população tem acesso. Ignorá-los traz duas grandes consequências, o fechamento de uma porta para solução dos conflitos e a imposição do deslocamento ao município vizinho para buscar o apoio do Poder Judiciário.

A exceção recai sobre o Tabelião de Notas, uma vez que as Corregedorias Gerais de Justiça, ao regulamentarem o Provimento nº 67/2018, têm atribuído a ele a possibilidade de realizar a conciliação e a mediação sobre qualquer matéria que admita a transação como forma de solução de litígio.

Embora a realização de tais métodos seja facultativa, o delegatário optante deve preencher todos os requisitos previstos no Provimento nº 67/2018, dentre os quais a necessidade de autorização do Poder Judiciário.

A necessidade de autorização para a realização da conciliação e da mediação diverge da grande maioria das previsões normativas relativas à gestão das serventias extrajudiciais.

⁴⁷ Disponível em: <http://registrociviludi.com.br/2017/12/18/cnj-servico-conheca-os-tipos-de-cartorios-existentis-no-brasil/>. Acesso em: 16 jan. 2022.

A título exemplificativo, a Lei nº 13.484/2017 (“Ofícios da Cidadania”) dispensa a necessidade de autorização do Poder Público quando da aderência a novos serviços: preenchidos os requisitos legais, obtém-se automaticamente a autorização.

O Provimento prevê, ainda, que o processo de autorização para a realização de conciliação e de mediação nas serventias extrajudiciais deve ser regulamentado pelos NUPEMECs e pelas Corregedorias Gerais de Justiça. A fiscalização dos serviços prestados fica a cargo das Corregedorias Gerais de Justiça e do juiz coordenador do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania.

Os delegatários aderentes, como contrapartida para o funcionamento de tais serviços, são obrigados a realizar sessões não remuneradas para atender às demandas de gratuidade. O percentual dessas sessões não poderá ser inferior a 10% (dez por cento) do total daquelas realizadas na serventia, nem inferior ao percentual fixado para as câmaras privadas.

Para realizar o cadastro, os notários e registradores interessados em atuar como conciliadores/ mediadores – ou os prepostos por eles contratados – deverão ser formados em curso específico para o desempenho das funções, conforme as diretrizes curriculares estabelecidas pelo CNJ.

Aplicam-se aos delegatários as mesmas regras das câmaras privadas no que se refere às qualificações das partes, à delimitação do objeto, à facultatividade da presença de advogado e aos impedimentos para se atuar como conciliador ou mediador.

Convém destacar que a adoção do Provimento n. 67/2018 pelas serventias extrajudiciais depende de sua regulamentação pelas Corregedorias Gerais estaduais. Ainda assim, passados quase três anos de sua publicação, vários Tribunais de Justiça ainda não regulamentaram a matéria.

Ora, pouco importa o debate acerca das potenciais vantagens que os serviços de conciliação e mediação em cartórios extrajudiciais podem trazer se, mesmo interessado, o delegatário não encontra amparo normativo para prestá-los.

Outra questão relevante é o fato de que o Brasil possui considerável índice de serventias vagas, ou seja, sem um titular aprovado em concurso público. Dado o caráter transitório da vacância, o interino tem poderes diversos daqueles concedidos aos delegatários. Diferente da autonomia de gestão de que gozam os titulares, os interinos encontram-se limitados por rígidas restrições impostas pelo Poder Judiciário, o que inviabiliza a adoção do Provimento em expressivo número de cartórios.

Além disso, embora o serviço notarial e registral seja dotado de capilaridade – presente em praticamente todos os Municípios do país –, as serventias extrajudiciais

encontram um problema de ordem prática que inviabiliza a adoção dos serviços de conciliação e mediação extrajudiciais: muitas delas são deficitárias. Ao contrário do senso comum de que todos os cartórios são extremamente lucrativos, estima-se que ao menos 30% (trinta por cento) deles apresentem faturamento semestral bruto inferior a R\$100.000,00 (cem mil reais)⁴⁸.

Essa situação dificultaria sobremaneira a adoção do Provimento nº 67/2018 por grande parte das serventias, uma vez que sua implementação requer possíveis investimentos na estrutura física do cartório, bem como gastos com treinamentos adequados para o exercício da conciliação e da mediação.

Para exemplificar, o TJSP, ao regulamentar a matéria, exige que sejam observadas as orientações de estrutura emitidas pelo NUPEMEC paulista, como a implementação de sala exclusiva na serventia para a realização das sessões, possíveis alterações na mobília e nos guichês de atendimento.

De todos, entretanto, o ponto mais polêmico do Provimento encontra-se na remuneração do delegatário para atuar como conciliador ou mediador. O artigo 36 prevê que os emolumentos devidos por cada sessão de até 60 (sessenta) minutos será equivalente ao menor valor cobrado na lavratura de escritura pública sem valor econômico. Para tanto, será necessário consultar a tabela de emolumentos extrajudiciais publicada pelo respectivo tribunal estadual.

O citado dispositivo estatui:

Art. 36. Enquanto não editadas, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, normas específicas relativas aos emolumentos, observadas as diretrizes previstas pela Lei n. 10.169, de 29 de dezembro de 2000, aplicar-se-á às conciliações e às mediações extrajudiciais a tabela referente ao menor valor cobrado na lavratura de escritura pública sem valor econômico⁴⁹.

Caso a sessão inicialmente designada não venha a ser realizada, será restituído às partes o valor equivalente a 75% (setenta e cinco por cento) dos emolumentos percebidos, ressalvando-se as despesas de notificação (art. 38). Os emolumentos decorrentes da mediação serão pagos diretamente ao cartório extrajudicial (art. 28 da Lei nº 8.935/1994).

⁴⁸Dados extraídos do Portal Justiça Aberta do CNJ, no primeiro semestre de 2020, revela que 32,3% das serventias extrajudiciais no país têm faturamento semestral bruto inferior a R\$100.000,00. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/corregedoria/justica_aberta/?>. Acesso em: 16 jan. 2022.

⁴⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento 67, de 26 de março de 2018**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atosadm?documento=3415>>. Acesso em 16 de jan. 2022.

Independentemente do valor discutido, o preço a ser pago pelas partes dependerá exclusivamente da quantidade de horas empregadas nas sessões de conciliação/mediação. Dada a natureza jurídica de tributo dos emolumentos, sua criação somente pode se dar mediante a edição de lei estadual. Entretanto, até o presente momento, não se tem conhecimento de qualquer iniciativa legislativa nesse sentido.

Ao discorrer sobre a matéria, Ygor Ramos Pinheiro⁵⁰ entende que:

[...] o critério de cobrança deve ser com valor econômico (escritura pública com valor econômico), pois o mediador ou conciliador atuará na tentativa de se chegar a um acordo sobre direito patrimonial representativo de certo montante, o que leva à necessidade de adequada remuneração, além de levar em consideração o risco a que se submete. (...) O risco enfrentado, o preparo exigido e o custo demandado, quando comparados à remuneração ajustada pelo CNJ, vem tirando de tabeliães o interesse em qualificar-se e a seus prepostos, tendo em vista o baixo número de cadastros efetuados desde a edição do provimento. Talvez uma revisão na questão da remuneração pudesse fazer com que mais notários cadastrassem-se e, assim, todo o potencial de diminuir o número de demandas que chegam no Poder Judiciário seja alcançado.

Com efeito, o critério de cobrança adotado pelo Conselho Nacional de Justiça não estimula a prática da conciliação e mediação nas serventias extrajudiciais. Além do investimento no preparo intelectual do próprio delegatário ou de preposto, também se afigura necessário o dispêndio de recursos em infraestrutura, bem como a responsabilidade civil assumida durante a prática desses procedimentos.

No Estado de São Paulo, por exemplo, apenas duas⁵¹ serventias extrajudiciais manifestaram interesse em aderir aos serviços. Uma revisão na forma de remuneração poderia incentivar a realização de tais procedimentos pelos delegatários, contribuindo, sensivelmente, para a diminuição de demandas no Poder Judiciário.

Os cartórios brasileiros, consoante já afirmado acima, passaram a participar ativamente do movimento de desjudicialização de forma assertiva, econômica e eficiente, contribuindo para o acesso à justiça de forma mais efetiva e célere. Dúvidas não restam,

⁵⁰ PINHEIRO, Ygor Ramos Cunha. **Arbitragem Notarial**. Salvador: Juspodivm, 2020. In: EL DEBS, Martha. *Legislação Notarial e de Registros Públicos comentada*. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 43.

⁵¹Dados disponíveis em <<https://www.tjsp.jus.br/Conciliacao/cartorioextrajudiciais>>. Acesso em 16 jan. 2022.

portanto, que poderiam contribuir demasiadamente para difundir a mediação e conciliação como meios consensuais de resolução de conflitos.

Entretanto, a ausência de uma remuneração atrativa inviabiliza sua aplicação prática, uma vez que os investimentos a serem demandados são incompatíveis com o retorno financeiro previsto no Provimento, fato a impedir que esses serviços sejam colocados à disposição da sociedade brasileira.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após detida análise do Provimento nº 67/2018 editado pelo Conselho Nacional de Justiça, pode-se concluir que dita regulamentação possui diversas questões que dificultam a aplicação prática da mediação e da conciliação pelas serventias extrajudiciais.

Ao delimitar a atuação dos delegatários às atribuições de seus cartórios, o Provimento cria grande empecilho para sua concretização, atuando inclusive negativamente no direito de livre escolha da serventia pelos usuários.

Além disso, ao estabelecer como parâmetro para cobrança o menor valor de uma escritura pública sem valor econômico, o Provimento torna esses procedimentos de pouca atratividade financeira. Não podemos olvidar que para o acesso à população indiscutivelmente há necessidade de adesão das pequenas serventias, nos municípios longínquos, o que somente se conseguirá tornando a atividade no mínimo economicamente viável.

Isto porque, muitas serventias brasileiras são deficitárias e encontram-se vagas, de modo que a implementação desses serviços revela-se um investimento difícil de ser concretizado.

Conclui-se, portanto, que se faz premente uma revisão da normatização do assunto para que esses métodos consensuais de resolução de conflitos possam efetivamente ser realizados pelos cartórios brasileiros, questão que se mostra necessária e urgente, pois transcende as políticas públicas envolvendo as serventias, diante da magnitude de seus benefícios para a população e, porque não, dos reflexos que serão percebidos no congestionamento judicial.

5 REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. v. 1. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BARBOSA E SILVA, Erica. **Conciliação e mediação nas serventias extrajudiciais**. In: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 5. ed. São Paulo: Método, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Manual de Mediação Judicial**. 2016.

Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 16 jan. 2022

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 16 jan. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em 16 jan. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento 67, de 26 de março de 2018**.

Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atosadm?documento=3415>>. Acesso em 16 de jan. 2022.

LAMANAUSKAS, Milton Fernando; PEDROSO, Regina. **Direito Notarial e Registral atual**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

PINHEIRO, Ygor Ramos Cunha. **Arbitragem Notarial**. Salvador: Juspodivm, 2020. In: EL DEBS, Martha. Legislação Notarial e de Registros Públicos comentada. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

STIGERT, Ludmila (org.). **A efetividade da mediação para além da teoria**. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. São Paulo: Método, 2019.

TJSP. **Provimento CGJ nº 17/2013**. Disponível em:

<<https://www.kollemata.com.br/mediacao-e-conciliacao-serventias-extrajudiciais-autorizacao-provimento-cg-17-2013.html>>. Acesso em: 16 jan. 2022.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia; CRESPO, Mariana Hernandez (Orgs.). **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. p. 89.

A PERSPECTIVA SOCIOLÓGICA NO ESTUDO DO MEIO AMBIENTE ATRAVÉS DA OBRA CINEMATOGRAFICA WALL.E

MATHEUS SAD SERENATO:

Advogado; Pós Graduando em Direito Ambiental e Agronegócio – PUC/PR; Graduado no curso de Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa

RESUMO: As diretrizes modernas adotadas pelas matérias de cunho ambiental demonstram uma nova concepção ética. Problematiza-se, a partir da obra cinematográfica WALL.E, como o sistema jurídico compreende o desenvolvimento da ética ambiental. O objetivo geral é identificar um novo paradigma ao direito ambiental a partir da obra cinematográfica, demonstrando como esta propõem uma observação e mudança no sistema mundo atual. Evidencia-se na pesquisa que há o estudo da ética ambiental para a construção da obra cinematográfica. O trabalho conclui, que a obra cinematográfica WALL.E propõem a reflexão da ética ambiental, e ainda que, há uma nova proposta de uma ética ambiental no atual ordenamento jurídico brasileiro. Do ponto de vista metodológico, trata-se de uma pesquisa exploratória. A análise é de cunho qualitativo, a metodologia é dedutiva na construção teórica e a pesquisa é elaborada a partir da coleta de arquivos documentais e de fundos bibliográficos.

Palavras-chave: Meio ambiente. Paradigma ético ambiental. WALL.E.

ABSTRACT: The modern directives mater adopted by matters of an environmental nature demonstrate a new ethical conception. Make it a problem from the cinematographic work WALL.E, how the legal system understands the development of environmental ethics. The general objective is to identify a new paradigm for environmental law from the cinematographic work, demonstrating how it proposes an observation and change in the current world system. It is evident in the research that there is a study of environmental ethics for the construction of the cinematographic work. The scientific work concludes, that the cinematographic work WALL.E proposes the reflection of environmental ethics, and yet, that there is a new proposal for environmental ethics in the current Brazilian legal system. From the methodological point of view, it is exploratory research. The analysis is a qualitative one, the methodology is deductive in the theoretical construction, and the research is elaborated on the collection of documentary files and bibliographic funds.

Key Words: Environment. Environmental ethical paradigm. WALL.E

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Compreensão da crise ecológica como problema ético ambiental do sistema social; 3. Conceito do paradigma ético ambiental na obra

cinematográfica Wall.E; 4. A análise do paradigma ético ambiental brasileiro pela perspectiva narrativa sociológica da obra cinematográfica Wall.E; 5. Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O tema apresentado pelo presente trabalho se insere no abrangente debate sobre o meio ambiente em seu contexto ético-político, para isso abordar-se-á as influências sociológicas e políticas na formação da ética social e como o filme WALL.E se relaciona com a abordagem do presente tema.

A nova ordem jurídica instaurada é resultado de um processo histórico e social da relação do ser humano com a busca por direitos e da compreensão de mundo, especificamente o ambiente natural. Os direitos constitucionais, antes absolutos e interpretados de maneira objetiva a partir da apreciação do patrimônio econômico, passam a ser paradigmáticos, ou seja, a interpretar as normas constitucionais como uma ordem objetiva de valores.

2 A COMPREENSÃO DA CRISE ECOLÓGICA COMO PROBLEMA ÉTICO AMBIENTAL DO SISTEMA SOCIAL

O direito ambiental é uma das mais recentes disciplinas jurídicas, o objetivo primordial é assegurar a dignidade da pessoa humana, com instrumentos jurídicos eficazes para a regulação da correlação da vida humana com o meio ambiente, isto é, dos seres vivos e do meio em que vivem. E assim, de maneira autônoma, sistemática e transversal, orienta o sistema jurídico no conjunto de relações econômicas, sociais e políticas.

Esta recente preocupação com a matéria ambiental é uma complexa questão no direito internacional e nacional, há uma intensa mudança e modernização que afetam diretamente o mundo jurídico. Dentre os principais fatores de mudança no sistema jurídico, não só ambiental, mas como um todo, é evolução para uma ética embasada na coletividade e na dignidade da pessoa humana.

A partir dos direitos de terceira geração o direito ambiental ganha embasamento jurídico para uma tutela ampla e eficiente da totalidade da dignidade humana, e conseqüentemente do meio ambiente. A evolução do direito ambiental não é um alicerce do campo normativo, mas sim do campo ético.

Mesmo com a devastação ambiental gerando risco e danos, o desenvolvimento e o acúmulo de bens ainda são os verdadeiros alicerces de toda a sociedade, isso é reflexo de um analfabetismo ambiental⁵² presente na concepção de mundo da atualidade.

A crise mundial não é econômica e nem ambiental, mas sim ética. Para Sirvinskas (2018, p.79), é necessário entender que as causas da degradação ambiental surgem dos problemas socioeconômicos e políticos-culturais e com base nestes conhecimentos tentar alterar a educação das pessoas, para uma ética ambiental adequada. O modelo ético atual do desenvolvimento, não suporta e nunca suportou o nosso planeta.

O direito ambiental é um ramo do direito que busca assegurar a dignidade da pessoa humana, surge assim uma nova concepção além da humanidade, tal que a visão do homem como centro de proteção total tem gerado consequências irreparáveis. Os instrumentos jurídicos ainda sustentam a correlação da vida humana com o meio ambiente, porém há novas concepções éticas que buscam orientar o sistema jurídico a deslocar a fundamentação e o centro do sistema, que é o acúmulo de riquezas.

Todo o sistema histórico ocidental, desde o surgimento do capitalismo vislumbra um ambientalismo pouco profundo, há a concepção do ser humano dominante. A proteção ambiental decorre do fato de que a natureza tem valor instrumental, os bens naturais e os animais são colocados na categoria de coisa ou bem, *res nullius*, encontrando-se como máxima os elementos da natureza, que se categorizam como *res communes*. Estes são coisas para serem utilizadas e destruídas a bel-prazer de quem tem sua propriedade, seja do homem individualmente falando, ou do estado. Colocando o ser humano como fim última de todas as coisas e não como um ser físico particular, afugenta diversas teorias éticas durante o tempo, principalmente aquelas típicas do pensamento oriental (BENJAMIN, 2011, p.81) (GODOY, 2004, p.200).

José Robson da Silva (2002, p.202), aponta que em realidade o antropocentrismo quando vinculado a uma Doutrina Clássica não promove efetivamente uma centralidade do homem, mas sim uma negação da totalidade humana. Essa cosmovisão não defende o humanismo, o homem no centro, mas sim, a proteção do direito das propriedades. Ao negar a totalidade humana e ignorar a interação dela, o antropocentrismo nega também outros planos econômicos, sociais e jurídicos.

São diversos os fatores que demonstram a relação do pensamento ético e da crise ecológica, que apresentam ameaças reais associadas a graves consequências sociais.

⁵² Sirvinskas (2018, p.74) aborda em sua obra a necessidade de uma consciência que se dará por meio da educação. Para o autor, é necessário combater diferentes tipos de analfabetismo para assim resolver os grandes problemas ambientais. O analfabetismo ambiental, o principal deles, se define como o cidadão que não conhece o ciclo da vida e dos recursos ambientais. Muitas pessoas têm nível superior e até pós-doutorado, mas não possuem a mínima noção do que se passa à sua volta.

O sistema-mundo capitalista, aliado ao antropocentrismo, não defende a centralidade do homem, mas sim a centralidade do homem que detém a propriedade. Os interesses econômicos e políticos dos setores dominantes sobrepõe-se à dignidade de todos os humanos.

O consumo global demonstra este fato, uma vez que os países mais devastados, os quais sempre imperaram no sistema-mundo são os que mais consomem, já os setores mais vulneráveis da sociedade sofrem com a escassez e falta da dignidade proposta por este sistema (TAWFEIQ, 2015, p.17-20).

Antonio Herman Benjamin (2011, p.82) formula a tese para a compreensão do paradigma do Direito Clássico. Para o autor este integra um sistema com uma postura ambiental cientificamente desmentidas, uma vez que não há infinitude dos recursos naturais e os humanos agrediram até mesmo a capacidade de autorregeneração da Terra para a sua espécie sobreviver a longo prazo. O paradigma ético que vislumbra que somente o homem é capaz de ser analisado como objeto moral, impediu que a ação humana e o meio ambiente fossem analisados com consideração moral, deturbando-se para o campo das coisas tidas e axiologicamente neutras.

A obra cinematográfica, WALL.E, do estúdio Pixar, se propõem a apresentar de forma didática e sensibilizadora a mudança de paradigma de um sistema. A obra tem como base o sistema mundo vigente do mundo atual e projeta a partir dele uma hipótese de um futuro da qual o sistema ético social não se alterou, demonstrado na Terra as possíveis consequências disso.

O sistema mundo do filme compreende a paisagem, o lugar, os indivíduos e os robôs que participam de um sistema sociológico. Esta narrativa aborda o problema ético de todo um sistema, compreendendo que o ser humano é só uma parte de todo o sistema coordenado por um sistema de controle do qual o ser humano não toma as decisões. A grande inovação trazida é que o filme não compreende uma visão individualista, como grande parte das obras cinematográficas voltadas para o público infantil, mas sim uma abordagem sociológica profunda, capaz de expressar e explicar conceitos importantes para a compreensão de todo um sistema, de como ele funciona e como os indivíduos agem de acordo com ele (MCINTOSH, 2017).

Deste modo cumpre destacar a importância das obras cinematográficas, tanto como uma forma de entretenimento, mas também como forma de educação. A educação exige o interesse daquele que busca, e ainda mais, a adaptação do entendimento à realidade daquele que aprende.

A partir do cinema o educando acaba por vivenciar algo que talvez não exista no concreto, mas que a partir da imagem, movimento e da linguagem adotada se

compreende subjetivamente os processos e a realidade a ser passada como uma projeção possível na realidade. Além disso, a sensibilização criada pela obra cinematográfica é essencial, o primeiro passo para deslumbrar um problema filosófico e ainda instigar a curiosidade (BASTINI; MORAES, 2012, p.6).

O educador Paulo Freire (1996, p.84-90) explica que a partir da curiosidade é possível engajar a capacidade crítica com a aproximação metódica, gerando a partir desta a capacidade de delimitar o objeto a ser estudado, de comparar e perguntar. A partir da curiosidade é que o educador traz o educando para "intimidade do movimento" do pensamento do que quer ensinar. Ressalta ainda que a tecnologia cumpre um papel importante de instigação, provocando o curioso a utilizar de sua imaginação, intuição, de suas emoções, bem como ser capaz de comparar e conjecturar na busca de perfilização do objeto ou do achado de sua razão de ser.

É notável que uma obra cinematográfica é um elemento recomendado para o aprendizado, como também da compreensão, instigação da curiosidade e projeção de possíveis realidades para o conteúdo a ser aprendido. A obra cinematográfica WALL.E do estúdio Pixar, não só convida o espectador a compreender uma situação, como também apresenta um estudo sociológico muito profundo da sociedade e conseqüentemente da questão ambiental.

Desta forma, inicialmente abordar-se-á sobre os aspectos gerais da obra cinematográfica, para desta forma compreender a necessidade de compreensão e mudança no paradigma ético ambiental a partir da doutrina e da comparação do filme.

3 CONCEITO DO PARADIGMA ÉTICO AMBIENTAL NA OBRA CINEMATOGRAFICA WALL.E

WALL.E é um filme de animação produzido pelos estúdios de animação Pixar lançado no ano de 2008. A obra cinematográfica se passa em um futuro pós apocalíptico, no qual os humanos vivem em uma nave a setecentos anos, isso desde que a Terra passou a ser não habitável pelos problemas de poluição e destruição do meio ambiente.

O filme é a história de um robô chamado WALL.E, que foi deixado na Terra para remover o lixo, uma vez que se esperava que um dia a Terra pudesse ser novamente habitável.

As paisagens, cenários e a construção cinematográfica do filme apresentam estas características. Os planos abertos do filme conferem às paisagens uma importância especial, a de paisagem personagem. Destaca-se assim que a paisagem não é somente onde acontece toda a trama, mas faz parte de todo o fenômeno e de toda a narrativa do filme (CARVALHO; NABOZNY, 2019, p.34).

A paisagem inicial é a da Terra, que fora abandonada a setecentos anos, a construção da paisagem cinematográfica propõe ao espectador a sensação de alerta e assombro. A imagem apresentada é de uma paisagem desértica, com paletas de cores neutras e quentes. Esta se contrapõe a elementos modernos e com excesso de logos figuras com a sigla da Buy and Large Corporation. Normalmente postada no centro do cenário, esta é associada a conjunto de cores vibrantes que remete ao consumismo. Este é o modo com que o filme representa visualmente o abandono da corporação ao cenário, e que esta corporação dominava o planeta Terra (CARVALHO; NABOZNY, 2019, p.36-37).

Não somente o cenário, as toda a apresentação do filme demonstra uma característica destrutiva do sistema mundo capitalista dominado pelos seres humanos. Nas paisagens é possível ver grandes edifícios e montanhas formados somente por resíduos sólidos acumulados. É desta maneira que o filme nos apresenta um exercício de imaginação, como destaca:

O filme é um exercício de imaginação, mostrando um dos possíveis e talvez prováveis futuros da humanidade caso continuemos no mesmo ritmo autodestrutivo, produzindo cada vez mais entulho e itens descartáveis, que demora a se decompor, enquanto a vida que emana do meio ambiente é dissipada cada vez mais (WALL-E, 2020).

O presente racionalismo para o desenvolvimento industrial é encontrado na teoria de Francis Bacon, que se dá através de uma afirmação radical da autonomia do poder da razão humana, afastando o naturalismo, que devia ter por si, sua própria explicação. A radicalização deste pensamento, é proposta posteriormente por Descartes, objetivando o homem europeu na posição de "Dono" e "Senhor" da natureza (GRÜN, 2006, p.63-64).

A crescente preocupação com a civilidade contribui para a formação de uma racionalidade cosmopolita, na qual se acreditava exageradamente na ciência do desenvolvimento humano, industrial e tecnológico e não mais nas ciências naturais. O ponto de vista utilitarista se sobrepõe ao estudo das características gerais e fundamentais que regem a natureza.

Ainda hoje a tecnologia, as ciências não naturais, e o padrão de acúmulo de riqueza é presente. As nossas práticas, tanto como as posturas filosóficas utilizadas por séculos geram a destruição do ambiente em que vivemos. Os danos ambientais, que muito ainda se desconhece, tem efeitos que se ampliam ao longo do tempo, gerando um quadro irreversível da saúde do planeta Terra.

A compreensão do sistema em que o ser humano vive parte de uma filosofia ética, que dará o valor de todo o ordenamento jurídico:

O valor que sustenta a norma ambiental é o reflexo no mundo ético das preocupações com a própria necessidade de sobrevivência do Ser Humano e da manutenção das qualidades de salubridade do meio ambiente, com a conservação das espécies, a proteção das águas, do solo, das florestas, do ar e, enfim, de tudo aquilo que é essencial para a vida, isto para não se falar da crescente valorização da vida de animais selvagens e domésticos (ANTUNES, 2019, p.18).

O valor ético que molda a sociedade, parte do contexto histórico e filosófico que a influenciam. Ao que cabe o direito ambiental, a norma ética se dá de maneira contrária aos interesses de um planeta sustentável. Ao centralizar-se e meio a outros corpos físico, e não se reconhecer como meio e regulador do ambiente, o ser humano constrói uma cosmovisão antropocêntrica.

Há a necessidade de intervenção e da modificação das estruturas sociais. Cabe assim, ao direito, a partir de seus instrumentos jurídicos a preservação, proteção e regulação de um novo padrão saudável de desenvolvimento. Tendo como princípio a análise da ética, como se destaca:

Não é concebível que os cultores do Direito do Ambiente – braço do Direito Positivo e ciência normativa – não se ocupem, desde logo, com o quadro real em que as normas jurídicas serão insculpidas para dar sentido às suas ações concretas. Direito e Ética Ambientais estão comprometidos com os fatos naturais e os feitos humanos sem poder ignorá-los, da mesma forma que o nosso mundo humano real tem compromisso com aquelas ciências normativas sem poder ignorá-los, É indispensável o encontro do objetivo com o subjetivo e vice-versa, porquanto somos parte integrante do meio ambiente e do mundo que analisamos com o intuito de administrá-lo (MILARÉ, 2016, p.25).

Com o conteúdo exposto, é compreensível que a manutenção, ou superação, do antropocentrismo é um obstáculo com a qual matéria ambiental se depara, uma vez que os novos pensamentos causam conflitos com fundamentos da modernidade e paradigmas do Direito Clássico.

Teoriza José Robson da Silva (2002, p.57-58) que o grande impasse da matéria jurídica, após muito tempo, continua sendo superar ou não a ideia de que o homem é a medida e o fim de todas as coisas. O desenvolvimento econômico, e a noção de que há um perigo ambiental atual e futuro para as novas gerações não pode ser considerado sem uma mudança ética.

Logo no início, percebemos que WALL.E não é um mero robô, ele apresenta algumas características humanas, entre elas a afetividade com outras espécies, no caso uma barata; gostos pessoais, demonstrado a partir de objetos que ele guarda em sua casa; como também a paixão, quando logo ao ver a robe EVA, o personagem se apaixona.

A história inicia quando uma nave aterrissa e traz a personagem robô EVA, que é uma sonda que tem como missão verificar se tem sinais de recuperação das condições da terra. Ao encontrar uma espécie de planta é acionado um sistema de emergência da nave, por meio da robô EVA, e a partir disso o personagem é levado a conhecer o sistema mundo que os humanos vivem.

Nota-se, logo que a robô EVA age de forma diferente de WALL.E, age como um robô, somente realizando padrões para cumprir sua função. Durante o filme percebemos que todos os personagens, sejam humanos ou robôs, agem desta forma. Por causa do protagonista, outros personagens começam a adquirir características humanas e a perceber a realidade durante o filme.

Nota-se a partir da mudança dos personagens ao longo da obra cinematográfica que há uma mudança de ética e de percepção sobre o mundo. A partir disso, pode-se refletir a divisão da consciência moral e cultural, uma vez que há uma falta de liberdade que se alcança a partir da educação e da observação do mundo ao seu redor.

Rousseau acreditava que o homem nascia livre, porém, as convenções da sociedade o escravizam. Ressalta-se o comentário do autor em sua obra: “Os escravos perdem tudo em seus grilhões, até mesmo o desejo de se livrarem deles” (ROUSSEAU, 2012, p. 27).

O filósofo acredita que o homem perdeu a noção de sua liberdade, ao ser escravo da sociedade e perder a unidade de si com o universo, que a natureza proporcionava a ele. O elemento principal de mudança necessária do filósofo era a educação, propondo que, para isso, deveria ser observada a natureza para a formação de sua eticidade. Assim teria a convicção de uma vida livre e com igualdade (ROSSEAU, 2012, p.25-26).

Já Kant teoriza que o homem é livre, mas que essa liberdade é condicionada a uma máxima fornecida a si mesmo pelo arbítrio. A ação do homem é resultado da aceitação ou não de uma ética universal, uma moral. As ações más não são determinadas pela vontade má, mas sim pela inclinação de um indivíduo a um pensamento moral. Só é possível ser livre se há uma consciência de lei, que se pode ou não obedecer (CORREIA, 2005, p.84).

No segundo momento da obra, a paisagem modifica-se completamente, isso quando o protagonista passa a conhecer a nave Axiom, onde vivem os seres humanos. WALL.E, em conjunto com o espectador passa a conhecer um sistema mundo que não é o que está habituando, a partir deste distanciamento é possível percebê-lo, uma vez que não é parte dele. Assim são apresentados vários conceitos cinematográficos.

Demonstra-se a modificação da compreensão do espaço tempo, isso pelo ritmo acelerado do consumo dos humanos, este gera a sensação de encurtamento do tempo e do espaço. Os humanos a bordo da nave perderam a autonomia de seus movimentos por serem obesos, além de apresentar a obesidade como resultado do sistema capitalista, apresenta que os humanos são conduzidos e alienados, perdendo a sensibilidade e capacidade da sua própria natureza. A falta de liberdade e aceitação do sistema é representado pelas linhas onde o sistema opera. Todo o robô ou humano que está fora das linhas logo é reprimido pelos meios que apresentam o sistema (CARVALHO; NABOZNY, 2019, p.33).

Deste modo há a aceitação dos personagens ao caminho de menor resistência, ou seja, da aceitação da moral que o sistema mundo propõe. Não há um caráter individualista, que determina que as ações são causadas por inclinações ao mau de determinado personagem, mas sim a inclinação da ética do mundo que estes vivem. Quando deparados com WALLE, um personagem que é educado de forma diferente, uma vez que, como o espectador, participa de um sistema de um sistema mundo diferente, os outros passam a pensar o sistema de outra maneira, observando novas possibilidades.

Deste modo, a obra compreende que indivíduos e robôs participam de um sistema sociológico. Uma vez que há uma estrutura auto suficiente de relações que se combinam em um todo coerente. Estes fazem parte de um conjunto de regras, no qual há expectativas socialmente impostas levam ao indivíduo a escolher o caminho de menor resistência (MCINTOSH, 2017).

Deste modo, os indivíduos não são os culpados pela situação em que o sistema apresenta, mas sim são resultados e cúmplices deste. O comportamento predatório não é uma especificidade de indivíduos que fogem das regras, mas sim um problema sistêmico.

O filme apresenta que os indivíduos podem apresentar resistência ao sistema, e partir disso analisar as verdadeiras possibilidades de atuação. Somente ao perceber o sistema os humanos podem se libertar e desenvolver. Isto não quer dizer que haverá aceitação de outros indivíduos, pelo contrário, mostra a repressão implantada pelo próprio sistema, por meio de comandos pré-ordenados (MCINTOSH, 2017).

José Robson da Silva (2002, p.199-200) indica que a concepção do antropocentrismo clássico tem como base filosófica o humanismo. Tanto o antropocentrismo, como o humanismo, tem multiplicidade de sentidos e utilizações, mas no caso é uma integração das tradições grega, latina e bíblico-cristã.

Para uma ética que foi construída por séculos tendo por base somente o ser humano, há uma dificuldade de aceitar que a sua realidade vai além de si mesmo, que há um macrocosmo do qual o ser humano só é uma das relações. Por isso, nas novas

concepções trazidas para o século atual, da qual a maioria dos países inclinam-se, o ser humano ainda é o centro deste macrocosmo.

É visível que na passagem para o século XXI percebe-se o valor moral das “coisas” da natureza, bem como a análise das influências delas na vida dos seres humanos. O ambiente não é neutro, suas relações devem ser vistas com valores morais, após séculos de devastação se percebe que a correlação humana com a natureza deve ser mantida, protegida e restaurada (BENJAMIN, 2011, p.84).

Sucedese que, há a percepção que a Terra tem recursos finitos, e que as ações humanas são destrutivas para a renovação destes recursos. O ciclo natural da Terra, do qual muitos povos indígenas, orientais e até mesmo visões religiosas defendiam, passam a integrar de forma gradual o paradigma ético do sistema-mundo ocidental.

É notável que a obra cinematográfica demonstra uma possível realidade, ao demonstrar a perda de sensibilidade do homem a partir da alienação do sistema em que vive. O conceito de lugar é demonstrado somente no planeta Terra, sendo a nave Axiom somente uma cidade espacial dos quais os personagens vivem o seu cotidiano de forma alienada e automática.

Deste modo, diferencia-se que o conceito de lugar com o de paisagem, uma vez que o lugar há um envolvimento geográfico, da experiência dos sentidos e entendimento com a cultura a história e as relações sociais. A obra demonstra que a Terra é o verdadeiro lugar no qual o homem pode ter a liberdade e o pleno desenvolvimento. Pequenas tradições indicam a existência de uma memória coletiva mesmo depois de tanto tempo na nave Axiom, e somente de volta ao planeta que os humanos recomeçam a andar, retomam práticas antigas e restauram o formato de seus corpos (CARVALHO; NABOZNY, 2019, p.38).

Compreende a partir do conceito de lugar na obra cinematográfica a amplitude transversal que uma ética ambiental propõe. Não é somente a parte ecológica que influencia a questão ambiental, a matéria atinge questões de diversas áreas, que devem ser analisadas em conjunto de forma sistemática.

4 A ANÁLISE DO PARADIGMA ÉTICO AMBIENTAL BRASILEIRO PELA PERSPECTIVA NARRATIVA SOCIOLÓGICA DA OBRA CINEMATOGRÁFICA WALL.E

O filme WALL.E é ora apresentado para justificar a importância do presente estudo. A compreensão do sistema mundo e das condições éticas sociais propõem o modo como determinado sistema se apresenta.

A Constituição por si não apresenta em si um sistema próprio, uma vez que deve criar mecanismo para que esta funcione. Deste modo, ainda impera na atual legislação um embate entre um sistema que busca o desenvolvimento, a partir da compreensão própria,

e outro que busca a manutenção de seus próprios interesses pré-ordenados, ao se manter no caminho de menor resistência.

A compreensão do sistema brasileiro somente é possível com uma abordagem interdisciplinar. A análise social e política dos paradigmas ambientais bem como do seu desenvolvimento é necessária para perceber o padrão ético estabelecido na cosmovisão atual.

A obra cinematográfica apresenta uma narrativa sociológica sobre o problema ético ambiental, isso porque seu antagonista não é um personagem vilão, mas a configuração de controle da nave Axiom. Mesmo que o robô Auto tente impedir os humanos de voltarem ao planeta natal, este somente está seguindo o seu padrão de configurações, a diretriz A113.

A inovação cinematográfica é que o enredo não tem uma visão individualista, que encontra os problemas narrativos em características humanas próprias, mas sim sistêmica e sociológica. A centralidade dos problemas do filme são as escolhas das decisões de instituições que comandaram o sistema-mundo apresentado na narrativa (MCINTOSH, 2017).

O debate do filme se demonstra claro, ao demonstrar questões de consumo e de virtualização das relações sociais, o filme aponta um como tema central a relação da humanidade com a sustentabilidade de seu planeta. Apresentando, de forma lúdica e com um desfecho otimista, um alerta. Apesar de o futuro de Wall.e ser fantasioso, a humanidade deve se atentar a eticidade proposta pelo sistema, uma vez que se trilhar os caminhos de menor resistência que é o de obediência à "Buy in Large", ao consumismo, o planeta não tenha condições de sobrevivência (ARAUJO; VALE, 2016, p. 1932-1933).

Desta forma, o paradigma ético é o primórdio, da alteração judicial e da relação humana com o seu mundo, nesta compreensão Sarlet e Fensterseifer, relata sobre as mudanças éticas em mudança no sistema jurídico atual:

Em razão de a ética estar diretamente relacionada a humana, com a alteração da natureza dessa última, a compreensão ética também deve ser reformulada para o efeito de dar conta da complexidade da ação humana. O atual estágio do conhecimento humano alterou significativamente relação de forças existente entre ser humano e Natureza. há alguns séculos atrás o poder de intervenção do ser humano no meio natural era limitado, prevalecendo essa relação de forças em favor da Natureza, hoje a balança se inverteu de forma definitiva a relação de causa e efeito vinculada ação humana, do ponto de vista ecológico, tem uma natureza e projetada para o futuro. O princípio (e dever) constitucional da precaução (art., 225, 1º, V), analisado nessa perspectiva, reforça a ideia de uma nova ética para o agir humano, na esteira do pensamento de Jonas, contemplando

responsabilidade do ser humano para além da dimensão temporal presente e revelando o elo existencial e a interdependência entre as gerações humanas presentes e futuras. O princípio da precaução (assim como o da prevenção) anda por outro lado, abraçado ao princípio da responsabilidade, tudo em um contexto em que a solidariedade a noção de deveres fundamentais (do Estado e dos particulares) de tutela vez maior centralidade. Da ética da responsabilidade, na esteira da dimensão moral citada por Jonas, deve-se migrar para a esfera jurídica dos deveres constitucionais de proteção do ambiente, de modo, inclusive, a limitar a própria autonomia da vontade e os demais direitos fundamentais do ser humano, quando tal se fizer necessário para assegurar o desfrute de uma Vida digna e saudável para as gerações presentes e futuras (2012, p. 35).

O ser humano limitou-se na atualidade a reformar as concepções antigas de relação da natureza, ainda há a superioridade da raça humana frente a todos os outros elementos naturais. O antropocentrismo, que foi construído por séculos tendo por desejo primordial o acúmulo de bens, é conservador para uma nova realidade.

Ao longo de algumas décadas aceita-se a mitigação do antropocentrismo. Porém, se perpetua a manutenção dos poderes, com uma luta em sentido contrário que propõe conceitos no qual se auto beneficiam, porém esta mudança para um antropocentrismo mitigado deve ser percebida como um ponto inicial de uma evolução.

Na obra cinematográfica WALL.E, os resíduos produzidos pelo excesso de consumo por uma sociedade de descarte tornam o planeta Terra um lugar inabitável, tudo em busca de uma felicidade proposta por uma ética insustentável.

De forma semelhante ao que ocorre na realidade, tal que a produção, o capital e os trabalhadores estão dentro de um sistema ordenado e sólido. Este “mundo fordista” gerou um modelo de industrialização, de acumulação e de regulação. Ao perceber a insustentabilidade, a sociedade propõe uma modificação com a implantação de novas formas organizacionais e do advento de novas tecnologias, técnicas de produção, processos de trabalho, ideologias, valores e práticas (BORTOLAZZO; MARCON, 2009).

Há em WALL.E, um distanciamento das relações que faz o espectador ter uma visão diferente do sistema mundo apresentado. Ao não apresentar um protagonista que é parte das relações sociais do contexto do filme, a obra consegue compreender uma abordagem não pessoal ao sistema sociológico da nave Axiom. O espectador, que acompanha ao protagonista, consegue compreender e analisar todo o sistema, não detectando o individualismo que gera problemas, mas o sistema em si com disfunções.

Desta maneira, a obra cinematográfica leva ao espectador analisar o mundo em que vive de outra maneira, da mesma forma de quando os personagens secundários da

obra se deparam com WALL.E e percebem o seu sistema mundo de outra maneira. E assim, passa-se a perceber o próprio sistema com um olhar mais científico.

José Robson da Silva (2002, p.302-303) pontua que no sistema jurídico contemporâneo há a dissolução ainda maior do humanismo, que apesar de apresentarem diversas perspectivas tem o ponto em comum a dignidade da pessoa humana. Este princípio que é ponto central do ordenamento jurídico.

O antropocentrismo alargado, reformado ou mitigado, parte da concepção que há alterações que precisam ser feitas. Entende-se que o homem, como o centro do universo, não pode se beneficiar da dignidade humana e da sua centralidade se o meio em sua volta não for saudável para isso. O ser humano tem direito ao equilíbrio ambiental, que se associa de forma inevitável ao direito da fauna e da flora (SILVA, J. R. da, 2002, p.404) (BENJAMIN, 2011, p.85-86).

O primeiro aspecto da mudança parte de uma forma temporal ampliada, vislumbra-se que os humanos das futuras gerações também necessitarão das condições criadas pelo meio ambiente para a sua sobrevivência, conceituando-se assim o antropocentrismo intergeracional. Da mesma forma que na parte final da obra cinematográfica, o humano planeja o seu ambiente para uma vida saudável hoje e planeja o seu ambiente para as gerações que ainda não existem.

O conceito de antropocentrismo intergeracional, constroem-se a partir de uma ética solidária, que se manifesta em vários níveis, no individual e no coletivo, no presente e no futuro. A medida em que orienta as suas ações para a proteção do ambiente é em função das necessidades e interesses do ser humano, só que do futuro. Ocorre que, para isso a tutela do meio ambiente deve configurar novos status próprio, inclusive jurídico, que vislumbre o reconhecimento dos seres da natureza, animados e inanimados. Isso porque, mesmo que não se valorize o meio ambiente ainda haveria de protegê-lo, uma vez que as gerações futuras podem vir a estimá-lo de modo diverso (BENJAMIN, 2011, p.87).

Parte da doutrina compreende que é intransponível um antropocentrismo alargado, uma vez que são visões dicotômicas entre o homem e a natureza. Ao compreender o homem como sujeito moral e a natureza a ser objeto a ser apropriado cria-se uma barreira para a proteção desta. Nesta compreensão manifesta Arnaldo Moraes Godoy (2004, p. 202): "Porém nada sabemos a propósito das necessidades do amanhã (...). A preocupação com as "futuras gerações" tem certo sabor freudiano e consubstancia eloquentemente mais uma face do antropocentrismo dominante".

As correntes não-antropocêntricas criticam e rejeitam a doutrina antropocêntrica, uma vez que esta, como substrato filosófico da proteção ambiental, construí um mito não esclarecido de gerações futuras para a reação de uma nova ética.

Tendo como meio a apropriação mercadológica e oportunista, para manutenção de seus próprios interesses econômicos, religiosos, estéticos, culturais e recreacionais (GODOY, 2004, p.203).

Não compreendem existir uma linha rígida entre o vivo e o inanimado. A natureza é um rico sistema de circulação entre o “eu” e o mundo exterior, muito mais complexa do que o humano poderia compreender. Propondo assim, um modelo técnico-jurídico muito mais protetório da Terra e dos seus múltiplos sistemas, reconhecendo direitos a entidades não-humanas (BENJAMIN, 2011, p.89).

São duas as linhas ecológicas, que compreendem uma abordagem não-antropocêntrica. O Ecocentrismo, que defende o valor não instrumental dos ecossistemas e da ecosfera, posicionando o meio ambiente no centro do universo e concedendo um valor próprio à natureza. Esta preocupação é maior que a necessidade de cada indivíduo individualmente, o valor da natureza é imperativo aos valores humanos (AMADO, 2017, p.30-32).

Já o biocentrismo tem como premissa a validade intrínsecas, e não instrumental, de valores na natureza. Submetendo o individualismo ao bem geral. Deste modo, o homem não é superior ao meio em que vive, mas mantém com ele uma relação de independência. Esta teoria é apontada como a mais importante na defesa dos direitos dos animais, seguindo a linha teórica de Peter Singer (AMADO, 2017, p.31-33) (GODOY, 2004, p.202).

Em uma sociedade onde o antropocentrismo clássico é vigente todos os recursos naturais são apropriáveis. Essa apropriação é possível pelo fato do direito à propriedade ser o centro das preocupações ambientais, e não o homem. Do ponto de vista jurídico, a natureza tem sido considerada ora como objeto, ora como sujeito (SIRVINSKAS, 2018, p.80). A natureza é dotada de valor inerente que independe de qualquer apreciação utilitarista, porém, não deve deixar de notar que a natureza constitui valores de uso econômico.

Da mesma que a doutrina, a obra cinematográfica de WALL.E não conclui especificamente o paradigma ético que se propõem, apesar de no final do filme ter os humanos e as máquinas trabalhando juntos, não se sabe se há uma valorização da centralidade humana ou se há uma equivalência jurídica a tudo que cerca os seres humanos. O objetivo da obra é levar o espectador a pensar e debater sobre o sistema mundo apresentado, para posteriormente debater o seu próprio.

A principal conclusão que se percebe em WALL.E é que o filme define o antropocentrismo, ao analisar o sistema mundo da Axiom é possível analisar que o homem é o dono da natureza e do sistema em sua volta, se beneficiando de todo e qualquer objeto (como as máquinas) ao seu redor. Como também propõe a pensar em um novo conceito

holístico, no qual o ser humano se vê como parte da natureza e, por isso, tem por ela respeito, cuidado e austeridade (BASTINI; MORAES, 2012, p.8).

Deste modo, há a notória necessidade de consolidação de uma nova ética, propondo-se ir além do antropocentrismo. Não se debate neste ponto a exclusão de toda a teoria antropocêntrica, mas de uma superação em que leve a adição dos novos paradigmas.

A tese filosófica, com descendência na tradição humanista grega, deve reconhecer o homem em sua totalidade, em busca da dignidade da pessoa humana. O antropocentrismo alargado não se confunde com o antropocentrismo clássico, uma vez que o clássico não reconhece a totalidade humana, esta negação ocorre no plano econômico, social e jurídico. Percebe-se no direito à superação do conteúdo de muitos princípios, o direito patrimonial até então individualista, cede lugar para a complexidade e solidariedade das ações humanas (SILVA, J.R.da, 2002, p.203).

A preocupação com a totalidade humana é voltada principalmente aos que foram postas às margens do sistema. O direito fundamental ao equilíbrio ambiental não é dicotômico, mas sim um valor que se insere como direito humano.

Para a efetividade deste direito o ser humano reconhece que outros seres tem um valor em si e um valor vinculado ao ser humano. São aspectos presentes tanto na flora e na fauna, como no reconhecimento de dignidade semelhante aos humanos aos animais.

5 CONCLUSÃO

No decorrer da pesquisa investigou-se elementos específicos que indicassem a relação do desenvolvimento do paradigma ético ambiental com a proposta da obra cinematográfica WALL.E.

A partir de uma leitura e análise crítica é evidente que a obra cinematográfica transcende somente o entretenimento, propondo que o espectador analise de forma sociológica todo o contexto criado pela obra e, ainda, passe a observar o próprio sistema mundo em que vive de outro modo.

A obra cinematográfica demonstra que as relações sociais e opção pelo caminho de menor resistência podem levar a degradação do mundo. Tanto no aspecto da narrativa, como na paisagem, a obra é clara em instigar o espectador aos problemas no consumismo, dos reflexos da não reflexão do próprio sistema mundo e da aceitação de uma ética antropocêntrica pura, na qual a propriedade e os bens imperam sobre a coletividade e o meio ambiente.

A partir disso o artigo é faz a análise da ética jurídica proposta na ordem constitucional, uma vez que esta concretiza o modelo político-jurídico a ser seguido. Apresenta-se que há um amplo debate entre as concepções éticas, e que impera no presente ordenamento jurídico uma ética antropocêntrica alargada.

Ressalta-se que há a utilização do método dedutivo, demonstrando ser verdadeiras as premissas apontadas de que a obra cinematográfica WALL.E demonstra a construção sociológica do sistema mundo. Desta maneira, a conclusão de que o sistema ético atual propõe um novo paradigma ético é verdadeiro.

O objetivo geral da pesquisa, que buscou compreender a influência do paradigma ético ambiental a partir das lentes da obra cinematográfica WALL.E foi alcançado, uma vez que é notável a comparação do sistema mundo atual com a do sistema mundo da obra, bem como a proposta de uma nova ética pelo filme também impera na atual Constituição.

É notável o paradigma ético antropocêntrico alargado, que busca como fim a totalidade da dignidade humana. O direito ao meio ambiente equilibrado é ligado ao valor dos princípios da solidariedade. Sendo necessário que o direito ao meio ambiente seja um direito transindividual, uma vez que ele impacta em diferentes áreas científicas.

Por fim, ressalta que o tema proposto permite a compreensão da problemática da pesquisa, uma vez que demonstra a influência da ética ambiental na construção da obra cinematográfica WALL.E.

Não há o distanciamento histórico, ou a possibilidade de afirmar neste artigo uma quebra com a mudança de paradigma antropocêntrico. Há, porém, indícios nas legislações que há sim uma evolução na perspectiva ambiental, com uma abordagem que se preocupa com a totalidade da dignidade humana.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

ARAÚJO, Manoel Deisson Xenofonte de; VALE, Cleonisia Alves Rodrigues do. Um futuro nada animador: Reflexões sobre Sustentabilidade e Ecodesign na animação Wall-E. In: Congresso Brasileiro de Pesquisa e Desenvolvimento em Design, 12º, 2016, Belo Horizonte. **Anais** [...], 2016.

BASTINI, Tânia Mara de; MORAES, Simone Becher Araujo. Filme Wall-E Como Recurso Didático Nas Aulas De Filosofia: Contribuindo Para A Educação Ambiental De Alunos Do

Ensino Médio. In: Seminário De Pesquisa Em Educação Da Região Sul, IX, 2012, Caxias do Sul. **Anais** [...], 2012

BENJAMIN, Antônio Herman. A natureza no Direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **Revista do PPGD da UFC**. Curitiba: v. 31, n.1, jan.-jun., 2011, p. 79-96.

BORTOLAZZO, Sandro Faccin; MARCON, Carla Simone Corrêa. Wall-E na Sociedade Do Descarte – Uma reflexão sobre o consumo como organizador da vida. In: Congresso de Leitura do Brasil, 17º, 2009, Campinas. **Anais** [...], 2009.

CARVALHO, Brendo Francis; NABOZNY, Almir. Paisagem e lugar na configuração do espaço fílmico pós-apocalíptico de "WALL•E". **Geograficidade**, v.9, n.1, p.29-42, julho 2019. ISSN 2238-0205. Disponível em:
<<https://periodicos.uff.br/geograficidade/article/view/13167>>. Acesso em: 21 set. 2020.
doi:<https://doi.org/10.22409/geograficidade2019.91.a13167>.

CORREIA, Adriano. O conceito de mal radical. **Trans/Form/Ação**, (São Paulo), v. 28(2), 2005, p.83-94.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**: saberes necessários à prática educativa. 31.ed. São Paulo: Paz e Terra, 1996.

GODOY, Arnaldo Moraes. Fundamentos filosóficos da proteção ambiental. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 5/6, n. 43, p. 196-204, 2004.

GRÜN, Mauro. Descartes, Historicidade e Educação Ambiental. In: CARVALHO, I.; GRÜN, M. e TRAJBER, R. (Org.) **Pensar o Ambiente**: bases filosóficas para Educação Ambiental. Brasília: Mistério da Educação, Secretaria de Educação Continuada Alfabetização e diversidade. UNESCO, 2006.

MCINTOSH, Jonathan. **Wall-E as Sociological Storytelling**. The Pop Culture Detective Agency. 1 Nov, 2017. Disponível em: <http://popculturedetective.agency/2017/wall-e-as-sociological-storytelling>

MILARÉ, Édis. **Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para o delineamento de um microssistema de responsabilidade**. 2016. 362 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**: princípios de direito político. 3. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Robson da. **Paradigma biocêntrico: do patrimônio privado ao patrimônio ambiental**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

TAWFEIQ, Reshad. **A política de resíduos sólidos do município de Ponta Grossa/PR e sua relação com a racionalidade ambiental globalizada**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas - Área de Concentração: Cidadania e Políticas Públicas) - Universidade Estadual de Ponta Grossa, Ponta Grossa, 2015.

WALL-E nos ensina a diferença entre 'viver' e 'sobreviver'. [S.I.:s. n], 2020. 1 vídeo (10 min). Publicado pelo canal Elegante. Disponível em:
<https://www.youtube.com/watch?v=vI2gN2LW1p4>. Acesso em 31 de mai.2021

INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DOS CONTRATOS – UMA ABORDAGEM ENTRE BRASIL E PORTUGAL

DANIEL MAGALHÃES ALBUQUERQUE SILVA:

Doutorando em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP). Mestre em Empreendimentos Econômicos, Processualidade e Relações Jurídicas pela Universidade de Marília. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, exercendo a função de 4º Promotor de Justiça de Osasco. Professor da Universidade de Adamantina, da UNIFIEO, e dos cursos de concursos públicos CEI e Vipjus.

RESUMO: Das declarações, significados. Não há declaração de vontade que não comporte distintos sentidos. É nessa divergência de interpretações que nasce a importância de estudar regras de interpretação e integração das leis e, também, das declarações negociais, os contratos. Como será visto, a hermenêutica jurídica tem como finalidade o estudo desses processos aplicáveis para se determinar o sentido e alcance de um texto, transportou-se para as relações contratuais, na medida em que se reconhece aos contratos força obrigatória. No entanto, a complexidade dos contratos, justamente por envolver princípios como a autonomia privada e a liberdade de contratar, além de uma infinidade de conteúdo, torna a hermenêutica contratual ainda mais desafiadora, visto que não se pode sob o pretexto de interpretar ou integrar, modificar a vontade comum. É nesse sentido, que tanto a legislação brasileira, como a portuguesa, expressamente prevê regras mínimas de interpretação e integração dos contratos, permitindo ao exegeta fixar o sentido decisivo de uma declaração. Com o avanço tecnológico e as novas mídias, relações negociais são firmadas a todo instante, o que certamente exigirá dos operadores do direito maior sensibilidade na interpretação e integração daquilo que está sendo contratado.

Palavras chaves: Hermenêutica Jurídica. Hermenêutica Contratual. Interpretação dos contratos. Concreção.

Sumário: 1. Introdução. 2. Hermenêutica Constitucional. 3. Hermenêutica Contratual. 4. Interpretação dos contratos. 5. Concreção. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas. 8. Legislação.

1. Introdução

A interpretação e integração dos contratos ganha relevo ao considerarmos que o contrato, assim como às leis deve ter seu conteúdo decisivo fixado.

Assim sendo, o estudo da hermenêutica jurídica – que visa justamente estabelecer à análise dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance de um texto – inicia a jornada com o entendimento de que regras e princípios interpretativos vão muito além do auxílio ao aplicador do direito. Buscam fixar o sentido decisivo e que melhor se coaduna com o espírito da lei ou a vontade dos contraentes.

Assim, por meio da hermenêutica se entende que toda declaração de vontade comporta interpretação e, portanto, a fixação de um sentido decisivo nem sempre, ou melhor, quase nunca, revela-se tarefa simples.

Na hermenêutica contratual, a interpretação ganha contornos ainda mais complexos, seja pela própria complexidade das relações contratuais, como será visto, seja pela existência de duas vontades que não de ser consideradas no instante de fixação e aplicação daquilo que foi efetivamente acordado, a denominada vontade comum.

Outra dificuldade enfrentada pelo operador do direito na interpretação contratual e que torna a matéria mais desafiadora é que a interpretação não pode ceder à autonomia privada das partes, vale dizer, a interpretação não pode sob o pretexto de clarificar, dar sentido diverso ou se sobrepor à vontade das partes, que são livres para contratar e estabelecer aquilo que melhor lhes convém (conteúdo).

Nesse ponto, embora não seja o objeto do presente artigo, não se ignora que os contraentes estejam limitados por princípios como a função social do contrato e a boa-fé, estes sim, impõe as partes obediência a valores como a moral e bons costumes, não a interpretação contratual.

Tanto o diploma português como o brasileiro preveem expressamente normas sobre interpretação e integração contratual.

Assim, segue-se a abordagem de tais regras, fazendo-se um paralelo entre as legislações brasileira e portuguesa, com seus pontos similares e diferenças, se há destinatário específico de tais regras, a quem são endereçadas.

Ato contínuo, passa-se a análise de que em certas situações a interpretação não é suficiente a aclarar o sentido das declarações de vontade; se faz necessário concretizar.

Nesse sentido, clama-se do exegeta a identificação do problema a ser solucionado, impondo-se a aplicação da norma ao caso concreto a partir de uma visão fática de interpretação, ou seja, considerando o sistema jurídico como um todo, isto porque, não se admite omissão.

Com isso, o presente trabalho tem como principal objetivo a análise das normas existentes, tanto na legislação brasileira, como na portuguesa, sobre interpretação e integração dos contratos, reafirmando a importância da matéria, visto que não se admite omissão, mas recordando que o respeito à autonomia privada condiciona à uma interpretação cuidadosa, sob pena de ferir às liberdades de contratar e contratual.

2. Hermenêutica Constitucional

Antes de adentrar especificadamente no tema interpretação e integração do contrato, primeiro faz-se necessário entender o que é hermenêutica.

Substantivo feminino, hermenêutica pode ser definida como a arte de interpretar os livros sagrados e textos antigos; doutrina ou ciência cujo objetivo se caracteriza na interpretação ou compreensão de textos religiosos (hermenêutica sagrada); interpretação ou compreensão de um texto, dos sentidos e/ou da significação das palavras que o compõem⁵³. Já sob o aspecto jurídico, a hermenêutica é conceituada como reunião das normas ou mecanismos utilizados na interpretação de um texto ou das leis.

Embora de origem imprecisa, analisando a etimologia, destaca-se que a hermenêutica remonta ao período da Grécia antiga, especificamente ao ser mitológico Hermes. Conforme apontado pela doutrina, Hermes era um semideus, dotado da função de mensageiro, sendo assim responsável para tradução para a linguagem dos mortais, humanos, os ensinamentos e mensagens dos deuses⁵⁴.

Como visto, a hermenêutica tem como objeto o estudo dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance de um texto. É a arte de interpretar. René David salienta que “editar a lei ou o regulamento é a função das autoridades. Porém, a lei apenas tem valor prático pela maneira como é aplicada. A aplicação da lei supõe um processo de interpretação [...]”⁵⁵ Para Carlos Maximiliano “a interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados. Foi orientada por princípios e regras que se desenvolveu e aperfeiçoou à medida que envolveu a sociedade e desabrocharam as doutrinas jurídicas.”⁵⁶

No século XIX, pós revolução francesa e sob a influência do iluminismo, as interpretações jurídicas deveriam nortear-se pelo direito posto. A expressão da vontade

⁵³ <https://www.dicio.com.br/hermeneutica/>, acesso em 16 out 2021.

⁵⁴ ABBOUD, Georges, CARNIO, Henrique Garbellini, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução ao direito [livro eletrônico]: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito. 5. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁵⁵ DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, ed. Martins Fontes, p.129.

⁵⁶ MAXIMILIANO, Carlos, Hermenêutica e Aplicação do Direito, 21ª edição. Ed. Forense, p. 1.

geral estava contida na letra da lei; cabia, assim, ao jurista somente manter-se fiel ao texto, sem socorrer-se à analogia, costumes e tradições⁵⁷. A lei era tomada em sua literalidade.

No entanto, aponta René David que “assiste-se nos nossos dias a uma renovação da doutrina do direito natural. Os próprios defensores do positivismo abandonaram o mito da lei, tal como se apresentava no século XIX; eles reconhecem, presentemente, o papel criador do juiz [...]”⁵⁹.

Assim, é possível afirmar que na hermenêutica contemporânea a lei seja tomada como integradora do direito, com a imposição de limites valorativos, para lhe dar sentido e alcance. Nasce um novo pensamento jusfilosófico: o neopositivismo, que reaproximou a justiça da moral.

O pluralismo e a complexidade da sociedade moderna colocaram em xeque a ideia de completude do sistema positivo, especialmente pela dificuldade de dissociar a aplicação das normas positivas, mesmo diante de soluções inadequadas, injustas ou até mesmo, imorais.

Sobre o dogma da completude do direito, do sistema jurídico total, aponta Diego Eidelwein do Canto quatro vertentes essenciais à compreensão.⁶⁰

57 IAMUNDO, Eduardo. *Hermenêutica e Hermenêutica Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2017, p. 199.

58 Não há como abordar o positivismo sem citar Hans Kelsen e sua Teoria Pura do Direito; para o qual a ciência do direito deveria ser considerada independentemente de outras ciências, ou da moral. Nesse sentido, sustentava que as fontes do direito devem ser buscadas no próprio direito, excluindo-se costumes, hábitos. Dissocia o direito da moral. Para Kelsen, ao aplicador da norma basta aferir a validade daquela e não o conteúdo. No entanto, em que pesem as críticas endereçadas ao positivismo, não se ignora suas vantagens, especialmente se considerarmos o momento histórico em que inserido. Não só estabeleceu o direito como ciência, mas trouxe segurança jurídica onde prevalecia o absolutismo monárquico. O positivismo puro de Hans Kelsen encontrou seu declínio após as barbáries justificadas na lei (nazismo e facismo).

59 DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, ed. Martins Fontes, p.113.

60 CANTO, Diego Edidwevin do. *Revista de Direito Privado* | vol. 88/2018 | p. 17 - 42 | Abr / 2018 | DTR\2018\12729. Acesso em 16 Out 2021. Disponível: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017c89660cd7fd941ef8&docguid=Ic9e115f0396211e8b422010000000000&hitguid=Ic9e115f0396211e8b422010000000000&spos=1&epos=1&td=205&context=188&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1> (...)”A primeira fundamenta o dogma da completude na existência de uma norma geral exclusiva, de conteúdo negativo, que expressava que “tudo que não é proibido, é permitido”. Por assim dizer, o sistema jurídico seria fechado, pois todo comportamento humano está deonticamente nele determinado por uma norma particular²⁶, e, não o sendo, a conduta seria permitida, pois estaria regulada por uma norma geral exclusiva. A segunda vertente, por sua vez, ligada a esta primeira concepção, dispõe que o dogma da completude está ligado ao “espaço jurídico vazio”. Esta teoria parte do raciocínio de que toda norma jurídica representa uma limitação à livre

Nesse sentido, Ricardo Fernandes e Guilherme Bicalho esclarecem que “foi visto que uma das principais críticas ao modelo positivista foi a falta de critérios valorativos para aplicação da norma, a qual favoreceu, muitas vezes, decisões distantes da justiça ou mesmo absurdas.”⁶¹

O pós-positivismo reacende, portanto, certas teorias, como a da norma, a das fontes e a da interpretação, isto porque, atrás da norma há valor que integraliza o direito. Houve uma abertura valorativa do sistema; sua análise permeia não só o momento de elaboração da norma, como sua aplicação.

Para Luís Roberto Barroso “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria da justiça [...]”⁶²

Com efeito, a interpretação realiza e traz compreensão de um texto, de uma norma legal ou dos contratos, objeto da presente investigação. Possibilita ao intérprete a atualização do conteúdo daquilo que está se interpretando, isto porque textos, leis, contratos ainda que tenham sido escritos há muito tempo, variam conforme a interpretação dada, esta sim, deve ser consentânea com a sociedade atual e com a vontade dos contraentes.⁶³

atividade humana, sendo assim, a ação humana vinculada a normas representaria o espaço jurídico cheio, enquanto a ação humana não vinculada a normas corresponderia a espaço jurídico vazio. Portanto, toda conduta juridicamente não qualificada, seria indiferente para o direito. Por outro lado, a terceira vertente encontrada, aponta que o dogma da completude está inserido na obrigação dos juízes de decidir qualquer controvérsia com base no direito existente, tendo em vista que se o direito não fosse completo, essa obrigação não subsistiria. A quarta vertente fundamenta o dogma da completude no fato de que o ordenamento jurídico não é um sistema de normas “consumado”, possuindo característica de expansão ilimitada, tendo em vista que o juiz ao se deparar com um caso dúbio ou difícil, e não puder resolver a demanda com base em uma norma jurídica particular, poderá resolvê-la a partir dos princípios gerais.(...)

61 Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 48 n. 189 jan/mar. 2011, p. 113, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf>, acesso em 15 de abril de 2020.

62 BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em: 16 out 2021.

63 Felipe Kirchner citando Clóvis Veríssimo do Couto e Silva salienta que “no procedimento exegético sempre há uma atualização, e como a força normativa dos preceitos jurídicos sempre está condicionada à vontade atual dos seus participantes, é tarefa do intérprete contratual quantificar esta dimensão na análise da autonomia dos contratantes, pois a obrigação constituída pelo contrato é sempre polarizada pelo adimplemento”. (Interpretação Contratual / Hermenêutica e Concreção, Curitiba: ed. Juruá, 2016, p. 47).

Essencial destacar que norma e texto normativo não se confundem, isto porque enquanto o texto é objeto da atividade hermenêutica a norma é o resultado dessa interpretação. Para Eros Grau “o que em verdade se interpreta são textos normativos; da interpretação dos textos resultam as normas. Texto e norma não se identificam. A norma é a interpretação do texto normativo. A interpretação é, portanto, a atividade que presta a transformar os textos – disposições, preceitos e enunciados – em normas.”⁶⁴

Ainda que tal observação se refira a interpretação do direito, como ciência, certo é que a interpretação dos contratos exige do intérprete o respeito pela intenção, vale dizer, extrair do contrato escrito a real vontade das partes e aplicá-la, prestigiando aquilo que acordaram e contrataram.

Sem pretender esgotar as espécies de interpretação trazidas pela doutrina tradicional, como a interpretação literal, lógico-sistêmica, histórica e teleológica (quanto à sua natureza) ou extensiva, restritiva, declarativa (quando aos seus efeitos), importa destacar a interpretação denominada por alguns como autêntica. Não desconhecendo que a interpretação autêntica seria àquela dada pelo próprio legislador sobre lei existente, editando uma segunda norma de caráter puramente interpretativo, interessante ressaltar a visão de Eros Grau, para quem “o intérprete dotado de poder suficiente para criar normas, a partir delas construindo, em cada caso, a norma de decisão, é o intérprete autêntico – isto é, fundamentalmente, o juiz [...]”⁶⁵

Todavia, importante observação deve ser feita, citando crítica realizada por ABOUD, Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz de Oliveira no que diz respeito ao método tradicional de interpretação dos textos e normas jurídicos, olvidando-se do lado principal, que diz respeito ao método jurídico utilizado para tal fim⁶⁶.

64 Citado por Felipe Kirchner. *Interpretação Contratual / Hermenêutica e Concreção*, Curitiba: ed. Juruá, 2016, p.57.

65 GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*, 6ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005 ISBN: 8574206636, p. 208.

66 ABOUD, Georges, CARNIO, Henrique Garbellini, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução ao direito [livro eletrônico]: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito*. 5. ed. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. “(...)Sem embargo, mesmo as discussões sobre a hermenêutica jurídica – que, atualmente, assumem uma dimensão de essencialidade: uma disciplina da qual não se pode passar ao largo – foram travadas, tradicionalmente, de maneira oblíqua. Em sua grande maioria, os manuais sobre hermenêutica ou sobre introdução ao direito escritos até a década de 1990, trataram a questão a partir da polêmica em torno dos métodos de interpretação (gramatical, lógico, sistemático, teleológico, histórico etc.) sem dar a devida atenção a todo o debate filosófico que teve lugar no século XX e que envolveu, em primeiro plano, exatamente a questão da hermenêutica (de se consignar que, para muitos autores, o século XX pode ser considerado como “a era da hermenêutica”) Somente no final dos anos de 1990, e início dos anos de 2000 é que esse debate tomará um rumo adequado no âmbito do pensamento jurídico brasileiro. Nesse caso, a obra de Lenio Luiz

3. Hermenêutica Contratual

Demonstrada a relevância da hermenêutica jurídica, em sentido amplo, que pressupõe no processo de aplicação da lei considerar para além do direito posto, extraíndo o sentido e o alcance dos textos, necessário – ainda que breve – a abordagem quanto à hermenêutica contratual.

Toda declaração de vontade comporta uma pluralidade de sentidos e, portanto, de interpretação e como qualquer outro trabalho hermenêutico, a interpretação de contratos é coisa complexa,⁶⁷⁶⁸ pois exige que o intérprete não só considere às vontades dos contratantes quando da elaboração do instrumento contratual (contrato), mas também que tenha, ou busque, conhecimentos de áreas específicas, como direito agrário, sobre o mercado financeiro, em um contrato bancário, e etc.

A força obrigatória reconhecida aos contratos e imposta às partes envolvidas não limita o trabalho de interpretação. Contudo, evidente que embora não haja limitação à interpretação, esta está adstrita a declaração negocial; vale dizer, o intérprete deve ser prudente em sua construção interpretativa, sob pena de ferir a vontade das partes.

Como sói de ser, o contrato se origina da autonomia privada dos contraentes, logo a atividade interpretativa não pode desconsiderar ou se sobrepor ao querido pelas partes. Não pode o operador sob a premissa de interpretar, modificar o sentido das pretensões fixadas e estabelecidas contratualmente.

Ao citar operador, questiona-se quem seria o destinatário principal das normas sobre interpretação dos contratos? Rui Duarte citando Cunha Gonçalves esclarece que as regras legais de interpretação dos contratos são destinadas aos juízes e não às

Streck, *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, marca de maneira definitiva essa mudança de rota. Essa obra critica(va) o modo tradicional de se pensar o problema da interpretação e situa a questão da hermenêutica nos quadros da filosofia contemporânea, oferecendo, a partir desse contexto reflexivo, um modo de se pensar a construção do fenômeno jurídico(...)"

67 DUARTE, Rui Pinto. *A Interpretação dos Contratos*. Coimbra: Ed. Almedina, 2016, ISBN: 9789724067520, p. 8.

68 Também abordando sobre a complexidade da hermenêutica contratual, especialmente se comparada a interpretação legal, Felipe Kirchner destaca a multiplicidade de fontes de um contrato, principalmente no que respeita a coexistência de regras jurídicas e sociais. Afirma, também, que outra dificuldade observada na hermenêutica contratual é a possibilidade dos negócios jurídicos tomarem formas outras que não a escrita, como os atos da vida e de silêncio, o que dificulta uma uniformidade da atividade interpretativa. Cita, por fim, que na hermenêutica contratual é muito mais intenso o entrelaçamento de relações entre os sujeitos de direitos colocados no plano de uma igualdade recíproca, exigindo critérios para correta composição dos interesses em litígio. (*Interpretação Contratual / Hermenêutica e Concreção*, Curitiba: ed. Juruá, 2016, p. 88)

partes, pois estas não necessitam de regra alguma para verificarem qual foi a intenção que tiveram. Assim, somente quando as partes divergem e buscam os tribunais, é que se torna imperioso dar solução ao litígio⁶⁹.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior também compartilha desse entendimento. Expõe que o juiz não é servo da lei, mas sim que está submetido a um ordenamento jurídico vigente, que é aberto e afeiçoado de valores e princípios⁷⁰. Evidente, sempre que possível, que o intérprete trabalha com a lei, mas nos casos em que o legislador se utiliza de conceitos indeterminados, cláusulas gerais; cabe ao juiz a realização de sua atividade criadora, adequando a norma à sua atividade fim: dizer o direito.

Já Felipe Kirchner citando Carlos Ferreira de Almeida adverte que a “tese de que só ao juiz cabe a interpretação do negócio jurídico está ligada ao preconceito de que a tarefa hermenêutica somente é exercida em caso de litígio, o que evidentemente não prospera”⁷²

Como dito, considerando que o contrato tem força de lei entre as partes, certo é que a interpretação dos contratos, assim como das leis é de suma importância ao operador do direito, seja ele o juiz, ou qualquer outro intérprete responsável em procurar o sentido decisivo das declarações de vontade.⁷³

Por certo que os negócios contratuais também podem trazer cláusulas dúbias, ou que sobre seu sentido e alcance as partes diverjam, razão pela qual os ordenamentos jurídicos tanto brasileiro como português estabelecem regras mínimas de interpretação.

69 DUARTE, Rui Pinto. A Interpretação dos Contratos. Coimbra: Ed. Almedina, 2016, ISBN: 9789724067520, p. 17.

70 AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Interpretação. AJURIS. v. 16, n. 45, p. 7-20, mar.1989.

71 Como bem aponta António Ferrer Correia: “É sempre da real vontade que o juiz deve ir à procura, a fim de por ela determinar depois o conteúdo da declaração.” (Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico, 3ª Tiragem, Coimbra: Livraria Almedina, 1985, p. 160.

72 In Interpretação Contratual, Editora Juruá, p.154

73 Para maior aprofundamento sobre o tema artigo elaborado por Andre Nicolau Heinemann Filho com o tema: A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. Revista de Direito Privado | vol. 37/2009 | p. 9 - 26 | Jan - Mar / 2009. Acesso em 16 out 2021. Disponível em [https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017c896a41a94ea7fb04&docguid=I60bc3a40f25311dfab6f0100000000000&hitguid=I60bc3a40f25311dfab6f010000000000&spos=24&epos=24&td=205&context=202&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1](https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017c896a41a94ea7fb04&docguid=I60bc3a40f25311dfab6f010000000000&hitguid=I60bc3a40f25311dfab6f010000000000&spos=24&epos=24&td=205&context=202&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1)

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1

Restringir, portanto, a interpretação aos intérpretes corporativos ou autorizados jurídica ou funcionalmente pelo Estado significaria um empobrecimento⁷⁴.

4. Interpretação dos contratos

Antes de adentrar nas regras sobre interpretação dos contratos, insta recordar que tal espécie de negócio jurídico, em regra (especialmente no campo paritário), se traduz em instrumento da autonomia privada. Portanto, mesmo diante de certas regras interpretativas, o intérprete não pode ignorar que o contrato é fruto da vontade das partes, que deve ser prestigiada e concretizada na maior medida do possível.

A liberdade contratual, não só entendida quanto ao conteúdo, mas também a liberdade de contratar, seja com quem for, é necessária para dar azo as mais diversas relações interpessoais, exigindo dos contraentes cooperação, tão necessária para a vida em sociedade.

No direito português as principais regras sobre interpretação e integração dos atos negociais, encontram-se nos artigos 236º a 239º do Código Civil.

O artigo 236º normatiza sobre o sentido da declaração dos contraentes. Em regra, ao conhecer a vontade real dos declarantes é esta que vai prevalecer. É nesse sentido o item 2 do aludido artigo. Assim, sempre que o declaratório conhecer a real vontade do declarante é de acordo com esta que vale a declaração por ele emitida.

Agora, não se conhecendo a vontade real dos declarantes, prevê o item 1 do artigo 236º que “a declaração negocial vale com o sentido de um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele”. Portanto, na ausência sobre a real vontade dos declarantes, será considerada àquela deduzida pelo homem médio.

Já o artigo 237º traz dispositivo nos casos de dúvidas sobre o sentido da declaração de vontade, estabelecendo que nos negócios jurídicos gratuitos, prevalecerá o sentido menos gravoso para o disponente e quanto aos onerosos, o sentido que garanta o maior equilíbrio das prestações⁷⁵.

74 Häberle Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes Ferreira, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p.34.

75 Quanto ao equilíbrio, aponta Rui Duarte que tal regramento tem como finalidade – tão somente – garantir o equilíbrio das prestações em contratos onerosos nos casos de dúvidas e não possibilitar ao tribunal equilibrar contratos desequilibrados. Os desequilíbrios contratuais devem ser corrigidos por outras normas,

Ainda sobre interpretação, complementa o artigo 238° que nos negócios formais a declaração tem que valer com um sentido que corresponda minimamente ao texto do documento, ainda que expresso de forma imperfeita (item 1). Ora, a interpretação da declaração de vontade não pode conduzir a um sentido totalmente dissociado do texto, isto porque a interpretação orienta o aplicador à real vontade das partes; que em um negócio formal presume-se expressa.

Contudo, ressalva o artigo em seu item 2 que não se aplica a exigência de conformação entre texto e vontade, caso esta última (vontade real dos declarantes) seja conhecida e a as razões determinantes da forma do negócio não se opuserem a tal validade.

Importante ressaltar que a vontade a ser considerada é a vontade comum dos declarantes, isto porque, consoante dispõe o artigo 232° do Código Civil português o contrato é resultado de um “acordo de vontades” e não é considerado concluído enquanto as partes não houverem acordado em todas as cláusulas.

Assim, ao intérprete cabe a análise das vontades dos contraentes e não de uma ou outra vontade considerada singularmente⁷⁶.

Rui Duarte assinala que “se deve buscar a chamada vontade real dos contraentes (o que alguns designam interpretação subjetiva) e só se nada se apurar quanto à mesma é que se aplicam as restantes regras (o que alguns designam interpretação objetiva).”⁷⁷

No mesmo sentido, resume António Ferrer Correia que as declarações de vontade valem com o sentido que lhes é atribuído pelas partes. Contudo, se declarante e declaratório entendem a declaração em sentido oposto, servirá como sentido decisivo aquele que este último podia julgar conforme às verdadeiras intenções do primeiro. Ressalva o aludido autor, que será nulo, no entanto, o negócio que não lhe seja possível atribuir sentido prevalente, quando o significado que devia ser decisivo não for aquele que o declarante tinha o dever de considerar acessível ao declaratório.⁷⁸

que não a prevista no artigo 237°, pois não é esse o seu alcance. (A Interpretação dos Contratos, 2016, Coimbra: Ed. Almedina, p. 57).

76 Nesse sentido Felipe Kirchner: “[...] mais importante ainda é a verificação de que enquanto na interpretação das leis o sujeito cognoscente trabalha com destinatários genéricos, na exegese contratual o intérprete deve quantificar o caráter absolutamente situado de determinados destinatários específicos”. (Interpretação Contratual / Hermenêutica e Concreção, Curitiba: ed. Juruá, 2016, p. 89).

77 A Interpretação dos Contratos, 2016, Coimbra: Ed. Almedina, p. 56.

78 Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico, 3ª Tiragem, Coimbra: Almedina, 1985, p. 205.

No Brasil, à semelhança de Portugal, na hermenêutica contratual a vontade dos contraentes ganha especial relevo, se sobrepondo, inclusive, ao que está previsto em cláusulas contratuais. É o que se extrai do artigo 112º do Código Civil que prevê: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção⁷⁹ nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem” (critério subjetivo).

Sob esse aspecto, importa salientar as teorias da interpretação. Pela teoria subjetiva o intérprete deve analisar qual a verdadeira vontade dos contraentes. Como visto, tal vontade se sobrepõe àquilo expresso nas cláusulas contratuais, ao passo que pela teoria objetiva o intérprete – como sugerido pela denominação – deve se ater ao sentido expresso das cláusulas contratuais.

Ainda no tocante as normas específicas sobre interpretação contratual no direito brasileiro além daquelas expressas no Código Civil – artigos 113º, 114º, 423º, 424º, 819º e 2.035º, parágrafo único, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990) também traz norma que norteia o intérprete contratual (v. artigo 47º).

Em breve abordagem, o artigo 113º do Código Civil brasileiro aponta que além da intenção das partes, os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração⁸⁰ (critério objetivo). Já o 114º salienta que quanto aos negócios jurídicos benéficos e a renúncia, a interpretação deve ser estrita.

Os artigos 423º e 424º complementam – de certa maneira – à proteção ao consumidor expressa no artigo 47º daquele diploma, vez que dispõe que a interpretação de cláusulas ambíguas e contraditórias nos contratos de adesão (àqueles em que os direitos, deveres e obrigações são estabelecidos pelo preponente, sem que o aderente possa substancialmente alterar ou modificar as cláusulas contratuais, vale dizer, a maioria dos contratos de consumo são dessa espécie) devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao aderente, além de serem nulas cláusulas que estipulem a renúncia antecipada a direito resultante do negócio celebrado.

O artigo 47º do Código de Defesa do Consumidor reforça a disposição aludida e alarga à proteção dispensada ao consumidor ao normatizar que o intérprete

⁷⁹ Cabe aqui um breve esclarecimento quanto à intenção; que deve ser entendida como desígnio comum, ou seja, o acordo bilateral de vontades realizado pelas partes e não o intento individual.

⁸⁰ Especialmente se considerada a extensão geográfica do Brasil – mais de 8,5 milhões de quilômetros quadrados de extensão, o que faz dele o 5º maior país do mundo; dividido em cinco regiões com 26 estados e um Distrito Federal (dados retirados do <https://www.todamateria.com.br/resumo-geografia-brasil/>, acesso em 16 out 2021).

deve interpretar as cláusulas contratuais de um contrato de consumo da maneira mais favorável ao consumidor.

Finalmente o artigo 819º do Código Civil dispõe que a fiança dar-se-á por escrito e não admite interpretação extensiva, bem como o artigo 2.035º esclarece que nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública.

Como se vê, as normas sobre interpretação contratual no Direito brasileiro estão em capítulos diversos do Código Civil e até normatizadas em outros diplomas protetivos. Não há, como no direito português, capítulo ou subsecção próprios.

Não se ignora que malgrado a existência de capítulo próprio sobre interpretação e integração, o Código Civil português não restringe às disposições interpretativas à aludida subsecção.

Rui Pinto Duarte cita como exemplo o artigo 210º, nº 2 do Código Civil português que expressamente dispõe que os negócios jurídicos que têm por objeto a coisa principal não abrangem as acessórias, salvo declaração em sentido diverso. Assim, o negócio celebrado deve ser interpretado considerando o objeto principal e não este e outros⁸¹. No Brasil, a interpretação é no sentido oposto. Estabelece o artigo 233º do Código Civil: "A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso.

Para além das normas expressas sobre interpretação contratual, Robert Joseph Pothier aponta doze regras que devem ser consideradas pelo jurista, como (1.) a busca pela intenção comum das partes contratantes, antes de se buscar o sentido gramatical do pactuado; (2. e 3.) sendo uma cláusula suscetível de duplo sentido, deve-se melhor entendê-la conforme o sentido mais lógico e também segundo o sentido que melhor convenha à natureza do contrato; (4.) aquilo que pode parecer ambíguo em um contrato se interpreta pelo que é costume no país; (5.) o uso goza de autoridade, vale dizer, na interpretação contratual as cláusulas usuais são subentendidas, mesmo que não expressas; (6.) as cláusulas devem ser interpretadas em conjunto, com as precedentes e subsequentes; (7.) em caso de dúvida em uma das cláusulas, a interpretação deve ser dada contra aquele que estipulou a coisa; (8.) por mais generalizados que sejam os termos, estes compreendem apenas aquilo que as partes contraentes pretendiam contratar e não o que sequer cogitaram; (9.) contratos que tenham por objeto uma universalidade de coisas, compreendem todas as coisas que a compõem, mesmo que as partes não tivessem conhecimento; (10.) quando em um contrato se acrescenta alguma disposição em razão de dúvida, isto não implica dizer em renúncia a outras disposições não expressas; (11.) nos contratos uma cláusula concebida no plural se desdobra,

⁸¹ A Interpretação dos Contratos, 2016, Coimbra: Ed. Almedina, p. 64

frequentemente em várias cláusulas particulares e a última (12.) o que se encontra eventualmente escrito ao final de uma frase no contrato, refere-se ao que é comum a toda frase e não somente ao que a precede imediatamente⁸².

Como visto, a interpretação contratual visa determinar o sentido e o alcance do negócio jurídico. Como afirma Peter Häberle “não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada [...], ressaltando que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública”⁸³

5. Concreção

Ligada à interpretação legal e contratual está a concreção, método hermenêutico que supera o silogismo do positivismo (subsunção da norma ao caso concreto) para abarcar na interpretação não somente o dever ser, mas a identificação da norma ao caso concreto a partir de uma visão fática e de interpretação do sistema jurídico como um todo⁸⁴.

Felipe Kirchner cita que “em termos estruturais, o método concretista gravita em torno de três dados essenciais: compreensão prévia do intérprete (pré-compreensão), elemento normativo a ser concretizado (em sua dimensão sistemática) e problema concreto a ser solucionado.”⁸⁵

O problema central da hermenêutica não é o aspecto temporal, vale dizer, o momento em que a norma, seja ela estatal ou contratual é concebida com o momento de sua aplicação, mas, sim, a distância entre sua generalidade (contratos de adesão, por exemplo) e as especificidades existentes caso a caso. É nesse aspecto que a concreção se realiza.

Assim, visa à concreção a solução do problema hermenêutico não apenas considerando as questões normativas, mas também com o olhar para as questões fáticas. Não há direito sem fato e vice-versa.

82 POTHIER. Robert Joseph. Tratado das Obrigações, tradução de Adrian Sotero de Witt Batista e Douglas Dias Ferreira, Campinas: Servanda Editora, 2001, p. 96/103.

83 Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Mendes Ferreira, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p. 9.

84 Nesse sentido Carlos Maximiliano: “A interpretação atém-se ao texto como a velha exegese; enquanto a Construção vai além, examina as normas jurídicas em seu conjunto e em relação à ciência e do acordo geral deduz uma obra sistemática, um todo orgânico [...]” (Hermenêutica e Aplicação do Direito, 21ª ed. P. 37).

85 Interpretação Contratual / Hermenêutica e Concreção, Curitiba: ed. Juruá, 2016, p. 176/177.

Nesse sentido entende António Castanheira Neves que “O ‘puro facto’ e o ‘puro direito’ não se encontram nunca na vida jurídica: o fato não tem existência senão a partir do momento em que se torna matéria de aplicação do direito; o direito não tem interesse senão no momento em que se trata de aplicar ao facto: pelo que, quando o jurista pensa o facto, pensa-o como matéria de direito, quando pensa o direito, pensa-o como forma destinada ao facto.”⁸⁶

Logo, sendo o contrato produto da autonomia da vontade, deve ser analisado na totalidade dos fatores que o fundamentam.

Como bem ressalta Rui Duarte há pela lei portuguesa (e pela legislação brasileira) admissão de que sejam contratualmente assumidas obrigações que carecem de concreção⁸⁷. O artigo 400º do Código Civil português estabelece que a determinação da prestação pode ser confiada a uma ou outra das partes, bem como por um terceiro estranho à relação obrigacional. Ressalva o aludido artigo que em ambos os casos deve ser feita utilizando-se juízos de equidade, se outros critérios não tiverem sido estipulados (nº 1). Assim, a concretização dessa prestação obrigacional, utilizando-se da equidade (ou outros critérios), implica necessariamente para além da interpretação contratual.

O artigo 239º do Código Civil lusitano traz disposição expressa sobre a denominada “integração” das declarações negociais. Normatiza que “na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissis, ou de acordo com os ditames da boa-fé, quando outra seja a solução por eles imposta”⁸⁸.

Evidente que a concreção, às vezes intoxicada por um excesso de concretização, também deve ser entendida sob certos limites. Ao hermenêuta cabe – ainda que não consiga se desvencilhar das experiências vividas – ser racional, garantindo na sua função de integrador certa unidade. Logo, “o método da concreção não afasta – antes requer – a referência ao ordenamento jurídico e aos seus princípios e, apesar de impor um viés tópico, não se apresenta como substitutivo do processo de subsunção nem da lógica da inferência, peculiar ao raciocínio dedutivo.”⁸⁹

86 Apud Felipe Kirchner. *Interpretação Contratual / Hermenêutica e Concreção*, Curitiba: ed. Juruá, 2016, p.182.

87 *A Interpretação dos Contratos*, 2016, Coimbra: Editora Almedina, p. 68.

88 Rui Pinto Duarte aclara que “A integração negocial pressupõe uma lacuna (...), cujo preenchimento se opera segundo a seguinte ordem de precedências (art.º 239): norma legal imperativa ou supletiva, “vontade hipotética” harmonizável com os ditames da boa-fé; ditames da boa-fé.” (*A Interpretação dos Contratos*, Coimbra: Almedina, p. 78).

89 Felipe Kirchner. *Interpretação Contratual / Hermenêutica e Concreção*, Curitiba: ed. Juruá, 2016, p. 192.

No Brasil, não há norma semelhante ao artigo 239º - ao menos não colocada à mesma maneira que o Código Civil lusitano⁹⁰, isto porque, sobre eventuais lacunas, o operador do direito tem como artigo orientador, previsão que sequer se encontra no Código Civil brasileiro, mas sim no artigo 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, com redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010) que normatiza: " Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Assim, em que pese o dispositivo seja expresso quanto à omissão legislativa, a doutrina brasileira não diverge sobre sua aplicação, também, à integração contratual.

Nesse sentido, extrai-se que são meios de integração contratual: à analogia, tanto legis como jurídica, os costumes e os princípios gerais de direito, cada vez mais utilizados, em razão do abismo existente entre o direito posto, que não consegue antever toda a gama de relações interpessoais, e os litígios de uma sociedade moderna, plural e em constante mutação.

6. Considerações Finais

Como toda declaração de vontade comporta sentidos dos mais diversos, o estudo das normas de interpretação e integração da lei e, também, dos atos negociais se revela importante para aquele que opera o direito ou, ao menos, que tem sob sua responsabilidade fixar o sentido decisivo de uma declaração.

Como visto, o que se contrata tem força de lei. Logo, por vezes precisa ser interpretado e integrado. Evidente que como qualquer atividade, além das regras expressas nas legislações, estabelecendo um norte para seu exercício, limites como a boa-fé e função social do contrato auxiliam à interpretação e integração não se distanciarem do querido pelos contraentes, a denominada vontade comum.

Evidente que para uma correta interpretação, necessário se faz certa qualidade técnica do exegeta. Embora às normas de interpretação e integração não se restrinjam à juízes; do responsável pelo sentido e alcance da declaração, exige-se observância a normas e critérios, além do respeito à vontade dos acordantes. Quanto à essa vontade, assim como a interpretação e a integração, também está limitada aos

⁹⁰ Como se observa, o Código Civil português embora também normatize a lacuna legislativa em seu artigo 10º (integração das lacunas da lei: 1. Os casos que a lei não preveja são regulados segundo a norma aplicável aos casos análogos. 2. Há analogia sempre que no caso omissis procedam as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei. 3. Na falta de caso análogo, a situação é resolvida segundo a norma que o próprio intérprete criaria, se houvesse de legislar dentro do espírito do sistema) é mais feliz que o brasileiro, pois traz norma de concretização especial aos contratos.

aludidos princípios (boa-fé e função social), pois ainda que patente certa autonomia da vontade, essa não pode se sobrepor ou violar os interesses da coletividade.

Com efeito, a boa-fé é princípio basilar de qualquer relação contratual; exige dos titulares de direitos o dever de agir de forma razoável com os bons costumes e as especificidades do local em que realizada a avença, devendo nortear todas as fases de uma relação negocial.

Nesse sentido e considerando a importância de interpretar e integrar relações negociais, que as legislações tanto brasileira como portuguesa cuidam de estabelecer regramentos mínimos para que o responsável pela fixação do sentido decisivo das declarações não se distancie da real intenção das partes.

Pelas vertentes de interpretação portuguesa extrai-se uma prevalência de interpretação pelo prisma do homem médio, colocando-se na exata situação em que se encontra o emitente da declaração. No Brasil também há destaque para vontade declarada, sendo certo que, caso haja divergência entre as vontades (declarada e a real) esta leva a ineficácia do negócio jurídico.

Além da interpretação, por vezes, é necessário ir além, pois as declarações são lacunosas. Nesses casos, as legislações normatizam critérios integradores das vontades, com o fim de preencher eventuais lacunas existentes nos contratos e revelar o sentido decisivo da declaração.

O grande desafio das normas que fixam critérios de interpretação e integração é manterem-se atuais, isto porque, a complexidade das relações negociais em uma sociedade contemporânea em que as vontades são cada vez mais efêmeras e a velocidade com que se contrata é instantânea, a interpretação da vontade ganha outro colorido.

Nesse sentido, a interpretação e integração a par de serem intrínsecas ao operador do direito, renovam-se com as mudanças nas relações sociais e na maneira de contratar, o que torna a matéria atemporal.

7. Referências Bibliográficas

FILHO, Andre Nicolau Heinemann. A atuação do juiz na interpretação e integração dos contratos. Revista de Direito Privado | vol. 37/2009 | p. 9 - 26 | Jan - Mar / 2009. Disponível em <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017c896a41a94ea7fb04&docguid=I60bc3a40f25311dfab6f01000000000&hitguid=I60bc3a40f25311dfab6f01000000000&spos=24&epos=24&td=205&context=202&crumb-action=append&crumb>

label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1.
Acesso em 16 out 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7547>. Acesso em 16 out 2021.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Função Social dos Contratos: interpretação à luz do Código Civil, São Paulo. Editora: Saraiva, 2009.

CANTO, Diego Edidelvein do. Revista de Direito Privado | vol. 88/2018 | p. 17 - 42 | Abr / 2018 | DTR\2018\12729. Disponível: <https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a0000017c89660cd7fd941ef8&docguid=Ic9e115f0396211e8b422010000000000&hitguid=Ic9e115f0396211e8b422010000000000&spos=1&epos=1&td=205&context=188&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em 16 out 2021.

CORREIA, António Ferrer. Estudos Jurídicos I. Erro e Interpretação na Teoria do Negócio Jurídico. 3ª Tiragem. 1985. Coimbra: Editora Almedina.

DAVID, RENÉ. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, tradução: Hermínio A. Carvalho, 5ª ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito, 9ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho e BICALHO, Guilherme Pereira Dolabella. Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 48 n. 189 jan/mar. 2011, p. 113, disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242864/000910796.pdf>. Acesso em 16 out 2021.

FRANÇA, R. Limongi. Hermenêutica Jurídica, 2ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

ABBOUD, Georges, CARNIO, Henrique Garbellini, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Introdução ao direito [livro eletrônico]: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito. 5. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto, 6ª edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da

Constituição, tradução: Gilmar Ferreira Mendes, Reimpressão, 2002, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

IAMUNDO, Eduardo. *Hermenêutica e Hermenêutica Jurídica*, São Paulo: Saraiva, 2017.

KIRCHNER, Felipe. *Interpretação Contratual: Hermenêutica e Concreção*, Curitiba: Ed. Juruá, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*, 21ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2018.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/ aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 5, n. 1, p. 147-168, jan. 2009. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24377/23157>>. Acesso em 16 out 2021.

NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios Estruturantes de Estado de Direito*. – (Manuais Universitários), Coimbra: Editora Almedina, Janeiro 2019.

PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra editora, 4ª ed, 2ª reimpressão, setembro de 2012.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*; tradução de Adrian Sotero De Witt Batista e Douglas Dias Ferreira, Campinas: Ed. Servanda, 2001.

TARTUCE, Flávio, *O Novo CPC e o Direito Civil*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2016.

8. Legislação

_____ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

_____ LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002: Código Civil
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm.

_____ LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015: Código de Processo Civil
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm.

_____ LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990: Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm.

_____ DECRETO-LEI N° 4.657, DE 4 DE SETEMBRO DE 1942: Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (Redação dada pela Lei n° 12.376, de 2010) www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm.

_____ CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA PORTUGUESA, Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10 <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view?q=constitui%C3%A7%C3%A3o+>.

_____ DECRETO LEI n.º 47344/66, de 25 de Novembro, Diário do Governo n.º 274/1966, Série I de 1966-11-25. <https://dre.pt/web/guest/legislacao-consolidada/-/lc/34509075/view?q=c%C3%B3digo+civil>.

A APLICAÇÃO DO PENSAMENTO DE MICHEL TROPER NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

TIAGO ALVES SERBETO DE FREITAS:

Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (São Paulo, Capital; Brasil)

JULIANO CARVALHO ATOJI⁹¹

(coautor)

Resumo: O presente trabalho se predispõe a analisar o pensamento de Michel Troper sobre Teoria Geral do Direito, vislumbrando aplicação prática no processo penal brasileiro e demonstrando como tal pensamento pode orientar o jurista no alcance de decisões mais justas, considerando o processo penal como historicamente caracterizado pela marginalização e desigualdade das classes menos favorecidas. Para tanto, o presente artigo faz uma imersão no positivismo jurídico de Hans Kelsen, para, na sequência, relativizá-lo com as ideias dos princípios e regras trazidas por Ronald Dworkin, tentando estabelecer um constante paralelo com a justiça penal.

Palavras-chave: Justiça, Positivismo, Direito Penal, Processo Penal, Filosofia, Teoria Geral do Direito.

Abstract: The present work is predisposed to analyze the influence of the philosophical thoughts elaborated by Michel Troper in the General Theory of Law, specifically for the achievement of fairer decisions in the Brazilian criminal procedure, historically characterized by the marginalization and inequality of the less favored classes. Therefore, this article immerses itself in Hans Kelsen's legal positivism and then relativizes it with the ideas of principles and rules brought by Ronald Dworkin, trying to establish a constant parallel with criminal justice.

Key words: Justice, Positivism, Criminal Law, Criminal Procedure, Philosophy, General Theory of Law.

91 Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (São Paulo, Capital; Brasil); Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo, integrante do Grupo Especial de Combate ao Crime Organizado – GAECO, Núcleo da Capital; Professor do curso Estratégia Carreiras Jurídicas e do Curso de Pós-Graduação em Direito (Unileya). julianoatoji@mpsp.mp.br

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo compreender as contribuições filosóficas de Michel Troper para a quebra de paradigma do positivismo jurídico elaborado por Hans Kelsen, com o fito de se alcançar decisões judiciais mais justas dentro do processo penal brasileiro, pautadas por valores morais inseridos dentro do grupo social.

É sabido que Hans Kelsen delineou uma ciência do Direito completamente autônoma, desprovida de qualquer outra influência que lhe fosse externa, alheando o fenômeno jurídico de contaminações exteriores à sua ontologia e lhe conferindo um caráter científico, com uma descrição, expurgando de seu interior valores morais, de justiça, de sociologia e de origens históricas.

Não obstante, essa concepção tida como absoluta por décadas, passou ser questionada por autores como Michel Troper e Ronald Dworkin. O fenômeno jurídico dotado de certeza, rigorismo, especificidade e com sacrifício de valores passa a ser questionado por Troper, visto que não engloba institutos como a equidade, os princípios jurídicos e a analogia, além de outras importantes fontes do Direito que Troper entende como essenciais, como a jurisprudência e os costumes.

Para tanto, Troper faz questão de ressaltar a importância do pensamento de Ronald Dworkin, tomando-o como contraponto conceitual à sedimentada conjuntura política e filosófica do positivismo jurídico.

Com base nisso, o autor defende que, mesmo em casos difíceis, o juiz pode sempre encontrar a solução no direito em vigor, bastando que descubra um princípio aplicável. Isso não significa conceder uma “carta em branco” aos juízes para julgar, tampouco que esse magistrado fique alheio à ordem positiva e da necessidade de garantir direitos e garantias fundamentais.

Muito pelo contrário, essa resposta correta estará calcada em um princípio que não aparece como algo metafisicamente apresentado, mas algo que se constrói por meio de argumentos, de maneira articulada e consistente com as práticas jurídicas e sociais da comunidade, acentuando a presença destas no seio da atividade de valores práticos afirmadores da justiça, o que caracteriza o processo da dialética construção social da busca pelo justo, sobretudo no que tange à justiça penal.

I - A Teoria Pura do Direito de Kelsen

Para exata compreensão das ideias de Troper, imperiosa a realização de um esforço histórico sobre a ciência do Direito, mais especificamente no que tange ao positivismo jurídico e o pensamento kelseniano, para que se possa compreender com exatidão a noção de justiça e de interpretação da norma de Michel Troper.

Coube a Kelsen delinear uma ciência do Direito desprovida de qualquer outra influência que lhe fosse externa, abstraindo do fenômeno jurídico “contaminações” exteriores à sua ontologia e lhe conferindo cientificidade. Desse modo, parte Kelsen de uma descrição pura do Direito, excluindo de seu interior um conceito de justiça, e ilações acerca das origens históricas e repercussões sociais do direito, investigações próprias da sociologia e outros ramos das ciências humanas.

Com efeito, condição e consequência se ligam pela imputação de uma sanção a um comportamento, na esfera do Direito. Frise-se, no Direito impera a lógica da imputação, diferentemente das relações orientadas pela causalidade (causa e efeito) próprias das relações estudadas pelas ciências naturais, nas quais um evento provoca necessariamente o efeito correlato. O jurista, portanto, parte de uma norma jurídica dada para chegar à própria norma dada, desconsiderando os valores que antecederam à norma jurídica.⁹²

Por conseguinte, o valor central de maior importância da Teoria Pura do Direito é a validade das normas, o que não significa serem elas certas ou erradas, mas apenas que estão de acordo com os procedimentos formais de criação previstos também no ordenamento jurídico.

Do conceito de validade é que se pode partir para o fundamento de todo ordenamento jurídico: a norma fundamental hipotética, o vértice de todo o sistema jurídico hierarquizado em uma estrutura escalonada de normas. Assim, a validade de norma inferior, seu fundamento lógico, portanto, extrai-se da norma imediatamente superior, até a Constituição, a qual confere o fundamento lógico a todo o ordenamento. Esta, de seu turno, alicerça-se na antedita norma fundamental hipotética, que não lhe é posta, mas se nos apresenta *a priori* e por isso “hipotética”. Esse arremate, aclare-se, trata-se de uma conclusão axiomática tomada de empréstimo do pensamento Kantiano, que protege a Teoria Pura do Direito de qualquer acusação de tautologia ou de ser inacabada e afasta a interpretação do Direito do reingresso em considerações metafísicas. Vê-se aqui uma inflexão que prestigia a força irradiadora de validade da Constituição, antevendo-a como

92 BITTAR, Eduardo C.B. ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 8ª Edição. São Paulo, 2010: Editora Atlas. P. 390

o zênite da estrutura hierarquizada do ordenamento, mas sem descurar de jungir a interpretação constitucional à sua própria lógica. Nas palavras de Kelsen:

Na medida em que só através da pressuposição da norma fundamental se torna possível interpretar o sentido subjetivo do fato constituinte e dos fatos postos de acordo com a Constituição como seu sentido objetivo, quer dizer, como normas objetivamente válidas, pode a norma fundamental, na sua descrição pela ciência jurídica – e se é lícito aplicar *per analogiam* um conceito da teoria do conhecimento de Kant –, ser designada como a condição lógico-transcendental desta interpretação. Assim como Kant pergunta: como é possível uma interpretação, alheia a toda metafísica, dos fatos dados aos nossos sentidos nas leis naturais formuladas pela ciência da natureza, a Teoria Pura do Direito pergunta: como é possível uma interpretação, não reconduzível a autoridades metajurídicas, como Deus ou a natureza, do sentido subjetivo de certos fatos como um sistema de normas jurídicas objetivamente válidas descritíveis em proposições jurídicas? A resposta epistemológica (teorético-gnoseológica) da Teoria Pura do Direito é: sob a condição de pressupormos a norma fundamental: devemos conduzir-nos como a Constituição prescreve, quer dizer, de harmonia com o sentido subjetivo do ato de vontade constituinte, de harmonia com as prescrições do autor da Constituição.⁹³

Troper critica essa expressão de hierarquia das normas, tendo em vista que conduz a uma representação calcada no modelo de organização militar, na qual não se desconsidera que os soldados podem mudar de hierarquia. Ainda, não existiriam normas fora da hierarquia, ou seja, do sistema jurídico.

Mais que isso, de acordo com Troper, a norma só existe se um enunciado tiver não apenas a significação subjetiva do ponto de vista do seu autor, mas também a significação objetiva de uma norma superior. Diante disso, a lei é uma norma porque está de acordo com a norma hipotética fundamental: a Constituição.⁹⁴

93 Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009. p. 225.

94 TROPER, Michel. A Filosofia do Direito. Tradução: Ana Deiró. São Paulo, 2008: Editora Martins Fontes. P. 96-97.

Troper alerta que a concepção de Kelsen não permite os processos de raciocínio dos Tribunais, os quais não podem, ao contrário do legislador, exprimir sua vontade, mas tão-somente revogar a norma, por ela ser contrária ao conteúdo de norma superior.⁹⁵

Do mesmo modo, Troper alega que Kelsen apresenta a hierarquia como o fundamento real das decisões de revogação (preexistência), quando, na realidade, são as decisões que criam hierarquia. Nesse sentido, consoante as preleções de Troper, o pensamento de Kelsen não apresentaria nenhuma utilidade prática para a Dogmática.

Como consequência, o pensamento kelseniano conduz ao denominado “sistema dinâmico” das normas. Em outras palavras, independentemente do conteúdo da norma, esta deve ser obedecida porque emana da autoridade competente, seja por habilitação ou autorização. Segundo Kelsen, o direito seria um sistema principalmente dinâmico, ou seja, as normas são válidas porque foram criadas dessa maneira. Somente deixarão de ser válidas quando revogadas por um Tribunal, inclusive retroativamente, como se nunca tivessem existido, em virtude de o conteúdo ser contrário a norma superior. Em acréscimo, em um dado momento de sua trajetória acadêmica, Kelsen passou a defender que a revogação independe do conteúdo, em notória separação entre Direito e Justiça.

Destarte, Troper aponta algumas dificuldades para o sistema dinâmico. Segundo o autor, normas são expressões da vontade humana. Nessa senda, elas serão revogadas não só tendo em vista questão de autoridade competente, mas também quando seu conteúdo for contrário à norma superior.

No esquema de ideias do sistema dinâmico, Kelsen não exclui a possibilidade de o juiz agir aplicando e interpretando, ou seja, produzindo normas individuais. Há, segundo Kelsen, duas formas de interpretação jurídica. A primeira, a autêntica, determina o sentido de forma concreta e final, buscando identificar o conteúdo da descrição. A vontade do legislador é expressa por meio do enunciado e a significação dele é dada pela autoridade de aplicação, isto é, aquela realizada pelo próprio autor do ato ou conferida a uma autoridade habilitada a interpretar (Corte Suprema), cabendo a esta encerrar o debate. Ele defende que a interpretação Doutrinária visa a descrever todos os sentidos possíveis de um enunciado, para que o intérprete autêntico escolha o melhor deles.

Troper, por outro lado, refuta a ideia de interpretação autêntica conferida por Kelsen, dizendo que para conhecer se um texto é claro ou obscuro, é necessária a

⁹⁵ TROPER, Michel. *A Filosofia do Direito*. Tradução: Ana Deiró. São Paulo, 2008: Editora Martins Fontes. P. 102-103.

interpretação dele para determinar a significação, como também para verificar se o texto possui lacunas ou antinomias. Segundo Troper, o intérprete autêntico poderia utilizar sua vontade para impor, de maneira arbitrária, uma interpretação nunca imaginada. Sendo assim, a diferença entre a interpretação autêntica e a doutrinária consiste no fato de que, quanto à primeira, a ordem jurídica atribui efeitos.⁹⁶

De outro giro, Hans Kelsen defende que o juiz pode exercer sua atividade judicante fora dos limites da "moldura" dada pela lei, uma vez que discutir sobre justiça não é discutir sobre Direito, que é uma ciência autônoma, e sim discutir sobre normas morais, que é objeto do estudo da Ética como ciência. O justo ou injusto pouco importaria ao direito positivo como ciência pura ou autônoma.⁹⁷

Kelsen faz questão de ressaltar que obviamente se prefere o Direito moral (justo) ao imoral (injusto). Porém, não é isto que retira a validade de determinado sistema jurídico, haja vista que o Direito positivo pode contrariar algum mandamento de justiça e não deixar de ser válido.

Kelsen, inclusive, faz críticas severas às ideias clássicas de justiça concebidas por Platão e Aristóteles. Para Platão, a justiça seria cada um cumprir a sua tarefa, isto é, a "*justiça é cada um possuir o que é seu e realizar o que lhe cabe*".⁹⁸ Portanto, a justiça não é uma virtude como todas as outras. Ela é o horizonte de todas e a lei de sua coexistência. Trata-se de uma virtude completa, pois, ainda que não faça as vezes da felicidade, nenhuma felicidade a dispensa.

No livro "as Leis", mais especificamente no Livro IX da obra, Platão volta a reiterar seu ideal de justiça por meio da previsão de leis punitivas. No diálogo entre Ateniese e Clínicas, o autor indica sobre a necessidade de leis para gerir as relações, sobretudo na busca por uma justiça como virtude, ligado à ideia de conhecimento, como ele tanto ressaltou na "*República*". *Vide*:

A mera suposição de que qualquer cidadão crescerá para compartilhar das piores formas de criminalidade praticadas em

96 TROPER, Michel. A Filosofia do Direito. Tradução: Ana Deiró. São Paulo, 2008: Editora Martins Fontes. P. 127-128.

97 BITTAR, Eduardo C.B. ALMEIDA, Guilherme Assis de. Curso de Filosofia do Direito. 8ª Edição. São Paulo, 2010: Editora Atlas. P. 396-397.

98 PLATÃO. A República (ou sobre a justiça, diálogo político). Livro IV. Tradução: Anna Lia do Amaral de Almeida Prado. Revisão técnica e introdução: Roberto Bolzani Filho. 2ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 434a

outros Estados, a ponto do legislador ter que preveni mediante ameaças de sua aparição para puni-los, devendo produzir leis para combater tais atos, é num certo sentido vergonhoso. Mas não estamos legislando para filhos de deuses e sim para seres humanos.⁹⁹

Kelsen, por sua vez, refuta o aspecto metafísico e transcendente da teoria platônica. A crítica de Kelsen recai no fato de a teoria platônica estar exercendo uma vontade de *eticizar* o mundo natural, julgando-o entre o bem e o mal. Nesse sentido, o direito positivo deve ser obedecido, pois seu fundamento está na natureza e na transcendência da própria justiça, sendo o Estado mero instrumento para realização desta.¹⁰⁰

Aqui, vale sublinhar, conforme nos adverte Kelsen, que a visão de justiça platônica muda ao longo da obra do filósofo ateniense, devendo-se ter em vista de que "*a concepção de que a essência da justiça é a retribuição, Platão a defende não apenas na forma dos mitos presente no Górgias e na República, mas também, de um momento mais racional, nas Leis.*"¹⁰¹

Já para Aristóteles, a justiça se faria por dois sentidos: em conformidade com o direito e como igualdade ou proporção, sem carência, tampouco excesso. Seria, portanto, um duplo respeito à legalidade. ¹⁰² Em uma síntese exuberante, Aristóteles conceitua a justiça:

A justiça, em meio às demais virtudes, que se opõem a dois extremos (um por carência: temeroso; outro por excesso: destemido), se caracteriza por uma peculiaridade: trata-se de uma virtude à qual não se opõem dois vícios diferentes, mas um único vício, que é a injustiça (um por carência: injusto por carência; outro por excesso: injusto por

99 PLATÃO. As Leis (incluindo Epinomis). Livro IX. Tradução, notas e introdução: Edson Bini. Prefácio: Dalmo de Abreu Dallari. 2ª edição. Bauru: Edipro. 853c.

100 BITTAR, Eduardo C.B. Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da Filosofia do Direito. 1ª edição. São Paulo, 2000: Editora Juarez de Oliveira. P. 199-200.

101 KELSEN, Hans. A Ilusão da Justiça. 3ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000. p. 323.

102 ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2020. P. 71-72.

excesso). Desta forma, o que é injusto ocupa dois polos diversos, ou seja, é ora injustiça por excesso, ora injustiça por defeito.¹⁰³

Quanto à teoria aristotélica da justiça, Kelsen acredita que o autor grego era um racionalista e partia de uma premissa equivocada. Isto porque Aristóteles interpreta o sistema de ideias sobre justiça como sendo um sistema matemático-geométrico, no qual a justiça é dividida entre distributiva e comutativa, fadada ao fracasso.¹⁰⁴

O que se pode extrair do pensamento kelseniano sobre justiça consiste no relativismo, reflexo de sua postura jurídico-metodológica. O autor compreende o fenômeno jurídico como mecânica dotada de certeza, rigorismo e especificidade, com sacrifício de valores. Qualquer avanço no sentido da equidade, dos princípios jurídicos e da analogia só são admitidos desde que autorizados por normas jurídicas.

Diante disso, Troper ocupa boa parte de sua obra tecendo severas críticas ao positivismo jurídico e às ideias de Kelsen, citando, inclusive, Ronald Dworkin como contraponto conceitual à sedimentada conjuntura política e filosófica do positivismo jurídico.

II - Breve Síntese do Pensamento de Troper

Michel Troper inicia a análise da estrutura do Direito já tecendo uma crítica à definição proposta como conjunto de normas jurídicas. Isto porque, segundo o autor, nesse caso, é impossível definir o conjunto pelos seus elementos, porque estes só extraem suas características do fato de pertencerem ao conjunto.¹⁰⁵

Nesse sentido, a análise do gênero "normas" se dividiria em duas espécies: as propriamente ditas, de caráter estritamente diretivo; e as normas diretivas que não são ordenamentos, apenas permissões ou habilitações.

As normas propriamente ditas, de caráter genuinamente diretivo, seriam atos de linguagem por meio dos quais se procura influenciar a conduta de outrem. Nelas, as

103 ARISTÓTELES *apud in* BITTAR, Eduardo C.B. Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da Filosofia do Direito. 1ª edição. São Paulo, 2000: Editora Juarez de Oliveira. P. 38.

104 BITTAR, Eduardo C.B. Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da Filosofia do Direito. 1ª edição. São Paulo, 2000: Editora Juarez de Oliveira. P. 200.

105 TROPER, Michel. A filosofia do Direito. Tradução: Ana Deiró. São Paulo, 2008: Editora Martins Fontes. P. 83.

prescrições não se confundem com os enunciados, pois aquelas correspondem apenas a uma função da linguagem e constituem a significação dos enunciados.

As normas diretivas mais duras trariam ordens de fazer ou não fazer, chamadas prescrições. Entre estas, figuram as diretivas, permissões ou habilitações, que não são ordenamentos. Alguns autores defenderam que a permissão seria a ab-rogação, no mínimo, de uma proibição anterior ou a promessa de não punir certo comportamento. Um exemplo ilustrativo trazido pelo autor é sobre uma norma que dissesse que é permitido fumar, significaria que não é obrigatório fumar, tampouco obrigatório não fumar.

Outrossim, em sua obra, Troper traz a classificação das normas segundo Von Wright, o qual classifica as normas segundo os seus elementos, como o caráter, conteúdo, condições de aplicação, pela autoridade que enuncia a norma, pelos sujeitos destinatários da norma, pela ocasião, promulgação e sanção.¹⁰⁶

Troper, com efeito, critica essa classificação, alegando que essas características não são satisfatórias, uma vez que as normas não-jurídicas também podem ser hipotéticas. Assim, as normas morais comportariam uma sanção interna, como uma reprovação moral a determinada conduta.

Da mesma forma, ele critica a classificação de Von Wright no que tange ao conteúdo, o qual advoga que as normas teriam como escopo uma ação obrigatória, permitida ou proibida. Isto porque, segundo Troper, não existe ação humana que não possa ser regrada pelo Direito. Há de se ressaltar que o Direito rege comportamentos exteriores, ao passo que a moral cuida de comportamento internos.

Ainda, a autoridade também não seria um elemento suficiente para distinguir as normas, posto que essa norma emana do soberano, sendo que outra norma anterior deve existir para dizer quem pode ordenar, ou seja, quem é a pessoa do soberano com competência para tanto.

Tampouco a sanção específica possuiria o caráter necessário para distinção. Tome como exemplo a norma penal. Ainda que institucionalizada pelo princípio da legalidade, sendo anterior ao fato criminoso e determinando um órgão especializado para apuração, mais especificamente um juiz natural competente, não possuiria elementos suficientes para diferenciação.

¹⁰⁶ TROPER, Michel. A filosofia do Direito. Tradução: Ana Deiró. São Paulo, 2008: Editora Martins Fontes. P. 85.

Como parâmetro, Troper recorda da ordem do roubador, o qual, mediante grave ameaça, ordena à vítima que entregue a bolsa, comportando uma sanção externa: ou entrega o bem, ou terá sua vida ceifada. Poderia se objetar não se tratar de uma ação institucionalizada ou protegida pelo Estado. No entanto, a institucionalização da norma significa que a sanção será infligida por outra autoridade, que não aquela que editou a norma.

Além disso, existem normas sem qualquer sanção, como aquela que permite o casamento, atribuindo a qualquer pessoa o direito de se casar. Mercê de destaque é que as normas que conferem poder comportam o equivalente a uma sanção, que é a nulidade. Assim, se uma lei for aprovada por uma pessoa estranha ao Parlamento, não será válida.¹⁰⁷

Segundo o autor, a partir do momento em que se fala de sanção institucionalizada, tem-se a existência de três normas. Retornemos ao exemplo do roubo. Primeiramente, se alguém comete um roubo, deve ser punido com prisão; anterior a isto, deve existir uma norma que confere ao juízo competente infligir essa sanção; e, por fim, é proferida uma sentença, ou seja, uma norma individual ao caso concreto para que seja possível a aplicação dos limites da sanção.¹⁰⁸

Todas essas normas formam um sistema, um conjunto coordenado, no qual estão sempre ligadas umas às outras, formando um sistema normativo. Isso Bobbio define como Direito, com uma inversão de perspectiva, de maneira que as normas pertencem ao sistema jurídico. Basta, portanto, que essa norma pertença ao sistema normativo.¹⁰⁹

Para Kelsen, o Direito seria a ordem normativa globalmente garantida pelo constrangimento ou pela coerção. Não obstante, como bem alerta Troper, o Direito não é composto apenas por normas, englobando os princípios como fundamento das regras.

107 Dentro do processo penal brasileiro, a gravidade do ato viciado pode acarretar enorme prejuízo para a justiça da decisão, de modo que pode atingir o próprio interesse público de correta aplicação do direito. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*. 11ª Edição. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009. P. 19.

108 O marco civilizatório é um processo em permanente construção. A restrição da liberdade exige processo justo e regular. Este, aliás, é o único caminho para satisfação do poder-dever punitivo. Não há pena sem processo. Mas, da mesma forma, não há processo sem acusação formal suficientemente detalhada, embasadas em elementos mínimos que lhe confirmam sustentabilidade. ZILLI, Marcos. *Eficiência e Garantismo no Processo Penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: Editora LiberArs, 2017. P. 232.

109 TROPER, Michel. *A Filosofia do Direito*. Tradução: Ana Deiró. São Paulo, 2008: Editora Martins Fontes. P. 90.

Dando continuidade às ideias, Troper realiza uma incursão sobre o processo de criação do Direito, das suas fontes e formas de interpretação. O autor traz à tona o pensamento da Doutrina *imperativista*, segundo a qual as normas jurídicas são ordenamentos produzidos por vontades humanas, que ordenam que nos conformemos ao costume. Essa vontade não é psicológica, mas sim construída, fruto de presunções. Ainda, segundo a Doutrina *realista*, a vontade do legislador produz enunciados, enquanto a norma exprime a vontade do intérprete.¹¹⁰

Prossegue o autor tratando sobre as fontes formais do Direito, a aduzir que a lei corresponderia à atividade legislativa somada aos produtos dessa atividade, que seriam, por sua vez, os enunciados da norma. Para a corrente positivista, só caberia a descrição das fontes formais, visto que as fontes materiais não possuem caráter obrigatório.

Contudo, o autor faz questão de tratar da importância das fontes materiais do Direito. Do ponto de vista descritivo, as regras enunciadas correspondem a normas já contidas na consciência coletiva e revelada nos usos e costumes. Já do ponto de vista prescritivo, recomenda-se ao legislador que traduza essas regras ao direito positivo ou, ao juiz, que nela busque soluções não contraditórias no direito positivo (fontes formais).¹¹¹

Troper faz questão de destacar duas atividades de caráter controverso nos pensamentos dos filósofos do Direito, às quais o autor traz uma brilhante explanação: o costume e a jurisprudência.

Consoante ensinamentos do autor, o costume seria a prática repetida no seio de um grupo social, provida do sentimento do seu caráter obrigatório. No plano ideológico, os partidários do costume defendem que a lei seria ato unilateral do legislador, ao passo que o costume seria uma prática espontânea, fruto da experiência e que corresponderia melhor às necessidades do grupo social como expressão da consciência coletiva.

O autor alerta que os adversários da tese do costume como fonte do direito reconhecem que se trata de prática essencialmente conservadora, pois, diferentemente da lei, o costume seria lento para nascer e ainda mais lento para se modificar, sendo difícil de

110 TROPER, Michel. A Filosofia do Direito. Tradução: Ana Deiró. São Paulo, 2008: Editora Martins Fontes. P. 118-119.

111 TROPER, Michel. A Filosofia do Direito. Tradução: Ana Deiró. São Paulo, 2008: Editora Martins Fontes. P. 109-111.

conhecer plenamente e cujo conteúdo é, no mais das vezes, reflexo de preconceitos, os quais perpetuam as injustiças na sociedade.

Troper se contrapõe à referida ideia, argumentando que a prática repetida de caráter obrigatório é um fato. Este não pode criar direito, mas as regras estabelecidas pelo costume sim. A explicação mais difundida é que o costume se pauta em uma norma superior, de modo que certos códigos permitem a aplicação dele em caso de lacuna da lei.¹¹²

A jurisprudência, segundo definição do autor, seria o conjunto das regras resultantes da atividade dos tribunais. O autor destaca que, para o pensamento iluminista, a única fonte do direito é a lei, posto que qualquer que seja a origem e o conteúdo, ela é conhecida com antecedência e todos sabem seus direitos e deveres. Nessa toada do Iluminismo, caberia aos tribunais apenas julgamentos deduzidos por meio do silogismo. Havendo obscuridade, é preciso introduzir alguma flexibilidade para evitar injustiças.

Kelsen critica a visão tradicional, sob o fundamento de que o julgamento não se limita jamais a essa aplicação mecânica da lei. Dentro do objeto do presente trabalho, impende destacar a atividade da justiça criminal. Para Kelsen, caberia ao juiz penal verificar se o crime foi cometido e, sendo reconhecido, escolheria entre o mínimo e máximo da pena.

Novamente, Troper apresenta crítica ao pensamento de Kelsen. Para aquele, nos sistemas que não autorizam os tribunais criar regras gerais de forma expressa, os juízes não podem se limitar ao estudo da lei e devem buscar respostas na jurisprudência. Se o juiz não descobre uma lei aplicável, poderá aplicar um princípio não escrito ou descobrir várias leis aplicáveis. Para a Doutrina *realista*, essa interpretação significaria a criação de uma norma.¹¹³

Ressalte-se que nos países de *Common Law*, existe uma regra que obrigam os juízes a aplicarem os precedentes e criarem direito. A despeito disso, nos países de Direito escrito, o reconhecimento é impossível, uma vez que, a partir do momento que a Corte suprema enuncia uma regra, os tribunais inferiores não podem se eximir de aplicá-las. De suma relevância também é a contribuição de Michel Troper para a interpretação da norma,

112 TROPER, Michel. A Filosofia do Direito. Tradução: Ana Deiró. São Paulo, 2008: Editora Martins Fontes. P. 111-114.

113 TROPER, Michel. A Filosofia do Direito. Tradução: Ana Deiró. São Paulo, 2008: Editora Martins Fontes. P. 114-119.

que, segundo ele, é a operação de atribuir significação a uma coisa. Em outras palavras, a interpretação tem por objeto o enunciado e determinar aquilo que a norma exprime.

Como ilustração, novamente, retomemos o exemplo do crime de roubo. Caberá ao juiz, na interpretação dos fatos trazidos a ele, determinar se o crime aconteceu conforme quis demonstrar a acusação, se aquela é a qualificação jurídica correta, para, então, pronunciar a pena prevista para aquele crime.

Troper diferencia a visão da *concepção tradicional* e dos *realistas*. Para a primeira, a interpretação é função do conhecimento, não sendo necessário quando o texto é claro (*in claris cessat interpretatio*)¹¹⁴, de maneira que não se diferencia da interpretação de textos literários ou religiosos, uma vez que, para determinado enunciado, só existirá uma interpretação correta.¹¹⁵

Já para concepção *realista* a interpretação seria uma função da vontade, de modo que todo enunciado seria dotado de diversas significações. Assim, para essa teoria, o verdadeiro legislador não seria o parlamento, mas sim o intérprete da lei, pois cabe a ele determinar a norma, posto que ele fixa os limites de significação de um texto. Nos dizeres do autor:

A partir do momento em que a jurisdição suprema entende exercer um poder real e comandar, por meio de regras, categorias de comportamentos, está, por conseguinte, obrigada à coerência e constância. Não existe nisso nenhuma obrigação jurídica, mas unicamente o produto da situação em que ela se encontra e que a constrange a fazer a escolha racional da coerência. Ela é juridicamente livre, mas socialmente determinada.¹¹⁶

Por derradeiro, em sua obra, Troper faz menção ao pensamento de Ronald Dworkin, como autor que rediscutiu o positivismo jurídico, fazendo um contraponto à conjuntura política e filosófica mais do que sedimentada, sobretudo no que tange aos *hard cases*, os quais não encontrariam soluções nos arcaouços legais.

114 Brocardo jurídico latino que no vernáculo quer dizer: "*em situações de clareza, cessa a interpretação*" (Tradução nossa).

115 TROPER, Michel. A Filosofia do Direito. Tradução: Ana Deiró. São Paulo, 2008: Editora Martins Fontes. P. 137.

116 TROPER, Michel. A Filosofia do Direito. Tradução: Ana Deiró. São Paulo, 2008: Editora Martins Fontes. P. 140.

III - A Rediscussão do Positivismo Proposta por Dworkin

Ronald Dworkin propõe uma rediscussão do positivismo, pois ao juiz incumbiria aplicar as normas aos litígios submetidos à apreciação dele. O autor defende que, mesmo em casos difíceis, o juiz pode sempre encontrar a solução no direito em vigor, bastando que “descubra” um princípio aplicável.

Mercê de atenção é que o juiz não “descobre” o princípio como forma de julgar conforme suas predileções. O princípio constitui fundamento de uma ou várias regras ou uma regra pode ser deduzida de vários princípios. Portanto, princípios são normas caracterizadas pelo elevado grau de generalidade ou pelo caráter programático, podendo ser escritos ou não, explícitos ou implícitos.

Diferentemente das regras ou normas, o princípio não é enunciado, é descoberto pelo juiz, de modo que a obediência ao princípio é suscetível de escalonamento em graus de intensidade. Além disso, o princípio não é universal e possui natureza moral, diferenciando-se aqui da corrente positivista, que nega com veemência a interferência da moral no Direito. Vale ressaltar que a tese positivista de separação do direito e da moral não significa que o conteúdo das normas não corresponda, em algumas situações, à moral enunciada por homens, que pretendem submeter a conduta de outros às suas veleidades.

Sendo assim, nessa ordem de ideias, o princípio seria o fundamento das regras e, para todo litígio, existiria uma solução correta, não dispondo o juiz de nenhum poder discricionário. Cumpre salientar, contudo, que as normas podem ter conteúdo diverso.

Logo, ainda que os princípios não imponham uma conduta precisa, isso não significa que não sejam normas. Aliás, os princípios podem, inclusive, suspender a aplicação de uma regra válida ou lhe acrescentar exceções. Nos dizeres do próprio autor:

A ideia de interpretação não pode servir como uma causa geral de natureza ou do verdadeiro valor das suas proposições jurídicas, a não ser que ela seja separada dessas associações com significado ou intenção do interlocutor. De outra maneira, ela se torna simplesmente uma versão da tese positivista de que as proposições jurídicas descrevem decisões tomadas por pessoas ou instituições do passado. Se a interpretação serve para formar a base de uma diferente e mais plausível teoria sobre proposições jurídicas, então devemos desenvolver uma razão mais inclusiva do que é a interpretação. No entanto, isso significa que os juristas não devem

tratar a interpretação como uma atividade *sui generis*. Devemos estudar interpretação como uma atividade geral, como um modo de conhecimento, por meio da observação de outros contextos daquela atividade.¹¹⁷

Não obstante, talvez a maior contribuição teórica de Dworkin consista em se contrapor à mentalidade positivista, na sua defesa intransigente de que o juízo jurídico não se faz sem o juízo moral. Ele se posiciona contra, do ponto de vista ontológico, a vertente positivista por não admitir nenhum tipo de fundamentação de metalinguagem externa para a existência do Direito.¹¹⁸

Mister destacar que o autor não vai de encontro ao sistema jurídico vigente, para afirmar a inexistência de parâmetros judiciais ou conceder uma "*carta em branco*" aos juízes para julgar. Destarte, Dworkin não advoga que esses magistrados fiquem alheios à ordem positiva e ignorem a necessidade de preservar direitos e garantias fundamentais.

Na construção teórica de Dworkin, duas regras presidem a ideia de interpretação: a primeira consiste na "*conveniência*", que é a fase do levantamento dos casos a serem decididos, bem como na constatação empírica dos argumentos cabíveis; a segunda corresponde ao "*valor*" de justiça que se resolve adotar para orientar o processo de seleção dos argumentos a serem acolhidos, de acordo com a "*moral política*", ou seja, conforme a ideia de que "*a justiça não prescinde da igualdade para se realizar*".¹¹⁹

Com efeito, em obséquio ao corte epistemológico que se estabeleceu para o presente trabalho, essencial, nessa quadra, trazer à tona, como exemplo de aplicação direta dos pensamentos acima discutidos, o denominado "*princípio da insignificância*", notadamente no que diz respeito à incidência no crime de furto¹²⁰, espécie normativa que tem recebido grande consideração jurídica nos últimos anos, inserido na problemática envolvendo a discricionariedade judicial.

117 DWORKIN, Ronald *apud in* Correntes contemporâneas do pensamento jurídico. Organizadores: Anderson Vichinkeski Teixeira e Elton Somensi de Oliveira. 1ª Edição. Barueri, SP, 2010: Editora Manole. P. 17.

118 BITTAR, Eduardo C.B. Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da Filosofia do Direito. 1ª edição. São Paulo, 2000: Editora Juarez de Oliveira. P. 478.

119 BITTAR, Eduardo C.B. Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da Filosofia do Direito. 1ª edição. São Paulo, 2000: Editora Juarez de Oliveira. P. 480.

120 Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

Dentro do contexto social de marginalização, os chamados delitos de bagatela vêm crescendo vertiginosamente. Influenciado diretamente por orientações de política criminal, a insignificância, em um primeiro momento, abriu grande espaço para incompreensões, questionada pelo enfraquecimento da normatividade no que tange à matéria penal, sempre pautada pelo princípio da estrita legalidade e da reserva legal, bem como o excesso de discricionariedade dos julgadores em sua configuração.¹²¹

Segundo a proposta trazida pelo pensamento de Dworkin, a interpretação no Direito não pode nunca desconsiderar o conjunto das teorias e técnicas interpretativas, bem como todos os princípios que concorrem frente às características fáticas trazidas ao processo de aplicação.

Por conseguinte, o juiz, ao desenvolver sua fundamentação da decisão, não pode se esquecer de que sempre há uma resposta correta para o caso, ainda que marcado por ampla complexidade e poucas normas expressas regulando a temática.

Então, seguindo esse raciocínio, auxiliado pelas contribuições de Dworkin, essa resposta correta estará calcada em um princípio que não aparece como algo metafisicamente apresentado, mas algo que se constrói por meio de argumentos, isto é, de maneira articulada e consistente com as práticas jurídicas e sociais da comunidade, tomando como base a realidade social brasileira, marcada pela desigualdade social e com número elevado de pessoas abaixo da linha da pobreza.

Sendo a interpretação "*a espinha dorsal*" da atividade jurídica, é de se concluir que o Direito não poderá se arrogar uma condição puramente objetiva, mas sim uma condição subjetiva. Ao contrário de se afastar do Direito a ideia do "*bem*", ou mesmo se afastar da compaixão e outros sentimentos de esfera prática da justiça, Dworkin, em sua obra, acentua a presença destas considerações no seio da atividade de valores práticos afirmadores da justiça, o que caracteriza o processo de dialética construção social da busca pelo justo:

Então, haveremos de conduzir a justiça dentro da bondade, não apenas racionalmente, mas emocionalmente; e, assim, haveremos de

¹²¹ Quatro vetores devem ser analisados para se usar o princípio da insignificância: mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF HC nº 98.152).

conduzir melhor, com mais dignidade e com menos incoerência a responsabilidade pessoal de nossas vidas.¹²²

Portanto, a resposta de Dworkin não reafirma as teses positivistas, tampouco permite uma autorização indeterminada para que o juiz proceda simplesmente conforme seu arbítrio. Sua reflexão se encontra na ideia de que um sistema somente pode ser considerado coerente e completo se avaliados os princípios que a ele pertencem, formando a completude do sistema, ponderando o peso dos valores que estão em debate, especialmente diante de situações limites e *hard cases*.¹²³

Conclusão

Conforme se pode observar no presente artigo, o valor central de maior importância da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen é a validade das normas, pouco importando o seu conteúdo, devendo apenas este estar adstrito aos procedimentos formais de criação previstos também no ordenamento jurídico. Dessa validade, parte-se para a norma hipotética fundamental, o ápice da pirâmide em que todas as demais normas devem se escalonar para que sejam válidas.

Troper, de seu turno, como ventilado, elabora alguns contrapontos conceituais à sedimentada conjuntura política e filosófica do positivismo jurídico. Troper alerta que a concepção de Kelsen não permite os processos de raciocínio dos Tribunais, os quais não poderiam exprimir sua vontade, mas tão-somente revogar uma norma por ela ser contrária ao conteúdo de norma superior. Não somente, para Troper seriam as decisões judiciais responsáveis por criar a hierarquia entre as normas. O autor também trabalha com as fontes do direito, dando ênfase especial ao costume e jurisprudência, resgatando valores morais do grupo social como critério orientador para se buscar a justiça no caso concreto.

Finalmente, em sua obra, Troper faz menção ao pensamento de Ronald Dworkin como autor que rediscutiu o positivismo jurídico. Na construção teórica desse autor, rememorada por Troper, o Direito não será analisado unicamente de forma objetiva, permitindo uma condição subjetiva, trazendo a compaixão e outros sentimentos para a esfera prática da justiça, sobretudo no que tange aos *hard cases*, ou seja, aqueles casos

¹²² DWORKIN, A bondade da justiça. *Apud in* BITTAR, Eduardo C.B. Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da Filosofia do Direito. 1ª edição. São Paulo, 2000: Editora Juarez de Oliveira. P. 480.

¹²³ BITTAR, Eduardo C.B. Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da Filosofia do Direito. 1ª edição. São Paulo, 2000: Editora Juarez de Oliveira. P. 487.

que não encontram solução prática dentro do arcabouço legal, necessitando de uma maior imersão nos princípios e nos valores morais de determinada sociedade.

Em arremate, viu-se, portanto, que o princípio da insignificância, conforme delineado na jurisprudência brasileira, como paradigma de causa excludente supralegal do tipo penal, amolda-se perfeitamente às construções filosóficas de Troper e Dworkin, demonstrando a utilização das teorias dos autores citados numa práxis forense menos descolada dos anseios sociais de justiça, considerando a experiência nacional no que toca à pobreza e à marginalização de grupos mais vulneráveis, evitando, outrossim, por meio de precedentes judiciais, que o direito penal se preocupe com situações de bagatela, bem como que se perpetue a criminalização da pobreza e a seletividade penal.

Referências Bibliográficas

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução, textos adicionais e notas: Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2020.

BITTAR, Eduardo C.B; ALMEIDA, Guilherme de Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 8ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

BITTAR, Eduardo C.B. **Teorias sobre a justiça: apontamentos para a história da Filosofia do Direito**. 1ª edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2000.

DWORKIN, Ronald *apud in* **Correntes contemporâneas do pensamento jurídico**. Organizadores: Anderson Vichinkeski Teixeira e Elton Somensi de Oliveira. 1ª Edição. Barueri, SP: Editora Manole, 2010.

_____. **Levando os Direitos a Sério**. 3ª edição. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 11ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

KELSEN, Hans. **A Ilusão da Justiça**. 3ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria Pura do Direito**. 8ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009

PLATÃO. **A República (ou sobre a justiça, diálogo político)**. Livro IV. Tradução: Anna Lia do Amaral de Almeida Prado. Revisão técnica e introdução: Roberto Bolzani Filho. 2ª edição. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2006.

_____. **As Leis (incluindo Epinomis)**. Livro IX. Tradução, notas e introdução: Edson Bini. Prefácio: Dalmo de Abreu Dallari. 2ª edição. Bauru: Edipro, 2020.

TROPER, Michel. **A filosofia do Direito**. Tradução: Ana Deiró. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

ZILLI, Marcos. **Eficiência e Garantismo no Processo Penal: estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes**. São Paulo: Editora LiberArs, 2017.

A PUBLICIDADE ENGANOSA E SIMULADA SOB A ÓTICA DO DIREITO DO CONSUMIDOR

PAULA AGUIAR LIMA: acadêmica do curso de direito da UNITINS - Universidade Estadual do Tocantins.

JANAY GARCIA¹²⁴

(orientadora)

RESUMO: Como todos sabemos, principalmente em países onde o capitalismo é o sistema econômico, a publicidade passou a fazer parte da vida de todos os cidadãos todos os dias, independentemente da classe social ou mesmo do nível cultural, até porque consumir é um verbo utilizado por todos. Como todas essas propagandas explodem e mudam a vida de toda a sociedade, essa situação vai chamar a atenção dos legisladores e perceber que eles devem intervir na divulgação das propagandas, seja por meio de medidas regulatórias, por meio de restrições à publicidade, seja por meio de instituições criadas para proteger os consumidores que sempre foram a parte mais fraca e vulnerável das relações de consumo. Esta pesquisa explorará o papel da publicidade no mercado consumidor contemporâneo, como o sistema jurídico brasileiro desempenha um papel na restrição e na contenção do abuso da publicidade e como e de que forma esses atacantes de publicidade são considerados ilegais.

Palavras-chave: A responsabilidade civil dos infratores. Direito do consumidor. Publicidade.

ABSTRACT: As we all know, especially in countries where capitalism is the economic system, advertising has become part of every citizen's life every day, regardless of social class or even cultural level, because consuming is a verb used by everyone. As all these advertisements explode and change the life of society as a whole, this situation will draw the attention of lawmakers and realize that they must intervene in the dissemination of advertisements, whether through regulatory measures, by restricting advertising, or through institutions of creation and institutions to protect consumers who have always been the weakest and most vulnerable part of consumer relations. This research will explore the role of advertising in the contemporary consumer market, how the Brazilian legal system plays a role in restricting and curbing advertising abuse, and how and in what ways these advertising attackers are considered illegal.

¹²⁴ Mestre em Políticas Públicas, especialista em Direito Previdenciário e Ciências Políticas, Orientadora e Professora do Curso de Direito da UNITINS-Universidade Estadual do Tocantins.

Keywords: Civil liability of offenders. Consumer law. Advertising.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. A relação entre consumidores, fornecedores e publicidade. 2.2 Diferencial entre propaganda e publicidade 2.3 Princípios legais aplicáveis à publicidade e responsabilidades do fornecedor 2.3.1 Responsabilidade legal do fornecedor por publicidade enganosa e abusiva 2.3.2 Publicidade enganosa 2.3.3 Publicidade abusiva 3. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

Este artigo primeiro reconhece o papel da publicidade no mundo contemporâneo. Devido ao papel que os fornecedores têm desempenhado na publicidade ao longo dos anos, no sentido da própria evolução histórica, a publicidade é considerada a principal responsável pelo consumo de massa pode ser atribuído a isso. Após a Revolução Industrial no século 19, a publicidade tornou-se uma estratégia de vendas para o marketing de fornecedores. Por meio da publicidade como sua maior ferramenta de vendas, ela pode atingir o maior número possível de consumidores e torná-los seus compradores. Dessa forma, a propaganda deixa de ser uma simples propaganda de produto ou serviço, mas tem o poder de influenciar o comportamento social, a partir de sua divulgação, seja ela boa ou ruim.

A mídia se tornou uma aliada da indústria da publicidade. Em certo sentido, os fornecedores estão dispostos a pagar milhões de dólares por alguns segundos na TV ou em outros tipos de mídia, porque a publicidade é considerada a forma mais barata e eficaz de comunicação. Ela existe no mundo dos negócios. Começamos a questionar até que ponto a publicidade pode dominar o comportamento, encorajar compras ilegais e usar todos os públicos para se tornarem compradores.

Partindo dessa premissa, este trabalho tem como objetivo apresentar a publicidade nas relações de consumo contemporâneas, sendo que o CDC estabelece conexões entre consumidores, fornecedores e anúncios por meio dessa relação. Da mesma forma, é importante enfatizar a necessária distinção entre propaganda real e propaganda enganosa, bem como o tipo de propaganda, e a importância do reconhecimento pelo CDC dos consumidores no mercado consumidor que são vulneráveis à influência do fornecedor.

É importante ressaltar que a posterior regulamentação legal clara da publicidade no CDC trouxe consigo os princípios legais da publicidade, portanto, o fornecedor é obrigado a cumprir as regras do diploma legal para evitar a responsabilidade legal. Da mesma forma, a publicidade é caracterizada como abusiva ou enganosa e como o fornecedor corrige esse comportamento ilegal. Por fim, o estudo aponta a importância dos sistemas jurídicos e dos órgãos administrativos de proteção ao consumidor para coibir os

abusos e as práticas publicitárias enganosas, pelas quais os fornecedores arcam com responsabilidades criminais, administrativas e civis.

2.DESENVOLVIMENTO

2.1A RELAÇÃO ENTRE CONSUMIDORES, FORNECEDORES E PUBLICIDADE

O CDC estabelece uma conexão entre consumidores e fornecedores nas relações de consumo relacionadas à publicidade. Em primeiro lugar, é importante discutir brevemente o conceito de consumidor. De acordo com o artigo 2º da Lei de Defesa do Consumidor, “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final”¹²⁵. De acordo com os princípios básicos do Direito do Consumidor, o consumidor é a parte vulnerável da relação de consumo. O artigo 2.º do referido código estipula que as pessoas físicas ou jurídicas são consideradas consumidoras de acordo com as disposições legais. Portanto, mesmo aqueles que são absolutamente incompetentes e aqueles que são relativamente incompetentes são considerados consumidores, porque direta ou indiretamente compram produtos ou mesmo contratam serviços. Deste modo, também têm o direito de interpor defesa definitiva junto das autoridades judiciárias, caso esta relação de consumo cause prejuízo, desde que suas reclamações sejam devidamente representadas ou assistidas pelos seus representantes legais (consoante a situação).

Portanto, as regras de consumo garantem a proteção jurídica a todos contra a publicidade ou outros comportamentos ilegais nas relações de consumo. Para melhor equilibrar a relação entre consumidores e fornecedores, o CDC adotou o princípio da boa-fé em seu Artigo 4, Inciso III¹²⁶:

Art. 4º A Política Nacional de Relações de Consumo visa atender às necessidades dos consumidores, respeitar sua dignidade, saúde e segurança, proteger seus interesses econômicos, melhorar sua qualidade de vida e a transparência e harmonia nas relações de consumo, obedecendo aos seguintes princípios:

(...)

III-Coordenar os interesses dos participantes nas relações de consumo e alinhar a defesa do consumidor às necessidades de desenvolvimento econômico e tecnológico, para que os princípios da

¹²⁵BRASIL. Lei n.º 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor.

¹²⁶Ibid

ordem econômica sejam sempre viáveis (artigo 170 da Constituição Federal) equilíbrio entre fornecedores.

A jurista Claudia Lima Max¹²⁷ destacou a importância do princípio básico da boa-fé no pré-contrato, que ela chamou de princípio orientador máximo do CDC. No mesmo conceito, Rizzato Nunes¹²⁸ proporciona boa vontade objetiva aplicada no CDC em tom de pregação:

Portanto, quando se trata de boa vontade objetiva, as pessoas pensarão no comportamento leal e leal de cada parte no desempenho de suas funções para garantir o respeito pela outra parte. É um princípio que visa garantir que as condutas não sejam abusadas, desimpedidas, não causem danos a ninguém, e sempre cooperem para atingir o objetivo estipulado no contrato e realizar os interesses das partes.

A partir do princípio da boa-fé, surgiram os direitos garantidos pelo CDC, formalizando a relação entre consumidores e anúncios vinculados. De acordo com o artigo 30 da referida lei, a autenticidade é garantida¹²⁹:

Artigo 30 – Todas as informações anunciadas deverão ser suficientemente precisas relativas aos produtos e serviços prestados ou veiculados por qualquer meio ou meio de comunicação, são obrigados a restringi-los ou utilizá-los e integrar os contratos que vierem a ser celebrados.

Da mesma forma, o artigo 36 estipula a forma de publicidade:

Artigo 36 - A publicidade deve ser divulgada de forma a que os consumidores possam reconhecer a publicidade de forma fácil e imediata. Parágrafo único. Os fornecedores reterão fatos, dados técnicos e científicos que suportam as informações nos anúncios de seus produtos ou serviços para a referência de partes interessadas legítimas.

Em relação à conexão entre o anúncio e o fornecedor, o artigo 3 estabelece:

¹²⁷MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, 1995. p. 257.

¹²⁸NUNES, Luis Antonio Rizzato. Curso de direito do consumidor: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 132.

¹²⁹BRASIL. Lei n.º 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor.

Artigo 3 - Fornecedor é qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, e não pessoal, que exerça atividades produtivas [...] distribuição ou comercialização de produtos, ou que preste serviços.

Portanto, o conceito de fornecedores de pré-publicidade é atribuído ao objetivo de divulgar seus produtos ou serviços por meio da mídia. O fornecedor contrata uma agência de publicidade para realizar o projeto criativo e o processo publicitário. A partir do momento em que a propaganda do fornecedor é divulgada, o CDC estipula em seu artigo 12 que mesmo que o fornecedor não participe do processo de criação e divulgação que contratou para realizar, será responsável perante os consumidores por qualquer dano causado por qualquer motivo. Vale a pena enfatizar os critérios acima¹³⁰:

Artigo 12º - Os fabricantes, produtores, construtores, estrangeiros e importadores, culpados ou não, são responsáveis pela reparação dos danos [...] causados e pela sua informação insuficiente ou insuficiente

A relação entre consumidores, fornecedores e anúncios é estabelecida a partir dos artigos citados, temos o direito de criar a possibilidade de os anunciantes assumirem responsabilidade legal pelos consumidores em virtude da existência de relações de consumo e da sua influência.

2.2 DIFERENCIAL ENTRE PROPAGANDA E PUBLICIDADE

Publicidade e propaganda são frequentemente consideradas sinônimos. De acordo com a legislação brasileira, na Constituição Federal de 1988, não há diferença entre propaganda e publicidade. A Constituição Federal estipula em seu artigo 22, inciso XXIX, que a legislação sobre publicidade comercial é de competência exclusiva da União. Além disso, no artigo 220, parágrafo 3, inciso II, CF declara¹³¹:

Artigo 220 - A expressão de pensamentos, criações, expressões e informações sob qualquer forma, processo ou meio não está sujeita às restrições impostas pela presente Constituição.

[...]

§3 da Lei Federal estipula:

II - Estabelecer medidas legais para assegurar que indivíduos e famílias possam resistir a programas de rádio e televisão ou que

¹³⁰BRASIL. Lei n.º 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor.

¹³¹BRASIL. Constituição Federal. 2014

violam as normas artísticas e anúncios de produtos, práticas e serviços que podem ser prejudiciais à saúde e ao meio ambiente.

O artigo 6º inciso IV da Lei de Defesa do Consumidor prevê a proteção dos consumidores contra propaganda enganosa e abusiva, assim como os artigos 36 e 37, mas apenas aponta o direito de identificação, transparência e autenticidade, ao invés de falar com precisão o que é propaganda. No entanto, de acordo com o princípio da maioria, publicidade e propaganda não são iguais, e as diferenças entre esses elementos devem ser destacadas para garantir que seus conceitos não sejam confundidos. Em primeiro lugar, a publicidade tem características ideológicas, principalmente utilizada para comunicação política e religiosa, independentemente do lucro, interessada em influência ou notificação, utilizando a mídia como ferramenta para expor sua ideologia, ou para prestação de serviços benéficos à sociedade, como divulgação de campanhas de saúde.

Da mesma forma, Rizzatto Nunes¹³² explicou que o termo "propaganda" significa comportamento político e religioso. Do ponto de vista de Adalberto Pasqualotto¹³³, essa diferença é ainda mais pronunciada, que destacou que o CDC "não se aplica à autenticidade de promessas potencialmente enganosas feitas em campanhas, embora os políticos estejam usando cada vez mais a tecnologia de publicidade" porque é propaganda política. Portanto, a publicidade tem apenas o propósito de divulgação comercial para incentivar os consumidores a consumir o produto ou serviço ao máximo. Para finalizar a ideia de distinguir essas expressões importantes, os autores Antônio de Vasconcelos e Benjamin¹³⁴ revelaram maravilhosamente:

Publicidade será "um grupo de tecnologias de ação coletiva usadas para promover o lucro, conquistar, aumentar ou reter clientes em atividades comerciais". Por outro lado, a publicidade é definida como "um conjunto de habilidades de ação pessoal usadas para promover o cumprimento de um determinado sistema ideológico (político, social ou econômico)". A Lei de Defesa do Consumidor não trata de propaganda. Seu objetivo é apenas anunciar.

¹³²NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 446.

¹³³PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 26.

¹³⁴GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 270-271.

2.3 PRINCÍPIOS LEGAIS APLICÁVEIS À PUBLICIDADE E RESPONSABILIDADES DO FORNECEDOR

O principal objetivo do código é proteger os consumidores, não a concorrência do mercado, e excluir certas características da propaganda no sentido de marketing, que são fáceis de encontrar em artigos que envolvam propaganda. A Lei de Proteção ao Consumidor não informa o conceito de publicidade, mas visa especificamente a publicidade abusiva e enganosa. Os primeiros princípios que afetam a eficácia da publicidade podem ser elencados por Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹³⁵, autores da minuta do CDC:

O princípio do reconhecimento da publicidade – porque a publicidade secreta ou subconsciente não é permitida.

Princípios de vinculação contratual de publicidade – tendo em vista as regras do artigo 30 do CDC que foram estudadas.

O princípio da autenticidade da publicidade – publicidade enganosa é proibido.

O princípio do não abuso da publicidade – ao proibir a publicidade abusiva, que também é considerada ilegal.

O princípio da inversão do ônus da prova – atendidas as regras do artigo 38 do CDC estipula que o conteúdo dos anúncios deve ser certificado pelo organizador.

O princípio da transparência nos princípios básicos da propaganda – deve ser consistente com a integridade objetiva e a lealdade comercial.

O princípio da correção dos desvios publicitários – além da via cível, havendo desvio, cabem medidas administrativas e penais, bem como a necessidade de veiculação antipublicitária (art. 56 inciso XII do CDC).

Princípio de fidelidade à publicidade - removido do artigo 4. O artigo 6º do CDC estipula que, como base da Política Nacional de Relações com o Consumidor, "efetivamente restringe e suprime todos os abusos no mercado consumidor, incluindo a concorrência desleal e

¹³⁵BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 234-236.

o uso indevido de invenções industriais e a criação de marcas e nomes comerciais, também como logotipos, podem causar prejuízos aos consumidores".

Anúncios mascarados ou simulados/disfarçados com princípio de reconhecimento de anúncios são proibidos.

Para simplificar o estudo dos princípios jurídicos, o estudioso Bruno Miragem¹³⁶ elencou três princípios que sustentam a publicidade como objeto legal, entre eles o princípio da identificação, o princípio da autenticidade e o princípio vinculativo. O objetivo do princípio da identificação é que todos os anúncios devem ser identificados pelos consumidores. Conforme estipulado no artigo 36 do CDC¹³⁷, este artigo nos diz que "a forma como os anúncios são comunicados deve ser tal que os consumidores possam identificá-los fácil e imediatamente". O legislador estipulou neste artigo que o conteúdo divulgado publicamente deve ser sincero e transparente, não sendo permitidas explicações suspeitas, para que o objetivo seja claro e único.

A publicidade requer uma base técnica ou científica para permitir que os consumidores determinem a utilidade e os benefícios que um produto ou serviço proporcionará. Em sua pesquisa, Bruno Miragem¹³⁸ apontou:

[...] Partindo da responsabilidade do fornecedor de caracterizar a publicidade, seja um segmento específico ou toda a campanha publicitária, deve ser apresentada de forma que o público-alvo possa reconhecê-la [...]

De acordo com os requisitos legais, a identificação deve ser fácil e instantânea, ou seja, espontânea. Se isso não acontecer, não apenas o consumidor é induzido em erro, mas o próprio sistema jurídico também é vítima de fraude, quando não há identificação necessária para restringir o uso de produtos como cigarros e bebidas alcoólicas. Por isso, Adalberto Pasqualotto¹³⁹ acredita que "a própria identificação do anúncio vai, naturalmente, privar grande parte da credibilidade da informação, o que fez com que alguns anunciantes a encobrissem". Os anunciantes usam técnicas de marketing para encobrir anúncios. Eles violam abertamente o princípio da identificação. A Lei de Proteção

¹³⁶MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 163.

¹³⁷BRASIL. Lei n.º 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor.

¹³⁸Ibid.

¹³⁹PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 85-86.

ao Consumidor incorpora violações por meio de anúncios encobertos, secretos e subconscientes.

Anúncios secretos são todos os anúncios que contêm informações gratuitas, ou seja, anúncios disfarçados de relatórios. Adalberto Pasqualotto¹⁴⁰ explicou que este tipo de anúncio "parece ser uma notícia justa, com objetividade, como se a agência de propaganda que a divulgou estivesse prestando informações ao público ou fazendo reportagens simples". A mídia tem a responsabilidade de não confundir o conteúdo divulgado, ou seja, separar a matéria editorial do conteúdo publicitário. Os anúncios devem ser classificados como "reportagens publicitárias" em todos os meios de comunicação, sejam noticiários de televisão, rádio ou internet. No mesmo contexto, Fábio Ulhoa Coelho¹⁴¹ revelou:

"Um anúncio simulado é um anúncio que tenta esconder suas características de propaganda" [...] "Um exemplo de anúncio simulado é a inserção de um anúncio de aparência de reportagem em jornais e periódicos, ou um anúncio subconsciente, que é subconsciente, mas não pode ser detectado pela consciência".

Em alguns casos, anúncios secretos não são fáceis de identificar. A dificuldade reside em saber se existe uma relação entre o encolhimento da publicidade visual e o meio de comunicação do artigo de exibição. Dá a impressão de uma informação comum, de modo que o destinatário não pode ver o propósito do texto e absorvê-lo da forma mais ingênua possível.

No Brasil, a publicidade secreta ocorre principalmente em programas de TV. Por exemplo, novelas, apresentações em auditórios, programas esportivos, etc. A principal característica é atribuída à tecnologia de aplicação desse anúncio, chamada merchandising. Rizzatto Nunes¹⁴² destacou que "Promoção de mercadorias é toda tecnologia utilizada para veicular indiretamente produtos e serviços por meio da inserção de programas e filmes". A colocação indireta é a principal ferramenta de marketing. A utilização de personagens artísticos através de filmes ou novelas para a obtenção de determinado produto ou serviço, não sabemos se tem veículo publicitário nos produtos anunciados no site.

¹⁴⁰Ibid.

¹⁴¹COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. Direito de Empresa. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103.

¹⁴²NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 486.

Também há exemplos de vetar anúncios secretos em outros países. A Diretiva 89/552 do Conselho das Comunidades Europeias, que é responsável pelo desenvolvimento das atividades de radiodifusão televisiva, contém o princípio da identificação. No seu artigo 10º, esta diretiva inspirou o artigo 36º da Lei de Defesa do Consumidor, que estipula que a exigência de que o espaço publicitário não deve ser reproduzido é passada opticamente ou o método acústico é separado do programa¹⁴³.

A mesma diretiva proíbe a publicidade secreta e destaca dois elementos básicos das características da publicidade secreta: o risco de induzir o público em erro quanto à natureza da exibição e uma remuneração ou remuneração semelhante. O primeiro ponto é ter cuidado para não enganar os consumidores, não pelo conteúdo da mensagem, mas pela natureza de sua apresentação, ou seja, seu propósito publicitário. A segunda envolve como receber o pagamento, que pode ser obtido por meio de bônus ou trocas. Para acabar com aqueles anúncios que violam os princípios de identificação, temos anúncios subconscientes. A característica da publicidade subconsciente é que seu objetivo é persuadir indiretamente os consumidores e induzi-los subconscientemente por meio de estímulos.

Nesse estudo, Adalberto Pasqualotto¹⁴⁴ citou um experimento realizado nos Estados Unidos em 1957 para induzir o público do cinema a consumir Coca-Cola e milho por meio da inserção de mensagens de estímulo nos filmes em exibição. Desse modo, é óbvio que o poder de induzir o consumidor ao ato consumista por meio da propaganda subconsciente foi negado, precisamente porque as informações subconscientes manipulavam os consumidores. A publicidade ilegal classificada nada tem a ver com a responsabilidade civil dos consumidores, mas para a aplicação de multas administrativas por parte da autoridade competente, a sua proteção está mais próxima da administrativa do que da proteção material dos consumidores. Segundo a análise de Flávio Tartuce¹⁴⁵, os órgãos de defesa do consumidor precisam entrar com ações administrativas e usar multas para coibir a publicidade ilegal, oculta e inconsciente, e não o consumidor que entra no campo cível.

Voltando ao princípio da autenticidade, também temos o artigo 36 do CDC¹⁴⁶ como base de análise. A diferença entre o princípio da identificação está na forma de expressão do anúncio e o princípio da verdade é o conteúdo da informação entregue aos

¹⁴³PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 89.

¹⁴⁴Ibid.

¹⁴⁵TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor. Vol. Único. São Paulo: Método, 2012. p. 366.

¹⁴⁶BRASIL. Lei n.º 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor.

consumidores. Portanto, todo conteúdo divulgado deve conter informações corretas e verdadeiras para os consumidores. A premissa desse conceito é que todas as informações do anúncio sejam sinceras para os consumidores e protejam determinados grupos especiais de consumidores, como crianças e idosos. Porém, podemos pensar no princípio da veracidade sustentando os pilares da obrigação de prestação de informações, pois constam claramente no parágrafo único do artigo 36 da CDC, que estipula que “os fornecedores, nas propagandas de seus produtos ou serviços, deverão manter os dados técnicos e científicos aos legítimos interessados”.

Observou-se que, quando o fornecedor não apoia a mensagem e outras informações descritas no artigo, viola os princípios da propaganda enganosa estipulados no artigo 37, parágrafo 1º, do CDC¹⁴⁷. Por fim, o princípio da colocação consiste em determinar se o orçamento fornecido pelo fornecedor foi cumprido de acordo com os termos do anúncio. O princípio da divulgação envolve a divulgação de ofertas e anúncios, e está amparado pelo artigo 35, inciso I da Lei de Defesa do Consumidor, que dispõe:

Artigo 35 - Se o fornecedor de um produto ou serviço se recusar a cumprir uma oferta, display ou anúncio, os consumidores são livres de escolher:

I - Nos termos da oferta, introdução ou promoção, exigem cumprimento obrigatório das obrigações;

II - Aceitar outros produtos ou serviços equivalentes;

III - Extinção do contrato, direito de requerer a restituição do valor previsto, correção monetária e indenização por perdas e danos.

A lei estipula as consequências do descumprimento, cabendo ao consumidor decidir pela aceitação ou rescisão do produto ou serviço a seu critério, conforme descrito nos incisos II e III. Desta forma, se o fornecedor não cumprir a oferta ou anúncio através do link do anúncio, será considerado que o fornecedor violou o contrato. O mesmo entendimento, autor Eduardo Gabriel Sadd¹⁴⁸:

Uma vez celebrado o contrato, ou seja, se o consumidor aceitar o orçamento e pagar o preço do produto, mediante emissão de cheque ou boleto, o fornecedor se recusar a cumprir o conteúdo anunciado pelo fornecedor, o fornecedor violará o contrato. Nesse caso, o

¹⁴⁷Ibid.

¹⁴⁸SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor e sua jurisprudência anotada. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006. p. 485-486.

fornecedor deve devolver o dinheiro que recebeu para correção e indenização por perdas e danos.

Portanto, os anúncios ou ofertas vinculam os consumidores e devem ser cumpridos independentemente da assinatura de um contrato de consumo. Está vinculado à validade vinculativa através do reconhecimento de direitos formativos pelo CDC, ou seja, qualquer aceitação da oferta do consumidor será válida, transferindo a responsabilidade para o fornecedor e obrigando-o a cumprir, devido a cotações de fornecedores a consumidores.

2.3.1 Responsabilidade legal do fornecedor por publicidade enganosa e abusiva

De acordo com o CDC, os fornecedores podem ser legalmente responsáveis por publicidade enganosa e abusiva em áreas civis, administrativas ou criminais. O CDC estabeleceu um sistema jurídico no qual os fornecedores podem assumir responsabilidades por meio de seus atos previstos por Lei. O Capítulo 3 do CDC "Dos Direitos Fundamentais do Consumidor", em seu artigo 6º, inciso IV, prevê proteção contra propagandas enganosas e abusivas com o objetivo de resguardar os direitos dos cidadãos e o cumprimento da oferta.

No que se refere à área administrativa, está estipulado no Capítulo 7 "Penas Administrativas" que podem ser responsabilizados por meio de anti-publicidade. No campo criminal, os fornecedores que cometerem crimes publicitários serão enquadrados de acordo com o disposto no Artigo 63, 66, 67, 68, 69 do CDC. Neste estudo, será estudado como os fornecedores podem assumir a responsabilidade por publicidade enganosa e abusiva.

2.3.2 Publicidade enganosa

Conforme mencionado anteriormente, o Artigo 37, §1º da Lei de Defesa do Consumidor proíbe expressamente anúncios que induzam os consumidores em erro:

Artigo 37 - Qualquer publicidade enganosa ou abusiva é proibida.

§ 1º - Qualquer tipo de informação ou comunicação de característica de publicidade, total ou parcialmente falsa, ou de qualquer outra forma, ou mesmo omitida, pode enganar os consumidores em termos de natureza, características, qualidade, quantidade e características, e é enganosa, fonte, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Portanto, se não fornecermos informações suficientes aos consumidores e, deliberadamente, enganarmos os consumidores e buscarmos benefícios com isso, seremos

responsáveis perante os fornecedores. Em sua pesquisa sobre o tema, Flávio Tartuce¹⁴⁹ fez uma análise em conjunto com o Código Civil, referindo-se ao abuso da publicidade por ação ou omissão:

[...] Esse vício do consentimento deve ser tratado na arte em diálogo com a fonte. CC/202 Artigos 145 a 150. Uma vez que é extraído de comandos de transcrição, a publicidade enganosa pode ocorrer por meio de ação ou inação.

O autor cita os dispositivos legais estipulados no Código Civil para reforçar a visão de que nosso ordenamento jurídico possui elementos jurídicos para o combate ao uso indevido de publicidade, envolvendo todos os negócios jurídicos que representem fraude ao consumidor. De um modo geral, a publicidade de comportamento abusivo é caracterizada por intenções positivas, ou seja, "processamento fraudulento devido a comportamento ou ações, pelo qual a pessoa enganada realizará o comportamento pretendido e violar os seus interesses.

Nesse sentido, por exemplo, um fornecedor lançou uma campanha publicitária para divulgar que o produto possui uma peça ou acessório que na verdade não existe. Portanto, de acordo com a jurisprudência que ampara as solicitações do consumidor, o fornecedor tem a responsabilidade de corrigir os danos causados ao consumidor¹⁵⁰:

Publicidade enganosa. Câmera digital. Violação das obrigações de informação. O retorno do valor gasto.

1. O consumidor erroneamente acredita que está comprando uma câmera capaz de gravar, mas na verdade o produto não possui essa função, a propaganda enganosa autoriza a rescisão do contrato e restitui o valor pago.
2. Se o arguido não puder provar a existência de um valor não pago, refere-se ao último período da máquina digital e deve devolver o valor na factura anexa ao relatório na íntegra. Na verdade, se a última parcela não tiver sido paga, isso não impedirá novas cobranças pelos meios adequados.
3. O dano mental do queixoso foi causado pelo comportamento arbitrário do réu, anúncios enganosos e total desrespeito aos

¹⁴⁹TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor. Vol. Único. São Paulo: Método, 2012. p. 367.

¹⁵⁰Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Jurisprudência. 1ª Turma Recursal Cível. Relator: Ricardo Torres Hermann. Recurso Inominado n.º 71002824530, julgado em 14/04/2011.

consumidores. O valor da arbitragem depende das circunstâncias do caso específico (R \$ 1.000,00). O julgamento tem sua base. Apelo impróprio.

O artigo 37 da CDC prevê a propaganda enganosa por meio de omissões, que estipula que o anúncio aparecerá quando não forem divulgadas informações básicas sobre o produto ou serviço. Os fornecedores devem exibir todos os dados básicos em seus anúncios. Segundo o Dicionário Aurélio português, a palavra essencial remete a conceitos indispensáveis, necessários e importantes. No sentido jurídico, a aplicabilidade do conceito essencial pode ser invocada a partir da pesquisa do estudioso Rizzatto Nunes¹⁵¹:

[...] O indispensável é que a falta de informação ou de dados afete as decisões de compra dos consumidores e não gere conhecimento suficiente sobre o uso e consumo "real" dos produtos ou serviços.

Outro exemplo que pode ser citado é a Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, que exige que todos os fabricantes de cigarros informem suas propagandas de advertências sobre o uso de cigarros. O não cumprimento dessa recomendação será caracterizado como publicidade enganosa negligente. A propaganda enganosa também pode estar ligada ao exagero publicitário por meio da chamada "ostentação", ou seja, a chamada técnica de propaganda exagerada. De maneira geral, essa tecnologia não é proibida pelo ordenamento jurídico, pois, na maioria dos casos, suas informações publicitárias carecem de precisão suficiente.

A fraude ocorre a partir do momento em que o anúncio anuncia que a qualidade do produto é melhor do que outros produtos ou os mais econômicos, como "o desodorante mais protegido" ou "o carro mais econômico da categoria". Se realmente não corresponder ao conteúdo publicado, será configurado como enganoso porque não corresponde aos fatos. Da mesma forma, o autor Fabrício Bolzan de Almeida¹⁵² explica quando a técnica de "baforar" é enganosa:

[...] Com a exatidão da mensagem acima, mensagens enganosas podem ser classificadas como carros usados, onde um dos fornecedores coloca um banner na frente de suas instalações com o seguinte texto: "Aqui você encontra os mais baratos ruas do carro." Na verdade, a precisão existe porque se trata de uma rua comercial que vende carros usados, neste caso, neste caso, o carro mais barato

¹⁵¹NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 504.

¹⁵²ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. Direito do Consumidor Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013

não pode ser encontrado na agência, a publicidade enganosa será qualitativa.

Como você pode ver, Flávio Tartuce acredita que de acordo com os princípios legais estabelecidos no CC, é necessário investigar se o fornecedor tem intenções ou negligência diante da propaganda enganosa. Porém, acredita-se que a posição de Flávio Tartuce não seja a mais aceitável, pois o princípio da maioria se baseia no princípio da presunção de culpa, conforme o artigo 37 do CDC, parágrafo 1º, a exemplo de Bruno Miragem¹⁵³, mostra:

Isso pode levar a discussões sobre a necessidade de provar que o fornecedor é culpado de alcançar o efeito pretendido do anúncio. No entanto, levando em consideração a presunção de culpa do fornecedor nessa hipótese, eles foram proibidos de promover anúncios enganosos e, por fim, a implementaram.

Da mesma forma, os autores Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin¹⁵⁴ acrescentam que a intenção enganosa do anunciante não é necessária porque sua boa vontade ou malícia não importa. Portanto, concluímos que basta que a propaganda possa enganar o consumidor, mesmo que não seja a intenção do anunciante, ela pode ser classificada como propaganda enganosa.

2.3.3 Publicidade abusiva

O uso indevido de publicidade é considerado publicidade ilegal e, portanto, o fornecedor é legalmente responsável pelos danos por ela causados. O Artigo 37¹⁵⁵, parágrafo 2 do CDC, prevê publicidade abusiva, que declara:

Artigo 37 - Todos os anúncios enganosos ou abusivos são proibidos.

[...]

§2 - Anúncios discriminatórios de qualquer natureza são abusivos, incluindo incitação à violência, uso de medo ou superstição, uso da falta de julgamento e experiência das crianças, desrespeito pelos valores ambientais ou comportamento que pode induzir os

¹⁵³MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 169.

¹⁵⁴GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 290.

¹⁵⁵BRASIL. Lei n.º 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor.

consumidores a agir de determinada maneira. Formas que são prejudiciais ou perigosas para sua saúde ou segurança.

Pelo mesmo motivo, desde 1988, a Constituição Federal restringe a "propaganda comercial", que faz mal à saúde, e restringe o uso abusivo da propaganda, conforme estipula o artigo 220 da Constituição Federal¹⁵⁶.

Artigo 220 - A expressão de pensamentos, criações, expressões e informações sob qualquer forma, processo ou meio não está sujeita às restrições impostas pela presente Constituição.

[...]

§ 4º - As propagandas comerciais de fumo, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias serão restritas por lei, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterão advertências sobre os danos causados pelo seu uso, quando necessário.

No ensino, o autor Fábio Ulhoa Coelho¹⁵⁷ conceitua o abuso da publicidade de uma forma que ataca os valores sociais, apresentando-a como um comportamento abusivo que deve ser condenado pela sociedade. Portanto, podemos dizer que o abuso da publicidade tem características imorais, fere a vulnerabilidade dos consumidores, mas também fere toda a sociedade. Em suma, tendo em vista que esses componentes da sociedade apresentam maiores fragilidades, ou seja, tendem a não enxergar os perigos da própria propaganda, por isso é necessário entrar no tema que trata da propaganda de abuso infantil.

A publicidade infantil sempre atraiu a atenção das crianças porque cria um mundo mágico para elas, atraindo a atenção. Por meio desse mundo, os anunciantes usam imagens, sons, efeitos especiais e músicas. A publicidade infantil é abusiva, justamente porque utiliza esses métodos "exagerados", muitas vezes abusivos e imorais, porque as crianças são criaturas muito frágeis e não têm a visão necessária para discernimento do que é enganoso ou não.

O artigo 227 da Constituição Federal estipula os direitos e garantias fundamentais de todas as pessoas, inclusive das crianças, pois determina a proteção das crianças contra qualquer forma de negligência, discriminação ou exploração. Da mesma forma, a Lei da Infância e da Juventude (ECA) também estipula que esses direitos sejam garantidos e sua

¹⁵⁶BRASIL. Constituição Federal. 2014

¹⁵⁷COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. Direito de Empresa. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 104.

integridade seja respeitada. Os objetivos do ECA podem ser atribuídos a garantir o melhor interesse das crianças e dos jovens. De acordo com os regulamentos do ECA, indivíduos com menos de 12 anos são considerados crianças, e todas as formas de mídia são responsáveis por promover seu desenvolvimento físico ou psicológico e nunca irão prejudicá-los. Portanto, o uso de anúncios abusivos viola claramente o desenvolvimento das crianças, porque as crianças não sabem se tais anúncios são verdadeiros.

O ECA não possui normas jurídicas específicas para a prática de publicidade infantil. No entanto, como visto neste estudo, o CDC identificou em seu Artigo 37, parágrafo 2º, as características dos abusos que utilizam o julgamento da criança e a inexperiência. As crianças são consideradas altamente vulneráveis e incapazes de identificar informações, o Artigo 36 do CDC estipula que “a forma como os anúncios são comunicados deve ser tal que os consumidores possam reconhecer fácil e imediatamente os anúncios”, e as crianças não serão capazes de identificar se tais anúncios são compatíveis com a televisão ou iguais aos anúncios reproduzidos em outros meios de comunicação.

Desde 4 de abril de 2014, o Comitê Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda), vinculado à Secretaria de Direitos Humanos do Presidente da República (SDH), aprovou por unanimidade a Resolução 163/2014, e dispõe que todas as formas de publicidade abusiva de marketing infantil serão classificadas como abuso, destinadas a persuadi-las a consumir qualquer produto ou serviço de forma inadequada. O CONANDA fortaleceu as ideias da CF, ECA e CDC, pois esses diplomas legais estabeleceram medidas para prevenir o abuso da publicidade infantil.

3.CONCLUSÃO

Este trabalho tem como objetivo estudar a responsabilidade legal do fornecedor por anúncios enganosos e abusivos no âmbito do CDC para mostrar que tais anúncios estão diretamente relacionados ao mercado capitalista e buscam lucro por meio deste mercado. A publicidade é injusta com o consumidor e deixa de ser associada à arte ou à criação, mas passa a ser uma ferramenta de lucro dos fornecedores, pois não só ajuda a inserir produtos ou serviços no mercado, mas também leva à criação de novas demandas para manter grandes produções em escala. Isso não significa que o fornecedor deva ser rejeitado para publicidade, mas, de certa forma, é preciso ser controlado pelos órgãos judiciais e demais órgãos administrativos que tratam dos direitos do consumidor.

Portanto, o tema está dividido em dois capítulos para discussão. O primeiro capítulo visa destacar o impacto da propaganda no consumo contemporâneo, tornando o consumidor mais vulnerável e fragilizado diante dos fornecedores. Os fornecedores realizam um verdadeiro bombardeio de todas as propagandas todos os dias. Mídia existente. Além disso, desde o estabelecimento do CDC, a relação entre consumidores, fornecedores e anúncios é manifestamente legítima, o que cria a possibilidade de os

fornecedores assumirem responsabilidades jurídicas perante os consumidores em razão da existência de relações de consumo.

O segundo capítulo apresenta a fiscalização legal da publicidade que inicialmente era controlada e criada pela iniciativa privada no Brasil, por meio do CONAR, e posteriormente, em 1978, a criação e organização do código de autorregulamentação publicitária. A importância de entrar nesse tema inclui que antes do CDC, o Brasil não tinha uma regulamentação clara sobre questões relacionadas à publicidade, nesse sentido, o Estado acertadamente assumiu o controle total do setor privado, a partir da criação do CDC, revogado pela lei n.º 8.078/90, para adoção de controle misto sobre a publicidade. Também há evidências de que, a partir dos Centros de Controle e Prevenção de Doenças, o consumidor passou a ser protegido porque o país estava ciente dos prejuízos causados pela propaganda em larga escala ao cidadão brasileiro.

Quando o CDC lista anúncios enganosos em seu Artigo 37, parágrafo 1, e anúncios abusivos no parágrafo 2, a importância de descrever os tipos de anúncios ilegais também é óbvia. Desde então, a conceituação dos dois e suas diferenças tornaram-se cruciais nesta pesquisa. No que diz respeito à publicidade infantil, de forma sucinta, este trabalho busca comprovar por meio de embasamentos jurídicos, como Constituição Federal, Lei da Infância e Juventude, Lei de Defesa do Consumidor, Conselho Nacional dos Direitos da Infância e da Juventude (Conanda), que a publicidade infantil é muitas vezes abordada de forma apelativa e enganosa. Portanto, as restrições à atividade publicitária não interferem nas garantias constitucionais de liberdade de expressão.

A partir do momento em que o fornecedor implementa publicidade enganosa ou abusiva, a pesquisa mostra que a responsabilidade legal do fornecedor é a de reparar os danos causados ou possíveis aos consumidores, sejam eles na esfera cível, penal ou administrativa, dependendo da situação específica. Os consumidores devem se inscrever por meio de procedimentos cíveis ou administrativos, sendo importante ressaltar que, neste caso, a responsabilidade do fornecedor é mais civil do que administrativa, pois os órgãos administrativos devem ser assistidos por instituições judiciais.

Da mesma forma, de acordo com o artigo 38 do CDC, o estudo reconhece a importância do ônus da prova do fornecedor nas propagandas. A inversão é automática e, portanto, não requer o reconhecimento de qualquer magistrado, conforme descrito no artigo 6, item 8. Nesse sentido, de acordo com o artigo 35 do estudo, os fornecedores são responsáveis pelo cumprimento da oferta, atestando que o fornecedor primário é responsável por seus atos, independentemente da intenção de venda.

No que se refere às responsabilidades administrativas, este trabalho inicialmente enfatizou a importância do Decreto Federal nº 2.181/1997, que inovou em várias áreas, inclusive na responsabilização de fornecedores por abuso de publicidade, o que tem

grande impacto na sociedade como um todo, no federal, nos distritos federais, e estados. E o município obteve poder de polícia por meio dele. Porém, também apontou que, na prática, tais poderes policiais e de autoexecução do PROCON são limitados, pois as sanções monetárias e a contrapropaganda requerem auxílio do Judiciário, o que pode ser visto como um atraso, pois se o fizerem nesta forma reconhecida, os poderes de autoexecução reduzirão a carga sobre o sistema judicial, porque, na maioria dos casos, os procedimentos administrativos são mais rápidos do que os procedimentos civis.

Por fim, este trabalho mostra que os fornecedores podem ser responsabilizados criminalmente se realizarem publicidade enganosa ou abusiva por meio de infrações criminais e do artigo 7º inciso VII da Lei nº 8.137/90, que visa coibir abusos e práticas de publicidade enganosa. Diante disso, os consumidores lesados por publicidade ilegal têm o direito de exigir a reparação de seus danos, sendo os fornecedores legalmente responsáveis pela publicidade enganosa e abusiva.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. Direito do Consumidor Esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013
- BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 234-236.
- BRASIL. Constituição Federal. 2014
- BRASIL. Lei n.º 10.406/2002. Código Civil.
- BRASIL. Lei n.º 8.078/90. Código de Defesa do Consumidor
- COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de Direito Comercial. Direito de Empresa. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 103.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 270-271.
- MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo, 1995. p. 257.
- MIRAGEM, Bruno. Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 163.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. Curso de direito do consumidor: com exercícios. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 504.

PASQUALOTTO, Adalberto. Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 26.

SAAD, Eduardo Gabriel. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor e sua jurisprudência anotada. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2006. p. 485-486.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito do Consumidor. Vol. Único. São Paulo: Método, 2012. p. 366.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Jurisprudência. 1ª Turma Recursal Cível. Relator: Ricardo Torres Hermann. Recurso Inominado n.º 71002824530, julgado em 14/04/2011.

APONTAMENTOS SOBRE A NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO SETOR PÚBLICO

JULIANA MARY YAMANAKA NAKANO:

Mestranda em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela USP e Graduada em Direito pela USP.

RESUMO: O objeto do presente estudo é a análise do conceito de negociação coletiva e dos princípios relacionados e, a partir da base normativa e doutrinária, da evolução na compreensão sobre a possibilidade ou não da negociação no setor público, enquanto direito fundamental dos trabalhadores.

Palavras chave: Negociação coletiva. Administração pública. Liberdade sindical. Jurisprudência. Convenções da OIT.

ABSTRACT: The object of this study is the analysis of the concept of collective bargaining and the principles related and, from the normative and doctrinary basis, an analysis considering the evolution of the concepts about the possibility of negotiation with the public sector, as a workers fundamental right.

Key words: Collective bargaining. Public administration. Union freedom. Jurisprudence. Conventions of OIT

1. Introdução

O presente trabalho foi elaborado com o intuito de analisar o instituto da negociação coletiva de trabalho especificamente no setor público e as suas especificidades, considerando a base normativa internacional e nacional, além de entendimentos jurisprudenciais.

A administração pública, regida por seus princípios e normas próprias, possui diversas atividades e, para desempenhá-las, há a necessidade de muitos trabalhadores a ela vinculada. A relação entre este trabalho realizado no setor público e a própria administração merece atenção, tendo em vista que as peculiaridades do serviço público levam à existência de concepções diversas nos entendimentos ligados ao direito coletivo do trabalho. Difere, então, a aplicação de institutos do direito coletivo no âmbito privado e no público.

O estudo iniciará por meio da exposição de conceitos fundamentais ao tema, como o da própria negociação coletiva, do papel dos sindicatos e de princípios como o da liberdade sindical. Também serão apresentados os principais diplomas internacionais concernentes à matéria. Posteriormente, será feita exposição sobre alguns

posicionamentos jurisprudenciais, incluindo a compreensão do tema pelo Supremo Tribunal Federal (especialmente no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492) e a compreensão dada pelo Tribunal Superior do Trabalho.

O trabalho possui o escopo de fornecer subsídio para uma linha de pensamento crítica sobre o tema, de acordo com o qual se possam garantir direitos dos trabalhadores, com maior eficácia possível e respeitando-se os ditames democráticos que devem permear não apenas o direito coletivo do trabalho, como também a vivência em sociedade de maneira geral.

2. Negociação coletiva

2.1. Conceitos iniciais necessários

Para compreensão que se pretende realizar sobre a negociação coletiva no setor público, deve-se apresentar conceitos sobre a própria negociação coletiva e a sua importância para o ordenamento jurídico. Como é cediço, a relação de trabalho é caracterizada, em sua essência, pela desigualdade entre as partes: empregador de um lado e trabalhador de outro. A hipossuficiência do trabalhador é inerente à relação laboral no capitalismo em que se vende a força de trabalho em troca de um salário, aceitando-se as condições estruturais postas a fim de se enquadrar ao sistema produtivo.

O direito do trabalho, assim, é constituído por institutos e princípios que regem as relações jurídicas em torno do trabalho humano, considerando esse pressuposto da desigualdade.

O papel dos sindicatos, nesse contexto, é de suma importância, pois possui como escopo a representação e a defesa de interesses individuais ou coletivos de determinada categoria de trabalhadores, conforme previsto na Constituição Federal (art. 8º). O trabalhador, quando representado de maneira coletiva, por meio de sindicato, assume forma também coletiva e mais poderosa, capaz de realizar acordos com empregadores, de maneira menos desigual.

Uma das principais funções dos sindicatos, aliás, é a participação nas negociações coletivas de trabalho de forma obrigatória¹⁵⁸, as quais se configuram importantes ferramentas de proteção da seara trabalhista. Por meio da negociação, criam-se instrumentos (acordos e convenções coletivas de trabalho) que passam a reger um grupo determinado de trabalhadores.

¹⁵⁸ Constituição Federal: Art. 8º VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;

Da negociação coletiva podem resultar ajustes entre empregador e trabalhadores:

convenções e acordos coletivos de trabalho. Ambos se diferenciam pelas partes pactuantes. Enquanto a convenção coletiva refere-se aos pactos entre sindicatos de trabalhadores e sindicatos de empregadores, os acordos coletivos referem-se aos pactos entre empregador e sindicato de trabalhadores. Nota-se, pela possibilidade do acordo, o caráter coletivo, da própria natureza do empregador, o qual pode ajustar suas condições, conforme seus parâmetros de negociação.

Como se permite a participação da sociedade na solução de conflitos (por meio de sindicatos e de trabalhadores conjuntamente considerados), trata-se de uma **garantia de maior democracia às estruturas sociais**¹⁵⁹.

A doutrina aponta a relação entre o papel da negociação coletiva e os modelos jurídicos de cada sociedade – mais democráticos ou mais autoritários. Defende-se que a atuação das formas de normatização autônomas (ou seja, aquelas não produzidas pelo próprio Estado (heterônomas)) são formas presentes em modelos jurídicos trabalhistas democráticos. Isto porque, se permite participação dos sujeitos interessados na regulamentação de seus próprios conflitos, segundo seus interesses e peculiaridades (participação social na estruturação das relações sociais). O papel da negociação coletiva, nesses modelos, é acentuado, permitindo-se maior criatividade e força no âmbito negocial.

Por outro lado, quando há um forte viés autoritário no Estado, o padrão acaba se repetindo na lógica das relações de trabalho e, então, há o afastamento da ideia da participação da sociedade civil *e cria uma dinâmica cujas linhas mestras se caracterizam por assegurar o contínuo impedimento a essa participação*¹⁶⁰. Os modelos menos democráticos tendem ao distanciamento de pressões e de sugestões a serem propostas pela coletividade de indivíduos em sociedade. Tais modelos foram adotados, por exemplo, na Alemanha nazista ou na Itália fascista no século XX.

Percebe-se a importância da negociação coletiva para a criação de normas aplicáveis às relações específicas de trabalhadores, em determinados setores, para se garantir, da melhor maneira possível, os direitos destes indivíduos. A negociação deve ser garantida a todos os trabalhadores, portanto, como um direito.

¹⁵⁹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. pp. 1559.

¹⁶⁰ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017. pp. 1561. ⁵ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4ª edição. São Paulo: LTR, 2005.

Quando o tema é a negociação coletiva no setor público, no entanto, algumas peculiaridades devem ser analisadas, o que será realizado a partir do trabalho ora proposto.

2.2. Contornos sobre a liberdade sindical

Antes de se iniciar a discussão da negociação coletiva no setor público, faz-se necessária também disposição sobre a liberdade sindical. O princípio da liberdade sindical possui diversas concepções e assim é tratada pela literatura.

De acordo com a doutrina, a liberdade sindical poderia ser estudada sob algumas perspectivas, quais sejam: a liberdade de associação, relacionada ao livre direito de associação no âmbito trabalhista, como é o tratamento desses grupos dentro de uma dada ordem jurídica e sua relação com o Estado; a liberdade de organização, consistente na possibilidade de ordenar a atuação de trabalhadores que passa de desorganizada para organizada decorrente da necessidade de união para reivindicação de seus interesses; liberdade de administração, relacionada à democracia interna dos grupos e a definição de seus estatutos ; liberdade de exercício das funções; e liberdade de filiação e de desfiliação dos trabalhadores, os quais devem poder ser livre para escolher ser ou não filiados a determinado grupo representativo de seus interesses⁵.

No direito internacional, a convenção n. 87 da Organização Internacional do

Trabalho (OIT), aprovada na 31^a reunião da Conferência Internacional do Trabalho em 1948, versa sobre a liberdade sindical e a proteção do direito de sindicalização, delineando os contornos do que se defende quanto à autodeterminação dos grupos de empregados e de empregadores de se organizar e determinar as bases de sua atuação, sem qualquer ingerência estatal.

A Convenção n. 87 prevê que trabalhadores e empregadores têm direito de constituir sem autorização prévia, organizações de sua escolha, bem como o direito de se filiar às organizações, sob a única condição de se conformar com seus estatutos. No artigo segundo, a convenção menciona que se aplica a todos os trabalhadores e empregadores, *sem distinção de qualquer espécie*.

O único tipo de limitação constante na referida convenção seria à aplicação às forças armadas e à polícia. Neste caso, o artigo nono prevê que a aplicação será determinada pela legislação nacional. Dessa forma, a convenção é bastante ampla, conferindo a todos o direito à liberdade sindical.

No direito brasileiro, pode-se dizer que o princípio vigora, porém não na sua forma mais plena. Preliminarmente, deve-se atentar que a Convenção 87 da OIT não foi

ratificada pelo Brasil. Apesar disso, entende-se que o instrumento internacional pode ser utilizado como vetor interpretativo para a aplicação e criação normativa no país.

O sistema sindical brasileiro permite a liberdade de associação e liberdade sindical de forma ampla, porém também prevê algumas limitações. A Constituição Federal de 1988, no espírito de redemocratização após vários anos de ditadura militar, foi construída com base no viés humano e de garantia de direitos aos cidadãos e trabalhadores.

Nesse sentido, o artigo 8º é claro em garantir que é livre a associação profissional ou sindical, desde que observados os preceitos no dispositivo. Deve-se notar que, no período anterior à vigência do texto constitucional, existiam diversas normas no ordenamento e sobretudo na CLT que estipulavam maiores critérios de organização sindical que, quando aplicáveis de forma plena, acabavam limitando a atuação dos trabalhadores organizados aos pressupostos previstos na lei. Após a promulgação da nova ordem constitucional e a maior discussão sobre a importância a liberdade sindical, institutos que se mostravam muito restritos ou que estipulam requisitos rígidos de organização passaram a ser considerados não recepcionados, por afrontar a liberdade sindical.

Conforme já mencionado, contudo, a liberdade ainda não pode se dizer plena no Brasil e, como uma das limitações ainda existentes no artigo 8º da Constituição Federal, aponta-se a previsão da unicidade sindical. No inciso II do mencionado artigo, é previsto que *é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferir à área de um Município.*

Percebe-se que existe ainda no ordenamento pátrio, portanto, certa limitação ao funcionamento de sindicatos, o que pode ser considerado uma afronta ao princípio da liberdade sindical.

2.3. Convenções e Recomendações da Organização Internacional do Trabalho relacionadas

No âmbito internacional, a negociação coletiva possui grande importância, sendo prevista como um direito fundamental dos trabalhadores. De acordo com a Declaração da Organização Internacional do Trabalho sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, elenca-se dentre um dos quatro principais eixos de garantias (também chamadas de "core obligations") a "liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva (item 2, a da Declaração).

É previsto neste item que, ainda que algum país não tenha ratificado convenções, considerando o pertencimento à OIT, deve-se respeitar os princípios considerados fundamentais, como o da negociação coletiva. A posição adequa-se ao entendimento da utilização das convenções, ainda que não ratificadas, como fonte material do direito, balizador da atuação jurídica (como, no caso, da Convenção n. 87 no Brasil, por exemplo).

A Convenção n. 98 da OIT, de 1949 (ratificada pelo Brasil em 1952) versa sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva. Trata-se de Convenção mais abrangente sobre o tema, que propõe a proteção em geral a atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego. No entanto, no seu artigo 6º, a Convenção informa não ser aplicável a “funcionários públicos a serviço do Estado e não deverá ser interpretada, de modo algum, em prejuízo dos seus direitos ou de seus estatutos”. Dessa forma, notase que, apesar de garantidora de diversos direitos relacionados à liberdade de sindicalização e negociação, traz-se a restrição quanto à aplicação aos servidores públicos.

Convenção 154 da OIT, de 1981 (ratificada pelo Brasil em 1992), sobre Fomento à Negociação Coletiva, prevê que a negociação coletiva aplica-se a todos os empregados, podendo a legislação ou prática nacionais fixar aplicação da convenção no que tange a Administração Pública. A Convenção n. 87 já informada, sobre liberdade sindical também compõe a base de convenções internacionais do trabalho sobre o tema.

Percebe-se que os instrumentos normativos relacionados preveem uma série de direitos e garantias aos trabalhadores coletivamente organizados, no entanto, sempre com alguma ressalva em relação aos trabalhadores da administração pública.

Sobre a administração, em especial, portanto, deve-se estudar a Convenção 151 da OIT, sobre “Direito de Sindicalização e Relações de Trabalho na Administração Pública”, a qual estabelece proteções especialmente aos trabalhadores da administração pública em relação aos seus direitos sindicais. Foi aprovada pela OIT em 1978 e ratificada pelo Brasil em junho de 2010. De acordo com esta convenção, aplicável a todos os empregados pela administração pública, garantem-se proteções contra discriminação sindical (Art. 4) e também independência às organizações de trabalhadores (art. 5). Na convenção foram conceituados os atos de ingerência pelo Estado ou outras organizações e também previstas as facilidades aos representantes dos sindicatos para a sua atuação plena.

Esta convenção, em sua Parte IV, prevê procedimentos para determinação das condições de emprego, os quais merecem destaque:

Art. 7 — Deverão ser adotadas, sendo necessário, medidas adequadas às condições nacionais para estimular e fomentar o pleno desenvolvimento e utilização de procedimentos de negociação entre as autoridades públicas competentes e as organizações de empregados públicos sobre

as condições de emprego, ou de quaisquer outros métodos que permitam aos representantes dos empregados públicos participar na determinação de tais condições.

A Recomendação n. 159 da OIT, aprovada na mesma Assembleia da Convenção 151, também foi aprovada pelo Brasil, versando sobre o mesmo tema. Enoque Ribeiro dos Santos entende que, a partir da ratificação destes instrumentos internacionais, passou a ser evidente a possibilidade da negociação coletiva no setor público brasileiro:

Com a ratificação da Convenção nº 151 da OIT cremos que não remanesce dúvidas que ficou definitivamente permitida a negociação coletiva de trabalho para dirimir os conflitos coletivos trabalhistas no setor público brasileiro. Nessa esteira, no âmbito da União, foi editado o Decreto nº 7.674/2012, que disciplina o processo de negociação nos conflitos coletivos de trabalho, no caso dos servidores públicos federais da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.¹⁶¹

A aprovação destes documentos (Convenção n. 151 da OIT e Recomendação 159) e a sua vigência em âmbito nacional a partir de 2012 levaram à diversas alterações e afirmações de entendimentos no sentido favorável à negociação no setor público. Inclusive, foi a partir desta ratificação que o próprio Tribunal Superior do Trabalho alterou entendimento antes consolidado em orientação jurisprudencial que analisar-se-á a seguir.

3. O trabalho na administração pública e a negociação coletiva

A administração pública é regida por regras e princípios próprios, de acordo com os interesses de toda a coletividade. Pauta-se pela supremacia do interesse público para regulamentar normas administrativas, incluindo a relação com servidores e demais colaboradores do poder público.

Segundo Di Pietro, servidores públicos em sentido amplo são todas as pessoas físicas que prestam serviços ao Estado e às entidades e órgãos da administração, com vínculo e mediante remuneração paga pelos cobres públicos, compreendendo: (i) servidores estatutários; (ii) empregados públicos; e (iii) servidores temporários (Art. 37 IX CRFB).¹⁶²

A Constituição Federal de 1988 possui regramento sobre o servidor público nos artigos 37 e seguintes, além de alguns artigos esparsos ao longo do texto constitucional.

¹⁶¹ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. FARINA, Bernardo Cunha. A inevitabilidade da negociação coletiva no setor público. Revista TST, Brasília, Vol. 79, n. 3, jul/ set 2013. pg. 98

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Item 13.2.2

Sobre uma garantia dos servidores pode-se mencionar a irredutibilidade de remuneração e subsídio prevista no artigo 37, XV, assim como normas relativas ao teto, reajuste geral e previsões salariais em conformidade com legislação orçamentária de cada período (princípio da legalidade).

Em especial, no tocante ao direito coletivo do trabalho aplicável aos servidores, no artigo 37, VI, garante-se o direito à livre associação sindical.

No inciso VII do mesmo artigo ainda se garante o direito de greve, que será exercido *nos termos e nos limites definidos em lei específica*. O Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento dos mandados de injunção referentes a este dispositivo, já se posicionou no sentido de ser garantido o livre direito de greve aos servidores, sendo inclusive aplicável a legislação de greve geral durante a omissão legislativa própria para o serviço público (STF, mandados de injunção 670-ES, 708-DF e 712-PA).

Importa lembrar que, sobre o direito de greve do servidor, a Constituição anteriormente vigente no país vedada a greve nos serviços públicos e atividades essenciais (Art. 162) e era silente quanto ao direito de associação sindical. No entanto, a CLT previa no artigo 566 que *não podem sindicalizar-se os servidores do Estado e os das instituições paraestatais*. Excluía-se dessa proibição empregados das sociedades de economia mista, da CEF ou fundações públicas.

Percebe-se que, com o advento da CRFB/88, houve importante alteração e ampliação normativa sobre os direitos coletivos dos servidores públicos.

O servidor público possui regime próprio de acordo com a legislação incidente, também denominado regime estatutário. No âmbito da administração pública federal, por exemplo, a Lei 8112/1990 dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. A norma prevê sobre os cargos públicos, enquanto conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que são atribuídas a um servidor.

Além de diversas regras sobre direitos, deveres e penalidades, a lei prevê, no artigo 240, o direito à livre associação sindical. Assim prevê:

Art. 240. Ao servidor público civil é assegurado, nos termos da Constituição Federal, o direito à livre associação sindical e os seguintes direitos, entre outros, dela decorrentes:

a) de ser representado pelo sindicato, inclusive como substituto processual;

- b) *de inamovibilidade do dirigente sindical, até um ano após o final do mandato, exceto se a pedido;*
- c) *de descontar em folha, sem ônus para a entidade sindical a que for filiado, o valor das mensalidades e contribuições definidas em assembléia geral da categoria.*
- d) *de negociação coletiva; (Mantido pelo Congresso Nacional)(Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)*
- e) *de ajuizamento, individual e coletivamente, frente à Justiça do Trabalho, nos termos da Constituição Federal (Mantido pelo Congresso Nacional)(Revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97)*

Percebe-se que a norma, ao versar sobre o direito à livre associação sindical, insere como direitos decorrentes o de representação por sindicato e, inicialmente, o da negociação coletiva.

No tocante à negociação em si, percebe-se que existia no ordenamento dispositivo jurídico (Lei 8112/90) que dispunha sobre o direito expresso de negociação coletiva aos servidores federais (Art. 240, d). No entanto, conforme transcrito, o dispositivo foi revogado. A discussão em torno da constitucionalidade ou não deste item ocorreu, no âmbito judicial, precipuamente no julgamento da ADI 492 pelo STF. Este julgamento será analisado no tópico posterior.

De toda forma, desde já, deve se apontar a existência de duas principais correntes sobre a possibilidade da negociação coletiva no setor público. A primeira delas é a contrária e tem por base, sobretudo princípios da administração (art. 37 CRFB) como o da legalidade. Esta corrente ainda informa que o constituinte silenciou-se a respeito da aplicação aos servidores do art. 7º XXVI, que prevê o direito da negociação coletiva. Ainda, o STF possui súmula n. 679 que informa que a *fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva*.

Além do exposto, conforme aponta a doutrina¹⁶³, a corrente contrária sustenta-se no argumento voltado ao controle de gastos públicos, com respaldo nos seguintes postulados: (i) iniciativa exclusiva do Presidente da República sobre o tema (Art. 61, §1º, II, a, cc/ art. 49 X da CRFB/88); (ii) limite de despesas dos entes federativos e necessidade de previsão orçamentária (Art. 169 CRFB/88); e (iii) previsões da Lei de Responsabilidade Fiscal sobre montante de despesas com pessoal (Lei Complementar 101/2000).

¹⁶³ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Negociação Coletiva de Trabalho*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. pg. 297

Por outro lado, a corrente que se filia à possibilidade da negociação, com base em interpretação sistemática do ordenamento, institutos internacionais e a garantia de maior democracia às relações com o setor público, necessárias no Estado Democrático de Direito. Contornos sobre este posicionamento serão feitos também nos tópicos posteriores.

3.2. Análise da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492 (STF)

Em abril de 1991, foi proposta perante o Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 492-1¹⁶⁴ pelo Procurador Geral da República em face das alíneas “d” e “e” do art. 240 da lei 8112/1991. As normas questionadas versavam sobre os direitos sindicais dos servidores públicos, em especial o direito à negociação coletiva (alínea d), e o direito ao ajuizamento de ações perante à Justiça do Trabalho.

A ação teve julgamento finalizado em 1992 quando, por maioria de votos, o tribunal julgou procedente a ação e declarou os dispositivos inconstitucionais. Far-se-á uma breve análise do julgado e dos argumentos utilizados sobre o tema pela suprema corte.

Inicialmente, de acordo com o autor da ação, os dispositivos contrariariam os artigos 37, 41 e 114 da CRFB, visto que: (i) o direito de negociação coletiva aos servidores públicos seria incompatível com a sistemática conferida pela Constituição de acordo com a qual, nenhuma vantagem poderia ser atribuída ao servidor se não por meio de lei; e (ii) o entendimento da época em relação à competência da Justiça do Trabalho era apenas relacionado aos indivíduos regidos pela CLT (entendimento anterior à EC 45 – analisado posteriormente neste trabalho).

No voto do Relator Ministro Carlos Velloso analisado, houve concordância com a PGR no sentido de que o regime jurídico único que se refere o artigo 39 da Constituição Federal, de acordo com os entendimentos então vigentes, possui natureza estatutária. E, a partir disso, possui característica objetiva, de forma que os direitos, deveres e garantias dos servidores são definidos unilateralmente pelo Estado-Legislator. Utilizou trechos de representante do Ministério Público a fim de explicitar as diferenças entre o regime estatutário e o regime de trabalhadores privados. Informou-se que, enquanto as relações de Direito Público caracterizam-se pela desigualdade jurídica das partes (Estado x Administrado), nas relações de Direito Privado, impõe-se a igualdade jurídica, a despeito de ser comum a desigualdade econômica. Justificou-se, por meio deste argumento, que as relações são distintas, não podendo ter aplicação os mesmos princípios e normas.

¹⁶⁴ STF – ADI: 192, DF. Relator: Carlos Velloso, Data de Julgamento: 12/11/1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/03/1993.

No voto, então, foi considerado que a negociação coletiva e o direito à ação coletiva são absolutamente inconciliáveis com o regime jurídico estatutário do servidor público. Entendeu-se, no momento, que não caberia à administração transigir no que diz respeito à matéria reservada à lei.

Em relação à competência da justiça do trabalho para o julgamento de ações, a alínea também foi declarada inconstitucional, com base na redação então vigente do artigo 114 da CRFB, que não abrangeu, segundo o entendimento, os servidores públicos, mas tão somente empregados propriamente ditos.

Apesar de a ADI ter sido julgada, por maioria, procedente, conforme os argumentos trazidos, houve importante voto divergente que também será analisado. O **voto divergente foi do Ministro Marco Aurélio, quem votou, de forma bem fundamentada pela improcedência da ADI.**

Em primeiro lugar, o Ministro utilizou fontes de direito comparado para embasar seu posicionamento em relação à relação dos servidores públicos com a Administração Pública. Evidenciou que, durante longo tempo, a sindicalização dos prestadores de serviço ao Estado foi tida como incompatível com as noções da administração pública.

Na Espanha, por exemplo, em 1887, surgiu uma Lei Geral de Associações e em 1922, a Lei de Bases sobre Funcionários. Na Inglaterra, existiram expressões sobre o sindicalismo funcional desde o final do século XIX, tendo sido reconhecido em 1902 o direito de negociar coletivamente. A Constituição Francesa de 1946 e a Italiana de 1947 reconheceram o direito sindical dos funcionários públicos.

No campo da negociação coletiva, mencionou que países com setor público consolidado reconhecem a possibilidade de alguns tipos de negociação entre a Administração e os funcionários públicos, *seja mediante o sistema de consulta ou, até mesmo, o de formalização de acordo geral*. No voto do Ministro, expõe-se que, em 1962, por exemplo, o Presidente Kennedy negociava com funcionários federais, assim como o presidente Pompidou institucionalizava procedimentos para discussão de salários no setor público.

Com base em experiências de direito comparado, o Ministro realizou interpretação de que a possibilidade da negociação seria também possibilidade de se afastar do autoritarismo rígido anterior do regramento público para se aproximar, aos poucos, da maior participação social na condução do Estado.

Passando à análise propriamente da lei 8112, o relator repassou a natureza estatutária do regime definido na legislação. Questionou o regime único com fundamentos históricos e lógicos do sistema jurídico e também criticou a posição do

Estado na constrangedora *posição de supremacia* em relação a todos em sociedade, incluindo os servidores públicos. Esta posição de supremacia pode ser verificada, por exemplo, na redação do Art. 13 da referida lei que dispõe que, o servidor empossado assumirá responsabilidades *que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes*.

No que tange ao direito de negociação coletiva em si, o Ministro defendeu ser ultrapassada a ideia de que as organizações dos trabalhadores em sindicatos seriam uma afronta ao Estado. A negociação seria, em realidade, um direito que contribui para a correção de desigualdades e, de acordo com o artigo 37 VI da CRFB, é garantida aos servidores (direito de associação sindical). Considerando uma leitura sistemática da CRFB, em especial do artigo 8º, o Ministro questionou o porquê de a negociação coletiva ser aplicável a todos em sociedade, *exceto ao majestático Estado*.

Argumentando contra a alegação de que o Estado é vinculado aos preceitos legais, expôs-se que a negociação seria positiva até para que se evite um possível conflito coletivo de trabalho. Mencionou que a negociação possui por objeto não apenas a concessão de direito à categoria, mas também de meio hábil para elaboração de políticas públicas, encaminhamentos de projetos de lei, etc. A aplicação da negociação coletiva ao setor público também possui vantagens que não a concessão de benesses por si só, mas sobretudo a possibilidade de se afastar um impasse, uma greve, garantia de adequação de condutas. A contradição é bem disposta no seguinte trecho:

O que se mostra paradoxal é a existência de norma constitucional expressa prevendo a sindicalização e, mais do que isto, o direito à greve, para, a seguir, em interpretação de preceito constitucional diverso, dizer-se que o Estado está protegido pela couraça da proibição de dialogar, ainda que objetivando o envio de projeto ao Legislativo, para que este, na voz abalizada dos representantes dos Estados – os Senadores – e do povo – os Deputados, diga da procedência do que reivindicado e negociado, não só considerados os interesses coletivos dos servidores, como também os da sociedade, como um todo¹⁶⁵.

Com bases nesses entendimentos, o Ministro divergiu do relator, entendendo que a negociação coletiva está assegurada pela própria Constituição Federal, tanto implicitamente, no que tange à garantia do exercício do direito de greve ao servidor público, quando por remissão expressa (Art. 7º VI e VII, Art. 39 CRFB).

¹⁶⁵ STF – ADI: 192, DF. Relator: Carlos Velloso, Data de Julgamento: 12/11/1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/03/1993.

Por fim, neste tópico cabe informar que, em sentido contrário à possibilidade de negociação coletiva no âmbito da administração pública, mas especificamente quanto à negociação de salários, além do entendimento firmado na ADI, foi editada Súmula pelo STF entendendo que: *A fixação de vencimentos dos servidores públicos não pode ser objeto de convenção coletiva.* (Súmula n. 679 do STF).

Percebe-se que existem entendimentos para ambas as posições em relação à possibilidade de negociação coletiva no serviço público. A partir deste julgamento, ocorrido há quase 20 anos, nota-se que, apesar da decisão final do plenário, por maioria, de julgar procedente a ação direta de inconstitucionalidade do dispositivo que previa o direito à negociação coletiva ao servidor federal, já se encontravam justificativas no sentido da abertura à negociação, garantindo maior democracia às relações sociais.

3.3. Alteração da Orientação Jurisprudencial n. 05 da Seção de Dissídios Coletivos do Tribunal Superior do Trabalho

A redação original da Orientação Jurisprudencial n. 05 da Seção de Dissídios Coletivos (SDC) do Tribunal Superior do Trabalho (TST) não reconhecia o direito ao dissídio coletivo no setor público. A redação original da Orientação Jurisprudencial, inserida em 27/03/1998, era a seguinte:

Dissídio coletivo contra pessoa jurídica de direito público. Impossibilidade jurídica. *Aos servidores públicos não foi assegurado o direito ao reconhecimento de acordos e convenções coletivos de trabalho, pelo que, por conseguinte, também não lhes é facultada a via do dissídio coletivo, à falta de previsão legal.*

No entanto, em 2012, houve mudança deste posicionamento, passando-se a admitir a possibilidade. Trata-se de influência da ratificação da Convenção n. 151 da OIT pelo Brasil. A redação passou a ser:

05. 5. DISSÍDIO COLETIVO. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. POSSIBILIDADE JURÍDICA. CLÁUSULA DE NATUREZA SOCIAL (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) – Res. 186/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

Em face de pessoa jurídica de direito público que mantenha empregados, cabe dissídio coletivo exclusivamente para apreciação de cláusulas de natureza social. Inteligência da Convenção nº 151 da Organização Internacional do Trabalho, ratificada pelo Decreto Legislativo nº 206/2010.

A proposta de alteração do enunciado foi realizada pelo Ministro Maurício Godinho Delgado. O Ministro revelou que a adoção pelo Brasil, ainda que com ressalvas,

da Convenção 151 e da Recomendação n. 159 da OIT, que tratam das relações trabalho na administração pública, levam o TST à reflexão sobre o entendimento anterior da orientação jurisprudencial, o que foi aceito pelo Pleno, levando à alteração indicada.

Percebe-se que o TST alargou a possibilidade de negociação coletiva no setor público, no entanto, ainda impôs a limitação de que apenas cláusulas de natureza social poderiam ser analisadas. Ainda assim, poderiam ser objeto de negociação certas condições de trabalho sem reflexos econômicos, como meio ambiente do trabalho e jornada de trabalho¹⁶⁶.

A partir da mudança do entendimento da corte, ganha força a corrente de que é possível e coerente com o Estado Democrático de Direito a negociação coletiva no setor público, como um dos direitos fundamentais e necessários dos trabalhadores. De acordo com a doutrina¹⁶⁷, ainda, e trazendo a discussão à atualidade, com a edição da Lei 13467/2017 (chamada “Reforma Trabalhista”), houve a imposição do negociado sobre o legislado, com prevalência dos acordos e das convenções coletivas, respeitando o patamar mínimo de direitos que devem ser garantidos. Assim, aplicando-se ao setor público, ainda mais importância à negociação foi dada no ordenamento brasileiro, não sendo condizente a imposição de uma limitação aos servidores públicos sob pena de violação até de isonomia.

3.4. Propostas para regulamentação: Análise do Projeto de Lei n. 3831/2015

Para finalizar a exposição neste trabalho, escolheu-se analisar o Projeto de Lei n. 3831 de 2015, de autoria do Senador Antônio Anastasia (PSDB/MG) com a ementa: *Estabelece normas gerais para a negociação coletiva na administração pública direta, nas autarquias e nas fundações públicas dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*. O projeto de lei foi totalmente vetado, tendo procedimento finalizado em 2018.

De toda forma, importa trazer os termos em que se pretendia realizar a normativa. Logo em seu art. 1º, previa-se a possibilidade de negociação coletiva na administração pública direta, autarquias e fundações públicas. Faz-se expressa menção à Convenção n. 151 e à Recomendação 159, ambas da OIT. Dentre os objetivos e princípios gerais que regem a normativa proposta, foram elencadas: (i) democratização da relação entre o ente estatal seus servidores; (ii) interesse em negociar; (iii) razoabilidade das

¹⁶⁶ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. FARINA, Bernardo Cunha. A inevitabilidade da negociação coletiva no setor público. Revista TST, Brasília, Vol. 79, n. 3, jul/ set 2013. pg. 93

¹⁶⁷ SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Negociação Coletiva de Trabalho. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018. Pg. 301

propostas apresentadas; (iv) transparência; (v) contraditório administrativo; (vi) respeito à diversidade de opiniões, dentre outros.

No artigo 11, são previstos alguns objetos de negociação coletiva, o que incluiria plano de carreira, regime jurídico, condições de trabalho, plano de saúde, remuneração, etc. No entanto, o projeto de lei não previa a negociação irrestrita, já estabelecendo no seu artigo 7º alguns limites a serem observados. Dentre esses limites, deve-se destacar: o princípio da reserva legal, prerrogativa de iniciativas legislativas tanto do presidente da república, quanto de outros entes sobre determinadas matérias, conforme disposições constitucionais; além de limitação relacionada à despesa com pessoal e restrições orçamentárias.

Por fim, ponto que chama atenção na normativa proposta era o seu capítulo IV que previa, com propriedade, a relação com o poder legislativo em decorrência da negociação coletiva.

CAPÍTULO IV DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E DA RELAÇÃO COM O PODER LEGISLATIVO

Art. 20. Nas hipóteses em que haja previsão constitucional para que a matéria objeto de negociação coletiva seja veiculada por lei com reserva de iniciativa, cópia do termo de acordo será encaminhada ao Poder Legislativo juntamente com o projeto de lei e com a exposição de motivos. Parágrafo único. Sempre que julgado necessário, será adotado o regime de urgência para a matéria.

Art. 21. As entidades que representam os servidores e empregados públicos, os órgãos estatais competentes pela articulação institucional com o Poder Legislativo e as lideranças do governo na respectiva casa legislativa promoverão os esforços necessários junto às lideranças partidárias para que os projetos de lei que veiculam o resultado de negociações coletivas exitosas tramitem com a celeridade desejada e respeitem, sempre que possível, os resultados das negociações, observado o disposto no art. 63, inciso I, da Constituição Federal.¹⁶⁸

Apesar de ter sido integralmente vetada, traz-se a proposta legislativa a fim de se verificar que existe a possibilidade de regulamentação da negociação coletiva pelo

¹⁶⁸ BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei n. 3831/2015. Estabelece normas gerais para a negociação coletiva na administração pública direta, nas autarquias e nas fundações públicas dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2057818>. Acesso em: 05/12/2021.

poder público. O projeto de lei garantia inclusive a possibilidade de que a negociação se torne um encaminhamento ao poder legislativo, sendo a negociação a expressão mais direta da democracia e da vontade dos trabalhadores envolvidos na relação.

O projeto tratava da negociação de maneira específica, sem relacionar ao direito de greve de servidores, por exemplo. Tratava-se de um projeto viável, trazendo benefícios e não implicando custos demasiados ao Estado¹⁶⁹, propondo diversas ponderações.

Apesar do resultado do processamento, demonstra-se, com o projeto que é possível garantir uma regulamentação, respeitando os ditames constitucionais, para a negociação no setor público, em consonância com os dispositivos internacionais sobre o tema.

4. Conclusão

A partir do exposto, nota-se que os entendimentos sobre a possibilidade da negociação coletiva no setor público são divergentes e devem ser levados em consideração diversos aspectos.

As compreensões sobre a possibilidade da realização de negociação coletiva no setor público foram evoluindo ao longo da história e das modificações de entendimentos. Não se tem, mais, o rígido entendimento de que o Estado tudo pode, em nome da supremacia do poder público, sobretudo em relação aos trabalhadores a ele vinculados (servidores).

Afasta-se do autoritarismo rígido anterior do regramento público para se aproximar, aos poucos, de uma possibilidade de participação social na condução do Estado. Dentre os diversos pontos positivos, além da aproximação com os entes sociais, pode-se mencionar a redução dos conflitos e dos movimentos grevistas, redução da judicialização de conflitos e possibilidade de inovação legislativa para se reger a relação de servidores, de acordo com as necessidades de cada setor ou órgão.

BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei n. 3831/2015. Estabelece normas gerais para a negociação coletiva na administração pública direta, nas autarquias e nas fundações públicas dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2057818>. Acesso em: 05/12/2021.

¹⁶⁹ CAVALCANTI, Alessandra Damian. A Negociação Coletiva no Serviço Público como Corolário do Direito de Sindicalização e do Direito de Greve. São Paulo : LTr, 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 192, DF. Relator: Carlos Velloso, Data de Julgamento: 12/11/1992, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 12/03/1993. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266382>. Acesso em 05/12/2021.

CAVALCANTI, Alessandra Damian. A Negociação Coletiva no Serviço Público como Corolário do Direito de Sindicalização e do Direito de Greve. São Paulo : LTr, 2018.

CONVENÇÃO n. 87, de 17 de junho de 1948, Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_239608/lang-pt/index.htm. Acesso em: 05/12/2021.

CONVENÇÃO n. 98, de 08 de junho de 1949, Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235188/lang-pt/index.htm. Acesso em: 05/12/2021.

CONVENÇÃO n. 151, de 07 de junho de 1978, Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236160/lang-pt/index.htm. Acesso em: 05/12/2021.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de direito sindical*. 4ª edição. São Paulo: LTR, 2005.

RECOMENDAÇÃO n. 159, de 07 de junho de 1978, Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242736/lang-pt/index.htm.

Acesso em: 05/12/2021.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. FARINA, Bernardo Cunha. A inevitabilidade da negociação coletiva no setor público. *Revista TST, Brasília*, Vol. 79, n. 3, jul/ set 2013. Pg. 63 a 103.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. *Negociação Coletiva de Trabalho*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2018.

A EXCLUSÃO EXTRAJUDICIAL DE SÓCIOS SOB A ÓTICA DE DECIDIBILIDADE

MARCELA VIEIRA MARCONI: Mestranda em Direito Comercial na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP, ingresso em 2021), Especialista em Direito Societário (INSPER-SP, 2021) Especialista em Arbitragem (PUC-SP, 2020), Advogada associada do BVZ Advogados da área de contencioso, arbitragem e insolvências.

Resumo: O presente artigo, levando em conta a decidibilidade como cerne da Ciência do Direito, conforme defende Tércio Sampaio Ferraz Junior, analisa a exclusão extrajudicial de sócios por falta grave em sociedades limitadas, destacando as questões que, apesar de não estarem legalmente previstas, influenciam nesta relevante questão societária, a partir de entendimentos jurisprudenciais consolidados pelos tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Ciência do Direito. Decidibilidade. Societário. Exclusão extrajudicial de sócios. Jurisprudência.

Sumário: 1. Introdução. 2. A Ciência do Direito e a decidibilidade, por Tércio Sampaio Ferraz Junior. 3. As lacunas legais inerentes ao Direito Societário. 4. Previsões legais quanto à exclusão de sócios e a relevância da decidibilidade. 5. O questionamento jurídico dos pressupostos para as exclusões extrajudiciais. 6. Os parâmetros fixados pela jurisprudência na análise da exclusão extrajudicial de sócios. 7. Considerações finais. 8. Referências.

1. Introdução.

A legislação, por essência, para regulamentar as relações entre os indivíduos, possui previsões de comportamentos permitidos e proibidos, bem como determina as consequências para determinados embates de direito, previamente especificados.

Por impossibilidade fática, a legislação não abarca todas as possibilidades de ações ou omissões humanas, de modo que, frente às situações reais, cumprirá aos aplicadores do direito a sua interpretação e aplicação, com superação de eventuais lacunas, para que seja encerrado o conflito jurídico em questão.

Nesse sentido, o doutrinador Tércio Sampaio Ferraz Júnior afirma que quaisquer normas sempre serão filtradas por meio de processos decisórios, de modo que a ciência do direito é um pensamento tecnológico e sempre estará relacionada à questão da decidibilidade.

No âmbito das relações societárias, verifica-se que as previsões legislativas são reduzidas e deixam grande margem para a contratualização, de modo a conferir maior liberdade aos agentes econômicos, e uma ampla gama de decisões para a resolução de conflitos societários.

Nesta seara, portanto, a questão da decidibilidade ganha ainda mais relevância, posto que o teor e os fundamentos das decisões judiciais, ao consolidarem a jurisprudência em determinado sentido, compõem fundamentalmente o regramento das relações societárias.

A exclusão extrajudicial de sócios em sociedades limitadas é regrada de forma bastante genérica pelo artigo 1085 do Código Civil, de modo que se destaca como uma das questões societárias cujos conflitos são essencialmente resolvidos pelo entendimento jurisprudencial.

Desta feita, o presente artigo se propõe a analisar brevemente a exclusão extrajudicial de sócios sob a ótica da decidibilidade, conforme definida pelo doutrinador Tércio Sampaio Ferraz Júnior.

2. A Ciência do Direito e a decidibilidade, por Tércio Sampaio Ferraz Junior.

Dentre os pensadores jurídicos brasileiros, Tércio Sampaio Ferraz Júnior se destaca por transitar entre os mundos das Ciências Humanas, da Filosofia e das Ciências Jurídicas e Sociais, refletindo sobre as possibilidades de definição de um critério de demarcação entre essas e as Ciências Naturais, com o objetivo final de identificar o espaço próprio das Ciências Jurídicas.

Para o referido doutrinador, como regra geral, a Ciência do Direito é percebida e definida como o sistema de conhecimentos sobre a realidade jurídica. Ele destaca, todavia, que essa concepção é bastante genérica e deve englobar maiores discussões sobre o objeto e sobre a dimensão da Ciência do Direito.

Ferraz Junior esclarece que as Ciências Humanas exigem e possuem métodos próprios, distintos dos métodos utilizados pelas Ciências Naturais. Para ele, as Ciências Naturais têm um método de abordagem que procura explicar os fenômenos naturais, de forma dedutiva, enquanto o método das Ciências Humanas, além de buscar explicar os fenômenos sociais, também busca compreender o sentido desses fenômenos e do comportamento humano, de forma valorativa.

Dentre as Ciências Humanas, Ferraz Junior afirma que a Ciência Jurídica pode ser considerada como autônoma frente às demais, como a Economia, a Sociologia ou a Antropologia, principalmente porque na Ciência do Direito é difícil de se estabelecer uma distinção clara entre o cientista e o agente social.

Se a mera captação da norma caracterizasse a Ciência do Direito, tal ciência se reduziria a um caráter interpretativo, e sua tarefa seria apenas a de extrair sentido das previsões legais, com uma finalidade de aplicação prática. Mas a Ciência do Direito vai além da simples compreensão dos textos, pois também busca lhes atribuir força e alcance, de modo que não é apenas interpretativa, mas também normativa, possuindo enunciados de natureza prescritiva e englobando a questão da decidibilidade.

Nesse diapasão, Ferraz Junior afirma que a investigação da Ciência do Direito, nos processos de conhecimento, pressupõe a relevância do fator social, de modo que, além de determinar as condições de cognoscibilidade da elaboração dogmática, será preciso também determinar as relações que existem entre os seus processos cognoscitivos e a realidade social à qual ela se dirige.

Assim, Ferraz Junior destaca que a Ciência do Direito sempre está delimitada pelo fenômeno da posituação, de forma independente ao objeto que lhe for adjudicado. E o fenômeno da posituação envolve o problema da decidibilidade, uma vez que, para que as normas adquiram validade, sempre deverão ser filtradas por meio de processos decisórios:

“Ora, esta situação modifica o status científico da Ciência do Direito, que deixa de se preocupar com a determinação daquilo que materialmente sempre foi o Direito com o fito do descrever aquele que, então, poder ser direito (relação causal), para ocupar-se com a oportunidade de certas decisões, tendo em vista aquilo que deve ser direito (relação de imputação). Neste sentido, o problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de decidibilidade. Os enunciados da Ciência do Direito que compõe as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo consequências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras.”¹⁷⁰

O objeto da Ciência Jurídica não seria, portanto, o estabelecimento de proposições apodíticas, mas sim a criação de condições para a otimização das decisões, que são o meio para que as normas possam adquirir validade.

Vinculada à questão da decidibilidade, a Ciência do Direito seria, em verdade, um pensamento sistêmico e também tecnológico, que envolve questões abstratas e empíricas, e opera uma dogmatização dos seus pontos de partida (a dogmática jurídica), para problematizar a questão da sua aplicabilidade na solução dos conflitos (a zetética jurídica).

170 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 50-51

Sendo assim, frente a conflitos, deve-se agir por meio de técnicas e, quando se faz necessário escolher entre técnicas jurídicas, a Ciência Jurídica irá se aproximar de uma teoria da decisão, na qual deverá ser realizada uma análise das decisões possíveis, conforme a sua relação de custo e benefício.

E no que diz respeito à decisão, em si, apesar de ela não eliminar ou solucionar os conflitos, ela os termina, impedido a sua continuação, e lhes impondo uma solução que os finaliza. Assim, é a partir da consolidação da decisão, e não apenas da existência da norma, que a incompatibilidade inicial não poderá ser mais retomada ou levada adiante.

Nesse contexto, o sistema normativo não admitirá apenas uma relação entre normas consideradas válidas, mas também entre normas que, apesar de inválidas, sejam efetivas, como uma forma de resposta coerente do próprio sistema jurídico a uma determinada situação.

3. As lacunas legais inerentes ao Direito Societário.

A evolução contínua, ou dinamicidade, é um traço característico do direito societário, seja a partir do alargamento de seu âmbito de incidência, ou do aperfeiçoamento de seu instrumental.

Tal dinamicidade se dá principalmente pelo fato de os agentes econômicos sempre buscarem a melhor acomodação de seus interesses, de modo que, para sua atuação em sociedade, procuram continuamente desenvolver novas formas de utilização dos instrumentos jurídicos existentes ou, então, criá-los.

Como reflexo dessa prática criativa e buscando acompanhar a realidade das práticas do mercado, o direito societário está em constante processo de reformulação.

Seja de forma proposital, a beneficiar a liberdade de contratar, ou de forma negligente, a verdade é que, não obstante a constante renovação, a atual disciplina societária brasileira não tutela de forma plena as possibilidades de relacionamentos internos à sociedade.

Nesse contexto, verifica-se um crescente processo de contratualização das relações societárias, no qual os pactos parassociais, em complemento aos contratos e estatutos sociais, assumiram papel de destaque pela sua capacidade de prever e reger situações específicas do cotidiano societário, por meio de convenções dos próprios integrantes da sociedade.¹⁷¹

171 Nesse sentido: “[o] moderno Direito das sociedades transcende o limiar bidimensional dos exclusivos relacionamentos sócio/sociedade: há, ainda, ligações diretas entre os próprios sócios. Patentes no caso dos

A esse respeito, o professor Ivo Waisberg esclarece que, no direito societário, em decorrência das arquiteturas contratuais, o alto grau de litigiosidade é mais complexo que em outros ramos do direito, exigindo cada vez mais meios sofisticados para a solução dos conflitos existentes.¹⁷²

Verifica-se, assim, a importância das decisões judiciais e da consolidação jurisprudencial para o direito societário, uma vez que, frente às lacunas legislativas, mesmo que haja extensa e profunda previsão contratual quanto a determinado tema, a sua aplicabilidade e validade, de forma ainda mais fundamental do que ocorre com as próprias normas, dependerá do entendimento judicial a esse respeito diante da análise fática dos posteriores conflitos.

Para o direito societário, portanto, a questão da decidibilidade assume posição ainda mais importante que para os outros ramos do direito de forma geral, sendo absolutamente indispensável compreender o raciocínio jurídico e o método de análise dos fatos utilizados pelos aplicadores do direito frente aos complexos conflitos que se apresentam nesta seara.

4. Previsões legais quanto à exclusão de sócios e a relevância da decidibilidade.

Os fundamentos legais para a exclusão de sócio em sociedades limitadas estão previstos nos artigos 1.030 e 1.085 do Código Civil¹⁷³, sendo o primeiro referente à exclusão judicial e o segundo referente à exclusão extrajudicial.

O artigo 1.030 permite a exclusão de forma judicial quando o sócio cometer "*falta grave no cumprimento de suas obrigações*". E o artigo 1.085 permite a exclusão

acordos parassociais, tais ligações ocorrem, ainda, instrumentalmente, em vários planos. (MENEZES CORDEIRO, António, Manual de direito das sociedades, vol. 1, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007, fls. 514.)

172 WAISBERG, Ivo. Dispute Board em matéria societária. Quando seria viável? In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (Coord.). Processo societário II. Adaptado ao novo CPC – Lei nº 13.105/2015. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2015. p. 359.

173 CC, Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente.

CC, Art. 1.805. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa.

Parágrafo único. Ressalvado o caso em que haja apenas dois sócios na sociedade, a exclusão de um sócio somente poderá ser determinada em reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim, ciente o acusado em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa.

extrajudicial na hipótese de o sócio colocar "*em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade*".

Em suas redações, os requisitos para a exclusão judicial e para exclusão extrajudicial são distintos, contudo, possuem como exigência comum a existência de uma justa causa, que se configurará sempre que houver um descumprimento grave de deveres imputados ao sócio. O que se altera nas duas hipóteses, portanto, não é propriamente o pressuposto material da exclusão, mas sim o procedimento pelo qual será verificada a sua configuração.

Não tendo a lei indicado precisamente quais as faltas que poderiam levar à exclusão justificada de um dos sócios da sociedade, adotou-se o conceito jurídico indeterminado de falta grave, que deverá ser analisado casuisticamente, de forma pormenorizada.

Para verificação desse pressuposto material, não basta que o sócio tenha cometido qualquer falta menor, que não configure um efetivo obstáculo à obtenção do fim comum. A falta deverá se caracterizar como grave, considerada em um conjunto sistemático de direitos e deveres dos sócios, e não apenas em um ato isolado e sem maiores relevâncias ou consequências práticas.

Em outras palavras, a falta que permite a expulsão de um sócio deverá ser analisada dentro de todo o contexto da sociedade, considerando-se também os antecedentes do sócio em questão, e as reais repercussões negativas do ato, além das condutas anteriores dos demais sócios em situações semelhantes, e dos usos e costumes aplicáveis àquela sociedade.

Por ser muito rico em suporte probatório fático, o instituto da exclusão de sócios sequer comportaria uma previsão legislativa mais abrangente, ou menos genérica, pois "*é daqueles que mal toleram uma rigorosa disciplina dos vários casos em que é justificável, necessário ou desejável o afastamento de um sócio*".¹⁷⁴ Entende-se que seria inócua e superficial qualquer tentativa legal de especificar previamente as hipóteses de falta grave que justificariam a exclusão de sócios.

O doutrinador Luis Felipe Spinelli defende que, diante da falibilidade da previsão humana e da riqueza da possibilidade fática, parece acertada a opção legislativa de inserir um conceito jurídico aberto, que permite a tipificação de condutas não preconcebidas, frente e análise dos contextos individuais:

"Falta grave", bem como "ato de inegável gravidade", é conceito jurídico indeterminado, sendo uma opção correta do legislador brasileiro, pois confere certa flexibilidade ao instituto da exclusão de sócio. Assim, agiu bem o legislador, havendo a

¹⁷⁴ NUNES, A. J. Avelãs. O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais. 1. ed. brasileira, p. 156.

necessidade de verificação, in concreto, de quais deveres foram descumpridos e todas as circunstâncias para, então, avaliar-se se é caso ou não de exclusão.¹⁷⁵

Sendo assim, dentre os temas de direito societário que, de forma geral, já importam grande relevância à decidibilidade, a questão da exclusão de sócios, relacionada ao conceito aberto de “falta grave”, claramente se destaca como tema para o qual o entendimento dos fundamentos e da forma de raciocínio jurídico aplicados para as decisões judiciais são indispensáveis.

E enquanto as exclusões judiciais de sócios dispensam a existência de pressupostos formais adicionais ao pressuposto material da justa causa, as exclusões extrajudiciais, por se caracterizarem como uma medida extrema tomada pelos demais sócios, sem a intervenção de um terceiro isento à relação, necessitam de um conjunto de pressupostos formais adicionais ao pressuposto material da existência de falta grave.¹⁷⁶

Nos termos do artigo 1.085 do Código Civil, para a exclusão extrajudicial de sócios devem ser observados os seguintes requisitos: (i) a ocorrência de falta grave que possa ser imputada ao sócio cuja exclusão se pretenda; (ii) a previsão expressa, no contrato social, de cláusula que autorize a exclusão extrajudicial pelo cometimento de falta grave por parte do sócio; (iii) a realização de reunião ou assembleia especialmente convocada para esse fim; e (iv) a ciência prévia do acusado quanto à essa pretensão, com o respeito ao seu direito de defesa.¹⁷⁷

A necessidade de autorização expressa em contrato social se justifica exatamente por se tratar a exclusão extrajudicial de uma medida excepcional que, por conseguinte,

¹⁷⁵ SPINELLI, Luis Felipe. Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada. São Paulo, Quartier Latin, 2015, p. 69

¹⁷⁶ “A admissão da exclusão extrajudicial representa a atribuição de uma prerrogativa extremamente relevante para a maioria social: o poder de determinar autonomamente a exclusão de um sócio, transferindo ao quotista excluído o ônus de recorrer à autoridade judicial caso se sinta lesado. É em razão do peso e do caráter excepcional de tal conferência de poder que a lei impõe a existência de cláusula expressa, prévia notificação do excluendo e convocação de assembléia ou reunião pessoal, como requisitos essenciais para admissão da exclusão extrajudicial.” (VIO, Daniel de Ávila. A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordo com o Código Civil de 2002. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008, p. 125).

¹⁷⁷ A doutrinadora Maria Eugênia Finkelstein afirma que os requisitos a serem obedecidos seriam: (i) a prática, por parte do quotista, de atos de inegável gravidade que colocam em risco a continuidade da empresa; (ii) a previsão, no contrato social, de exclusão por justa causa; (iii) a realização de conclave especialmente convocado para este fim, com aprovação representativa de mais da metade do capital social; e (iv) a ciência do membro a ser eliminado em tempo hábil para que possa comparecer e exercer o seu direito de defesa (FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Jurisprudência comentada e anotada. Exclusão de sócio por justa causa: necessidade de assembleia específica. Revista dos Tribunais, a. 101, v. 920, p. 531-545, jun. 2012, p. 543-544).

deve ter sido previamente autorizada sob a anuência dos sócios.¹⁷⁸ E para que possa ser devidamente exercido o direito de defesa do sócio cuja exclusão se pretende, também se justificam a necessidade de convocação prévia e deliberação específica a esse respeito.¹⁷⁹

Assim, quando as exclusões extrajudiciais são questionadas judicialmente, a análise de sua legitimidade, por depender também da análise do preenchimento de requisitos formais específicos, é ainda mais complexa do que aquela realizada no âmbito das exclusões judiciais, para as quais a própria realização exige a intervenção do poder judiciário, desde o primeiro momento.

E por esta razão, frente à existência de um maior número de variáveis e especificidades a serem analisados casuisticamente, o estudo da questão da decidibilidade é revestido de relevância ainda maior no âmbito das exclusões extrajudiciais de sócios que, exatamente por esta razão, são o principal foco do presente artigo.

5. O questionamento jurídico dos pressupostos para as exclusões extrajudiciais.

A *priori*, as exclusões extrajudiciais, por óbvio, são realizadas sem a intervenção do poder judiciário. Mas verifica-se, pela prática, que grande parte das exclusões realizadas desta forma se tornam alvo de posterior discussão judicial, atinente à sua manutenção ou revogação, pelo preenchimento dos requisitos formais e materiais para sua realização.¹⁸⁰

As exclusões extrajudiciais, justamente em razão de seu mecanismo autônomo, são operadas, geralmente, nos casos em que há pressa dos demais sócios para que seja

¹⁷⁸ "O principal resultado prático da adoção do procedimento em questão é o fato de que um quotista pode ser privado da qualidade de sócio antes mesmo que um juiz tenha a oportunidade de avaliar a sua situação jurídica. Dessa forma, dada a relevância da matéria e as consequências que comporta, faz sentido que o legislador tenha condicionado a aplicabilidade do procedimento extrajudicial ao consentimento expresso dos sócios." (VIO. A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordo com o Código Civil de 2002, cit., p. 168).

¹⁷⁹ Quanto ao conteúdo da convocação, o objetivo é que o excluendo tenha ciência dos fatos que lhe são imputados, para que possa realizar sua defesa. "Por isso, não é suficiente informar laconicamente ao excluendo que a assembléia terá por objeto a deliberação de sua exclusão da sociedade ou, mesmo, que tal exclusão é fundada em 'falta grave' ou descumprimento de deveres de sócio, sem outros acréscimos, sob pena de se estar, assim, violando frontalmente a própria ratio da convocação. Da mesma forma, não satisfaz a exigência legal declinar a consequência de um fato sem declinar causa de sua ocorrência." (ADAMEK. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil, In: (coord.). Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos – Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 201).

¹⁸⁰ Em pesquisa no sistema do Tribunal de Justiça de São Paulo, verifica-se que desde o mês de junho de 2019 foram julgadas 125 apelações referentes a esse tema. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do>. Acesso em 21.11.2021, às 11h50.

realizada tal exclusão, de modo que a espera pelo período necessário para operar uma exclusão judicial inviabilizaria a concretização de seus interesses.

Por mais que se possa pretender realizar uma exclusão judicial de sócio mediante pedido liminar, dificilmente tal pedido será deferido, posto que os pedidos liminares se operam por meio de análise superficial e não exauriente, enquanto para a exclusão se faz necessária uma análise extensa e aprofundada sobre o conjunto fático-probatório, com o objetivo de que seja verificada a existência, ou inexistência, de justa causa para fundamentar o pedido.

Mesmo que a exclusão extrajudicial resolva, em um primeiro momento, a questão da celeridade para que se realize a exclusão de determinado sócio, o fato é que em grande parte das vezes tal exclusão resultará em posterior questionamento judicial pelo sócio excluído, cuja vontade foi vencida pela vontade da maioria societária no procedimento interno à sociedade.

Para o sócio excluído, a urgência na obtenção de determinação judicial estará na necessidade de reestabelecimento de seus direitos societários políticos (voz e voto nas deliberações societárias), patrimoniais (dispor de sua propriedade) e econômicos (recebimento de sua parte dos lucros da sociedade), cuja supressão importa na condução da sociedade de forma livre pelos sócios remanescentes, e na possível irreversibilidade no caso de esta condução ser prejudicial à manutenção da sociedade.

Assim, enquanto a efetivação da exclusão judicial de sócio está intrinsecamente relacionada às decisões judiciais, para as exclusões extrajudiciais essa relação é inerente à sua manutenção ou revogação, que em boa parte das vezes é pleiteada, inclusive liminarmente, ensejando a análise judicial quanto ao preenchimento dos pressupostos formais e materiais dispostos no artigo 1.085 do Código Civil.

Analisar-se-á a seguir, portanto, em atenção à relevância da questão da decidibilidade para tais conflitos societários, qual o racional e qual o posicionamento da jurisprudência frente aos questionamentos das exclusões extrajudiciais de sócios, seja em caráter liminar ou de mérito.

6. Os parâmetros fixados pela jurisprudência na análise da exclusão extrajudicial de sócios.

Como já esclarecido, o questionamento judicial das exclusões extrajudiciais de sócios muitas vezes se dá com a inclusão de pedido liminar, uma vez que o sócio excluído teme o risco de ter seus direitos suprimidos, em prejuízo a ele e à sociedade, durante todo o período necessário para a resolução de mérito da demanda.

O artigo 300 do Código de Processo Civil determina que a tutela de urgência será concedida quando houver, cumulativamente, elementos que evidenciem a probabilidade do direito ("*fumus bon iuris*") e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo ("*periculum in mora*").¹⁸¹

Em uma análise da jurisprudência nacional de segunda instância, verifica-se que a decidibilidade, no que diz respeito às medidas liminares pleiteadas pelo sócio excluído, se direciona preponderantemente à análise sobre o preenchimento dos requisitos formais para a sua exclusão, como método de verificação da probabilidade do direito.¹⁸²

De certa forma, há uma tendência do poder judiciário de já considerar existente o *periculum in mora*, pelo fato de o sócio excluído estar sendo privado de seus direitos como membro da sociedade. E, sob essa premissa, caso a exclusão do sócio não se fundamente em autorização do contrato social, ou caso não tenha sido realizada com a devida convocação e o conclave específico, há uma chance grande de ela ser liminarmente invalidada pelo poder judiciário.

Isso provavelmente se dá em razão de a análise sobre a justa causa, como pressuposto material, não ser viável em caráter liminar, por demandar um exame extenso

181 CPC, Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

182 A título de exemplo: (1) "Agravo de instrumento. Sociedade Limitada - Ação anulatória - Deliberações aprovadas em reunião de sócios - Exclusão de sócios - Vício em edital de convocação, que não indicou os atos de gravidade motivadores da proposta exclusão do quadro social - Exame dos atos diante do disposto no parágrafo único do artigo 1.085 do CC/2002 - Violação ao direito de defesa - Induzimento em erro apto a impossibilitar o comparecimento dos sócios excluídos - Requisitos da tutela de urgência, tal como previstos no art. 300 do CPC/2015, presentes - Plausibilidade do direito alegado demonstrada - Efeitos das deliberações suspensas - Decisão mantida - Recurso desprovido." (TJ-SP - AI: 2116102-76.2020.8.26.0000, Relator: Fortes Barbosa, Data de Julgamento: 10/11/2020, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 10/11/2020); (2) "Agravo De Instrumento. Sociedade Limitada. Exclusão Extrajudicial de Sócio. Impossibilidade. Ausente a prévia autorização no contrato social para esta modalidade de exclusão. Literalidade do art. 1.085 do código civil. Demais questões prejudicadas(...)" (TJ-PR - AI: 0017588-67.2021.8.16, Relator: Marcelo Gobbo Dalla Dea, Data de Julgamento: 23/06/2021, 18ª Câmara Cível, Data de Publicação: 23/06/2021); e (3) "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ASSEMBLEIA. SOCIEDADE LIMITADA. EXCLUSÃO EXTRAJUDICIAL DE SÓCIO. QUEBRA DE AFFECTIO SOCIETATIS. INSUFICIÊNCIA. GARANTIA DO DIREITO DE DEFESA. AUSÊNCIA. 1. O sócio de sociedade limitada tem o direito de ser notificado da assembleia marcada para deliberar sobre a sua exclusão, em tempo hábil para permitir seu comparecimento e o exercício do direito de defesa (CC 1.085). 2. A alegação de quebra da affectio societatis não é suficiente para fundamentar, por si só, a exclusão de sócio, diante da necessidade de demonstração de justa causa (CC 1.085). 3. Cabível a concessão de antecipação de tutela para invalidar os efeitos da assembleia impugnada e determinar a realização de nova assembleia, com direito à apresentação de defesa e comunicada com antecedência mínima de oito dias. 4. Deu-se provimento ao agravo de instrumento." (TJ-DF 0708862-83.2019.8.07.0000, Relator: Sérgio Rocha, Data de Julgamento: 02/10/2019, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 15/10/2019).

e aprofundado do conjunto fático-probatório, sob as devidas ponderações quanto aos efetivos prejuízos do ato e quanto aos usos e costumes daquela sociedade, como já esclarecido anteriormente.

A relevância de se compreender essa tendência de decidibilidade se encontra no fato de que, apesar de não haver previsão legal que determine que as medidas liminares pleiteadas por sócios excluídos extrajudicialmente devam ser analisadas sob a ótica do preenchimento dos requisitos formais do artigo 1.085 do Código Civil, consolidando-se essa forma de decidir, ela acaba por tornar-se uma regra, apta a reger a coletividade, como bem observado por Ferraz Junior.

Já no que diz respeito à análise de mérito, se os referidos requisitos formais não forem preenchidos, a tendência jurisprudencial, como se analisa das decisões de segunda instância da jurisprudência nacional, e como era de se esperar, é de que sejam confirmadas e efetivadas as medidas liminares, para que seja invalidada a deliberação, e retomada a condição de sócio daquele indivíduo anteriormente excluído.¹⁸³

Mas se forem devidamente preenchidos os requisitos formais em questão, a análise de mérito das exclusões extrajudiciais irá ser direcionada à verificação do pressuposto

183 A título de exemplo: (1) "APELAÇÃO CÍVEL - SUSCITAÇÃO DE DÚVIDA - EXCLUSÃO EXTRAJUDICIAL DE SÓCIO MINORITÁRIO POR JUSTA CAUSA - AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO CONTRATO SOCIAL - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ART. 1.085, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL - RECURSO DESPROVIDO. - Nos termos do art. 1.085 do Código Civil de 2002 a exclusão de sócio dos quadros da sociedade por deliberação de seus pares pressupõe que haja previsão no contrato social da empresa acerca da exclusão por justa causa - Não havendo previsão no contrato social da empresa acerca da exclusão por justa causa, mostra-se irregular a exclusão do sócio minoritário dos quadros da sociedade, restando inviável, por consequente, a alteração do contrato social da empresa - Recurso desprovido." (TJ-MG - AC: 10000190017905001, Relator: Ângela de Lourdes Rodrigues, Data de Julgamento: 09/05/2019, 8ª Câmara Cível, Data de Publicação: 15/05/2019); (2) "Societário. Exclusão judicial forçada de sócio minoritário. Ausência de previsão estatutária a permitir a alteração do contrato social por mera conveniência do sócio majoritário. Exigência ademais de unanimidade para quaisquer alterações do estatuto. Art. 1.030, caput, do Código Civil, que por seu turno admite a exclusão por iniciativa da maioria, mas em caso de grave descumprimento dos deveres sociais. Sócio majoritário que não descreve com clareza fato que a tanto possa ser equiparado. Mera desinteligência entre as partes, ou a consideração da perda da affectio societatis, objetivamente, que não bastam. Demanda improcedente. Sentença que acolheu o pedido inicial reformada. Apelação do réu provida." (TJ-SP - AC: 1002689-95.2016.8.26.0565, Relator: Fabio Tabosa, Data de Julgamento: 30/11/2020, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 30/11/2020); e (3) "SOCIEDADE LIMITADA - Ação de anulação de alteração de contrato social - Vício formal na convocação do sócio excluído - Ocorrência - Ausência de indicação expressa da falta grave - Art. 1.085, parágrafo único, do CC - Reconvenção extinta por falta de interesse processual - Pedido se limita à exclusão do autor-reconvindo da sociedade, o que já foi feito na prática - Sentença mantida - Recurso improvido." (TJ-SP - AC: 1022481-50.2018.8.26.0602, Relator: J. B. Franco de Godoi, Data de Julgamento: 17/05/2021, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 17/05/2021).

material, ou seja, à configuração de justa causa, ou não, a validar a exclusão do sócio da sociedade.

Nesse caso, verifica-se que a jurisprudência nacional, como se vislumbra dos recentes julgados de segunda instância de diversos tribunais, além de exigir a efetiva comprovação da justa causa, tende a se posicionar em favor do sócio excluído, de modo que, se houver dúvidas quanto à existência ou configuração da justa causa, a exclusão extrajudicial tende a ser invalidada.¹⁸⁴

A relevância da questão da decidibilidade, na análise de mérito das exclusões extrajudiciais, é evidenciada, por exemplo, pela fixação do entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a simples quebra da *affectio societatis* (relação pessoal entre os sócios) não é suficiente a caracterizar justa causa para exclusão de sócio.¹⁸⁵

184 A título de exemplo: (1) Apelação Cível. Direito Societário. Ação Anulatória de Alteração Contratual de Sociedade Simples. Autor indevidamente excluído do quadro societário da 1ª ré sem direito à apuração de haveres, mediante cessão de todas as suas quotas para o 2º réu, seu representante, destituída da indispensável anuência daquele. Transferência que se operou através de procuração previamente revogada pelo outorgante, cuja notificação extrajudicial foi entregue ao outorgado e demais sócios antes da averbação do ato no registro civil de pessoas jurídicas. Contrato consigo mesmo. Artigo 117 do Código Civil. Extrapolação dos poderes de agir contra a vontade do mandante. Conflito de interesses. Violação à boa-fé objetiva. Ausência de justa causa para a exclusão de sócio. Invalidez do negócio jurídico. Sentença de procedência que se mantém. Desprovisionamento do recurso. (TJ-RJ - APL: 02222593620198190001, Relator: Des(a). Luiz Roldão de Freitas Gomes Filho, Data de Julgamento: 03/05/2021, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: 04/05/2021); (2) APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE E APURAÇÃO DE HAVERES EXCLUSÃO DE SÓCIO FALTA GRAVE INEXISTÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA MANTIDA RECURSO DESPROVIDO. 1. Para a exclusão do sócio, é necessário que sua conduta coloque em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade (art. 1.085 do CC) ou indique falta grave no cumprimento de suas obrigações (art. 1.030 do CC), sendo certo que a quebra da *affectio societatis* não basta para a exclusão do sócio. 2. Tendo em vista que a colheita da prova testemunhal e a produção da perícia não teriam sido conclusivas quanto à prática das condutas imputadas ao apelado, é de ser mantida a sentença de improcedência, nos termos do art. 373, inciso I, do CPC. 3. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-ES - APL: 00010821920098080013, Relator: Telêmaco Antunes De Abreu Filho, Data de Julgamento: 01/10/2019, Terceira Câmara Cível, Data de Publicação: 11/10/2019); e (3) Ação declaratória de invalidade de deliberação social. Exclusão de sócio. Impossibilidade. Falta grave não verificada. Práticas descritas que não se enquadram no conceito de ato de inegável gravidade a autorizar o procedimento do artigo 1.085 do Código Civil. Ruptura da *affectio societatis* constatada. Causa insuficiente. Precedente do STJ. Recurso desprovido. (TJ-SP - AC: 1117435-76.2017.8.26.0100, Relator: Araldo Telles, Data de Julgamento: 10/11/2020, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Data de Publicação: 10/11/2020).

¹⁸⁵ Entendimento consolidado: "Para exclusão judicial de sócio, não basta a alegação de quebra da *affectio societatis*, mas a demonstração de justa causa, ou seja, dos motivos que ocasionaram essa quebra." (REsp 1.129.222/PR, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 28/06/2011)

Esse e outros entendimentos, que não são previstos em lei, mas decorrem da consolidação de uma forma de análise sobre situações específicas, deixam evidente o acerto da teoria da ciência do direito sob a ótica da decidibilidade, encartada Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Não fosse a análise da decidibilidade tão relevante, tais questões permaneceriam sem resposta, enquanto não devidamente regulamentadas pelo legislador.

7. Considerações finais.

Segundo o entendimento de Tércio Sampaio Ferraz Júnior sobre a Ciência do Direito, a decidibilidade deve ser analisada como ponto central das questões jurídicas, posto que, para que as normas adquiram validade, sempre deverão ser filtradas por meio de processos decisórios. Desse modo, os conflitos jurídicos não serão solucionados pela simples aplicação das normas, mas sim, a partir de uma decisão pautada nas normas positivadas e em diversos outros aspectos subjetivos inerentes à análise de tais conflitos.

O direito societário, dentre outros tantos ramos do direito, se destaca pela dinamicidade, que se faz necessária para que sejam acompanhadas as evoluções das relações de mercado. Todavia, seja de forma proposital, em benefício à liberdade contratual, ou de forma negligente, a verdade é que tal dinamicidade não é acompanhada pela disciplina legal societária, que possui muitas lacunas de regulamentação quanto aos relacionamentos internos à sociedade.

Frente a tais lacunas, a questão da decidibilidade adquire relevância ainda maior no direito societário, posto que mesmo as previsões contratuais mais específicas também dependerão da interpretação e decisão para que sejam consideradas aplicadas e válidas.

No tema da exclusão extrajudicial de sócios, a previsão legislativa do artigo 1.085 do Código Civil é bastante genérica ao fixar os requisitos necessários, de modo que, questionadas judicialmente tais exclusões, cumpre ao poder judiciário a função de fixar entendimentos quanto aos parâmetros aplicáveis. E quanto a essa ótica da decidibilidade na exclusão extrajudicial de sócios é que se debruçou o presente artigo.

Em uma análise dos fundamentos das decisões recentes dos tribunais quanto ao tema, foi possível verificar três tendências de decidibilidade bastante claras na jurisprudência nacional, quais sejam: (i) para a concessão de medidas liminares, a verificação direcionada aos requisitos formais das exclusões extrajudiciais; (ii) para o julgamento de mérito, a anulação de exclusões extrajudiciais que não cumpram tais requisitos formais; (iii) e, uma vez cumpridos os requisitos formais, para o julgamento de mérito direcionado ao requisito material, a exigência de comprovação da justa causa, e o posicionamento em favor do sócio excluído quando houver dúvidas quanto à sua configuração.

Também como uma tendência relacionada à decidibilidade, uma vez que inexistente previsão legislativa a respeito, já é fixado pelo Superior Tribunal de Justiça o entendimento de impossibilidade de exclusão extrajudicial de sócio pautada na simples quebra da *affectio societatis*. Assim como esta, as outras três tendências mencionadas pelo presente artigo tendem a se consolidar, de modo a reger de forma concreta as relações societárias.

O presente artigo, portanto, para além de destacar a importância da análise da questão da decidibilidade, tal qual como estudada por Tércio Sampaio Ferraz, nas relações societárias e na exclusão extrajudicial de sócios especificamente, exemplificou tal importância e explicitou três novas tendências de padrões de decisão a esse respeito, cuja observância será indispensável para melhor compreensão sobre a regulamentação efetivamente vigente a respeito do tema.

8. Referências.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. Anotações sobre a exclusão de sócios por falta grave no regime do Código Civil. In: (coord.). Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos – Liber Amicorum Prof. Dr. Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 185-215.

CARVALHOSA, Modesto. Comentários à lei das Sociedades Anônimas, vol.2, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

CRAVEIRO, Mariana Conti. Contratos entre sócios: interpretação e direito societário. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Jurisprudência comentada e anotada. Exclusão de sócio por justa causa: necessidade de assembleia específica. Revista dos Tribunais, a. 101, v. 920, p. 531-545, jun. 2012.

FONSECA, Priscila Corrêa da. Dissolução parcial, retirada e exclusão de sócio. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A ciência do direito. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LA TORRE, Angel. Introdução ao Direito. Coimbra: Almedina, 1978.

MENEZES CORDEIRO, António, Manual de direito das sociedades, vol. 1, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2007

MUNHOZ, Eduardo Secchi. Anotações sobre os limites do poder jurisdicional. In: RDBMC 36, abril-junho/2007.

NUNES, A. J. Avelãs. O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais. 1. ed. Brasileira.

NUNES, Marcelo Guedes. Dissolução parcial na sociedade limitada. In: COELHO, Fábio Ulhoa (Coord.). Tratado de direito comercial, v. 2, São Paulo: Saraiva, 2015, p. 220-247.

SPINELLI, Luis Felipe. Exclusão de sócio por falta grave na sociedade limitada, São Paulo, Quartier Latin, 2015.

TOMASETTI JUNIOR, Alcides. A Parte Contratual. In Temas de Direito Societário e Empresarial Contemporâneos, coordenação Marcelo Vieira von ADAMEK, São Paulo, Malheiros, 2011.

VIO, Daniel de Ávila. A exclusão de sócios na sociedade limitada de acordo com o Código Civil de 2002. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial). São Paulo, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2008.

WALD, Arnoldo. A contratualização do direito societário, in Revista de Direito Bancário e de Mercado de Capitais n.º 26, outubro – dezembro, 2004, pp. 21 -5 [= RF, n.º 380, julho-agosto, 2005.

WARDE JÚNIOR, Walfrido Jorge. Direito societário aplicado: baseado nos precedentes das câmaras reservadas de direito empresarial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo: Saraiva, 2014, livro eletrônico.

YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA (coord.) Processo Societário IV. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 853-867

A CRISE DO PARADIGMA PUNITIVO NO BRASIL E O POTENCIAL TRANSFORMADOR DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

ELAINE CRISTINA MONTEIRO CAVALCANTE:

Mestranda na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), no Programa de Pós-Graduação em Direito, Núcleo de Pesquisa em Direito Processual Penal. Especialista em Direito Penal pela Escola Paulista da Magistratura (EPM). Professora da Escola Paulista da Magistratura. Juíza de Direito Aposentada do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Resumo: O presente artigo tem por escopo o estudo da justiça restaurativa e seu potencial de transformação, observados os princípios e os valores que a norteiam. Será utilizada, como pano de fundo, a discussão sobre a crise punitiva retributiva e preventiva, na busca de alternativas eficientes ao enfrentamento da criminalidade e da insegurança que afligem a sociedade do século XXI. Em que pese os avanços da justiça restaurativa, há desafios a serem enfrentados, com ênfase na participação das vítimas, da comunidade e na reparação dos danos. É fundamental que a justiça restaurativa seja inserida no ordenamento jurídico para assumir seu papel de potência transformadora de um sistema punitivo em crise, de maneira a integrar a restauração do dano causado pela violação do bem jurídico tutelado, observados os princípios e os valores que a norteiam, sem com isso impedir a intervenção estatal nos casos legalmente previstos.

Palavras-chave: Justiça restaurativa; Crise punitiva; Transformação punitiva; Alternativas penais; Reparação de danos.

Abstract: This article aims to study restorative justice and its potential for transformation, observing the principles and values that guide it. The punitive, retributive and preventive crisis will be used as a background, in the search for efficient alternatives to face crime and insecurity that afflict society in the 21st century. Despite the advances in restorative justice, there are challenges to be faced, with an emphasis on the participation of victims, the community and the repair of damages. It is essential that restorative justice be inserted in the legal system to assume its role as a transformation potential of a punitive system in crisis, in order to integrate the restoration of the damage caused by the violation of the protected legal good, observing the principles and values that guide it, without thereby preventing state intervention in cases legally provided for.

Keywords: Restorative justice; Punitive crises; Punitive transformation; Penal alternatives; Damage reparation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Considerações gerais sobre as finalidades das penas. 3. A crise do paradigma punitivo no Brasil. 4. Justiça Restaurativa. 4.1 Breve esboço histórico. 4.2 Conceito de Justiça Restaurativa. 4.3 A teoria das lentes de Howard Zehr. 4.4 Algumas práticas e metodologias restaurativas. 4.4.1 Programa de reconciliação vítima-infrator. 4.4.2 Conferência restaurativa. 4.4.3 Círculos de Paz. 4.5 A situação da Justiça Restaurativa no Brasil. 5. Conclusão. 6. Referências.

1 Introdução

O presente artigo tem por objeto o estudo da justiça restaurativa e seu potencial transformador, observados os princípios e os valores que a norteiam. Será utilizada, como pano de fundo da discussão proposta, a crise do paradigma punitivo retributivo e preventivo, na busca de alternativas eficientes para o enfrentamento da criminalidade e da insegurança que afligem a sociedade do século XXI.

O direito social à segurança está previsto no artigo 6º da Constituição Federal de 1988¹⁸⁶; a segurança pública enquanto dever do Estado, no seu artigo 144¹⁸⁷. Por outro lado, o art. 4º, VII, da Carta de 1988 estabelece que a República Federativa do Brasil é regida nas suas relações internacionais pela solução pacífica dos conflitos, disposição essa que também deve ser aplicada ao âmbito interno e ao âmbito penal, nos limites fixados pelo ordenamento jurídico.

O estudo utiliza em sua metodologia de pesquisa os métodos dedutivo e descritivo-argumentativo, além da técnica de pesquisa bibliográfica, por meio do levantamento de fontes legislativas, doutrinárias e relatórios de pesquisa.

Na seção 2, são tecidas considerações gerais sobre as finalidades das penas, abordando brevemente as disposições constitucionais acerca das penas proibidas, a evolução histórica das penas corporais, as teorias tradicionais sobre as funções das penas e a teoria adotada pela legislação penal brasileira.

Na seção 3, o estudo aborda a crise do paradigma punitivo no Brasil, enfatizando as elevadas taxas de encarceramento, que colocaram o país em 3º lugar dentre os países com maior população carcerária do mundo, e as diretrizes das Nações Unidas, já incorporadas

186 BRASIL. Constituição Federal (1988). "Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

187 BRASIL. Constituição Federal (1988). "Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – polícias civis; V – polícias militares e corpos de bombeiros militares; VI – polícias penais federal, estaduais e distrital".

ao direito positivo de alguns países ocidentais, no sentido de que somente deve haver privação da liberdade nos crimes mais graves, quando não for possível aplicar nenhuma outra medida menos gravosa. Assim, as medidas alternativas ao cárcere implementadas no Brasil foram insuficientes para conter a criminalidade ou atender às finalidades da pena, o que determina a reflexão sobre o sistema penal do século XXI.

Na seção 4, o estudo traz um breve esboço histórico da justiça restaurativa, algumas concepções apresentadas por doutrinadores e pesquisadores sobre seu conceito, que ainda está em desenvolvimento, o referencial teórico básico de Howard Zehr, considerado autoridade mundial no restaurativismo, inclusive no Brasil, algumas práticas e metodologias restaurativas e a situação atual da Justiça Restaurativa no Brasil. Nesse contexto, foram descritos o marco normativo brasileiro de justiça restaurativa consistente na Resolução n. 225/2016, do Conselho Nacional de Justiça, seus princípios e algumas conclusões da pesquisa *Pilotando a Justiça Restaurativa – O Papel do Poder Judiciário*, do Conselho Nacional de Justiça, que trouxeram uma visão panorâmica da justiça restaurativa no Brasil.

Espera-se, dessa forma, proporcionar a visão de conjunto da crise envolvendo os sistemas retributivo e preventivo das penas e das alternativas propostas pela justiça restaurativa, no sentido de construir soluções para incrementar a eficiência da resposta penal, sobretudo, considerando a necessidade de reparar os danos causados às vítimas. A ênfase da pesquisa é demonstrar a importância da inserção da justiça restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro como instrumento de integração ao sistema penal, sem com isso impedir a intervenção estatal nos casos legalmente previstos.

2 Considerações gerais sobre as finalidades das penas

A prática de uma infração penal tem como consequência a imposição pelo Estado de uma pena que consiste no exercício do *jus puniendi* estatal.

O Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º da Constituição Federal de 1988). Em razão disso, malgrado o Estado tenha o dever/poder de aplicar a pena àquele que infringiu o ordenamento jurídico-penal, ela deve ser ministrada em consonância com os princípios expressos ou implícitos na Constituição Federal.

Assim, nos termos do artigo 5º, XLVII, da Carta de 1988, não haverá: a) penas de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, da Constituição Federal; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento e; d) cruéis.

Historicamente, ao menos até o século XVIII, as penas consistiam em severos castigos corporais, conforme se vê abaixo:

A história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um¹⁸⁸.

Com o decorrer do tempo e das transformações dele advindas, pelo menos nos países ocidentais, vários diplomas visando preservar a dignidade humana trataram de afastar dos ordenamentos jurídicos as penas degradantes e cruéis.

Citemos a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, logo após o fim da Segunda Guerra Mundial, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 1948.

No entanto, para a aplicação da sanção, o sistema penal formulou teorias que a legitimaram, como uma manifestação racionalmente planejada do poder, e não como uma manifestação de violência arbitrária.

A fim de justificar a atuação coercitiva extrema, as teorias tradicionais outorgaram ao direito penal a coerência interna necessária, mas muito ainda se discute sobre as funções das penas.

As teorias absolutas sustentam a tese da retribuição, enquanto as teorias relativas sustentam a tese da prevenção.

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como "castigo", "reação", "reparação" ou, ainda, "retribuição" do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário "relativas" todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos¹⁸⁹.

O caráter retributivo da pena, segundo a teoria absoluta, consiste na reprovação. Enxerga na pena tão-somente um mal imposto ao infrator do ordenamento jurídico, ou

188 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 355.

189 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2006, p. 236.

seja, um castigo aplicado a quem cometeu alguma conduta entendida como delituosa, e tem como base um sentimento social de justiça.

Como um de seus defensores, Emmanuel Kant sustentava ser a retribuição a única finalidade da pena, sendo que sua aplicação impunha-se ao Estado como um imperativo categórico. Nesse sentido, afirmou Kant que “o malfeitor deve ser julgado digno de punição antes que se tenha pensado em extrair de sua pena alguma utilidade para ele ou para seus concidadãos”¹⁹⁰.

É certo que a concepção totalmente retributiva do direito penal traz em si um problema que dificulta sua formulação lógica, consistente em encontrar correspondência quantitativa entre dois elementos heterogêneos: o mal da pena para o mal do crime.

A teoria relativa ou preventiva, em contrapartida, objetivou conferir à pena uma real finalidade. Assim, em oposição à teoria meramente retributiva, enxergou na pena um caráter orientado para o futuro, de modo a evitar, dessa forma, a reiteração criminosa.

A teoria preventiva se divide em prevenção especial negativa e positiva, e em prevenção geral negativa e positiva.

A *prevenção especial* tem intrínseca relação entre o agir do Estado e a pessoa do delinquente, enquanto a *prevenção geral* tem intrínseca relação com a coletividade, tendo em vista a influência que a aplicação da pena exerce sobre a sociedade. A *prevenção especial negativa* diz respeito ao fato de existir uma neutralização, decorrente da exclusão da sociedade, do indivíduo que praticou a infração penal, que acontece com seu encarceramento, de modo a impedi-lo de cometer novos delitos. Já a *prevenção especial positiva*, por seu turno, visa evitar a reincidência, trazendo a ideia da ressocialização da pena, por meio da reflexão do agente sobre o delito, de forma a permitir seu retorno ao convívio social com um comportamento conforme o direito.

A *prevenção geral negativa* ou *prevenção por intimidação*, por sua vez, relaciona a aplicação da pena a um indivíduo como exemplo, reverberando sobre toda a sociedade e incitando os demais integrantes da coletividade a se comportarem de acordo com o direito.

A *prevenção geral positiva* ou *prevenção integradora* implica na reafirmação do ordenamento jurídico perante todos os membros da coletividade, de maneira que a aplicação da pena é necessária para afirmar a vigência da norma violada, ratificando a obrigatoriedade do respeito às normas e promovendo a integração social. As *teorias mistas*

190 KANT, Immanuel *apud* **Doutrina do Direito**. Trad. Edson Bini. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993, p. 176. *In*: FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 338.

ou ecléticas, por fim, atribuem à pena tanto o caráter retributivo quanto preventivo geral e especial.

Ao analisarmos o artigo 59 do Código Penal, concluímos que a lei brasileira adotou a teoria mista, ao dispor que o juiz estabelecerá a pena conforme seja necessária e suficiente para reprovar e prevenir o crime.

3 A crise do paradigma punitivo no Brasil

Originariamente a pena privativa de liberdade foi criada como pena principal, como alternativa mais humana aos castigos corporais, posto que as penas tinham uma natureza aflitiva, visto que o corpo do infrator recebia horrendas punições, a exemplo da tortura, do açoite, da crucificação e do esquartejamento.

Anos depois da implementação das prisões, o escopo original, que consistia em atender às necessidades sociais de punição, proteção e ressocialização dos condenados, perdeu seu objeto, na medida em que as prisões se transformaram em depósitos de seres humanos, instalando-se uma verdadeira crise nas teorias da pena. Trata-se de situação decorrente da inegável ineficiência do Estado em garantir a segurança pública, mesmo diante do elevado número de encarceramentos.

Atualmente, o Brasil está em 3º lugar dentre os países com maior população carcerária do mundo em termos absolutos. Segundo dados divulgados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020, de 744.216 presos no país (2018), passou-se para 755.274 (2019), o que representa uma taxa de 359,4 presos por 100 mil habitantes; dentre eles, 261.017 eram presos provisórios em 2018 e em 2019 eram 229.823.191.

Entre 2018 e 2019, houve uma estabilização da população carcerária, mas o Brasil continua sendo um país com taxas altíssimas de superlotação carcerária com déficit de vagas e condições precárias de encarceramento. Em 2019, 305.660 presos não possuíam vagas adequadas ao sistema, refletindo um quadro pior que o do ano anterior, cujo déficit era de 270.449.192.

Não se olvida o aumento da criminalidade, sobretudo da criminalidade organizada, além da maior capacitação das forças de segurança pública, mas o excessivo número de

191 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Atualizado em 15 jul. 2021. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/anuariobrasileiro-segurancapublica/>. Acesso em: 21 out. 2020.

192 FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Atualizado em 15 jul. 2021. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/anuariobrasileiro-segurancapublica/>. Acesso em: 21 out. 2020.

prisões cautelares demonstra que essa modalidade não tem sido utilizada conforme a função estabelecida pela lei.

Diante dessas constatações, sobretudo das críticas ao modelo sistemático de encarceramento e de seus efeitos maléficos, houve uma tendência mundial à adoção de alternativas penais.

Em 1990, foi realizado o Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent, que resultou na elaboração das Regras das Nações Unidas sobre Medidas Não Privativas de Liberdade, conhecidas internacionalmente como Regras de Tóquio. Suas diretrizes são fruto de um “processo histórico de crítica, estudos e discussões (Gênova, 1955; Londres, 1960; Kioto, 1970; Estocolmo, 1975; Caracas, 1980; Milão, 1985; e Havana, 1990)”¹⁹³.

Estamos diante, portanto, de diretrizes das Organizações das Nações Unidas (ONU) que já foram incorporadas ao direito positivo de alguns países ocidentais quanto ao direcionamento de que somente deve haver a privação cautelar da liberdade nos casos mais graves, quando não for possível aplicar nenhuma outra medida menos gravosa.

Como alternativas penais, na legislação brasileira, citamos a Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/1995), que definiu as infrações de menor potencial ofensivo e criou institutos despenalizadores; as penas alternativas incorporadas ao Código Penal (prestação pecuniária, perda de bens e valores; prestação de serviços à comunidade; interdição temporária de direitos e limitação de fim de semana – art. 43, do Código Penal); os acordos de colaboração premiada com confissão (Lei n. 12.850/2013) e, mais recentemente, os acordos de não persecução penal introduzidos pela Lei n. 13.964/2019 (Pacote Anticrime), previstos no artigo 28-A, do Código de Processo Penal.

Nada obstante, as alternativas penais brasileiras foram insuficientes para conter a criminalidade ou atender às finalidades retributiva e preventiva do crime.

As populações carcerárias continuam a crescer ao mesmo tempo em que as “alternativas” também crescem, aumentando o número de pessoas sob o controle e supervisão do Estado. A rede de controle e intervenção se ampliou, aprofundou e estendeu, mas sem efeito perceptível sobre o crime e sem atender às necessidades essenciais da vítima e ofensor¹⁹⁴.

193 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de gestão para as alternativas penais**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

194 ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**. Um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 62.

Do exposto, é imperioso repensar o sistema penal do século XXI, visto que todas as iniciativas levadas a efeito não foram suficientes para refrear a criminalidade e seus deletérios efeitos a vítimas e infratores.

4. A Justiça Restaurativa

Analisaremos a seguir a justiça restaurativa, a partir de um breve esboço histórico, para, posteriormente, aprofundarmos o estudo sobre seu conceito, referencial teórico, práticas e metodologias restaurativas, incluindo sua atual situação no Brasil.

4.1 Breve esboço histórico

Atribui-se ao psicólogo Albert Eglash, em 1958, o uso da expressão *Restorative Justice* ou *Justiça Restaurativa* nos textos em que sugeria a existência de três tipos de justiça criminal: a justiça retributiva, baseada na punição; a justiça distributiva, baseada no tratamento terapêutico dos infratores, e a justiça restaurativa, baseada na restauração/reparação¹⁹⁵. Albert Eglash pontuou que tanto o sistema retributivo quanto o sistema distributivo focavam nas ações dos infratores, negavam a participação da vítima, enquanto o infrator participava de maneira passiva. Em contrapartida, a justiça restaurativa focava nas consequências da ação do infrator e envolvia ativamente a vítima e o infrator no processo restaurativo¹⁹⁶.

A crise do paradigma retributivo da pena privativa de liberdade experimentada nas décadas de 1960 e 1970 nos Estados Unidos propiciou o surgimento das ideias de restituição e de reconciliação. Foram criadas duas propostas político-criminais, o retribucionismo renovado e o movimento reparador, que focavam na vítima da infração¹⁹⁷.

No entanto, foi a partir da segunda metade do século XX, que os países anglo-saxônicos comandaram a expansão da justiça restaurativa, tendo como norte a experiência

¹⁹⁵ NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks. Restoring justice: an introducing to restorative justice. Oxon: Routledge, 2008, p. 23 *apud* WOLLMANN, Renata Rodrigues Guimarães. **A (im)possibilidade do uso de práticas restaurativas no âmbito da violência doméstica conjugal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018, p. 47.

¹⁹⁶ NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks. Restoring justice: an introducing to restorative justice. Oxon: Routledge, 2008, p. 23 *apud* WOLLMANN, Renata Rodrigues Guimarães. **A (im)possibilidade do uso de práticas restaurativas no âmbito da violência doméstica conjugal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018, p. 47.

¹⁹⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p.34.

das comunidades Maoris da Nova Zelândia¹⁹⁸. Assim, o tema justiça restaurativa, de inspiração teórica anglo-saxônica, se desenvolveu e se expandiu na década de 1990 e irrompeu nos Estados Unidos, posteriormente difundido no continente europeu como movimento social emergente para as reformas da justiça criminal.

Muitos valores, processos e práticas da justiça restaurativa, que serão abordados mais adiante, eram desenvolvidos por comunidades do Oriente e do Ocidente, por meio da justiça comunitária, antes mesmo de ser denominada justiça restaurativa, sem a existência de técnicas judiciais ou de aparatos legais¹⁹⁹.

Howard Zehr é reconhecido mundialmente como um dos pioneiros da justiça restaurativa porque a concebeu como uma tentativa de olhar o crime e a justiça através de novas lentes, na tentativa de desenvolver novas abordagens e intervenções. Em sua obra *Changing lenses: a new focus for crime and justice*, em 1990, criticou o sistema de justiça criminal e consolidou sua teoria em artigos, discursos, livros e ensinamentos. Outros autores contribuíram para o desenvolvimento da justiça restaurativa, dentre eles, Martin Wrigth's com a obra *Justice for Victims and Offenders*, de 1991; Virginia Mackey, por meio do *Discussion Papper* sobre justiça restaurativa para o programa de justiça criminal da Igreja Presbiteriana em 1992 e, no mesmo ano, Wesley Cragg's, com *The Practice of Punishment*. Braithwaite foi aclamado como o principal acadêmico da área, em 1989, ao tratar das teorias relativas à causa e à consequência do crime em *Crime, Shame and Reintegration*, além de Van Ness e Ashworth, em 1993, com seus escritos publicados na revista *Criminal Law Forum*²⁰⁰.

¹⁹⁸ A comunidade Maori era pautada pelo modelo de reunião da família e da comunidade e tinha por finalidade a resolução de conflitos relacionados aos jovens nativos carentes de proteção ou com comportamento antissocial. O descontentamento com o sistema penal neozelandês (retributivo) ocorreu em virtude dos regimentos impostos pelos estrangeiros que desconsideraram as tradições e costumes das comunidades nativas. Ainda, é importante destacar que os procedimentos de justiça comunitária não eram fundados em apenas práticas violentas e arbitrarias – evoluindo-se para o que conhecemos hoje como justiça restaurativa. Em 1989, o governo da Nova Zelândia promulgou o *Children, Young Persons and Their Families Act*, com a finalidade de dar mais atenção aos Maoris e passou a conceder a estas famílias a responsabilidade inicial para a solução dos conflitos envolvendo a justiça juvenil. Assim, através das tradições desta comunidade, foi adotado o modelo restaurativo das reuniões familiares, que visam celeridade para maior proteção destes jovens. Assim, as formas alternativas de solução de conflitos ganharam força e atenção dos pesquisadores. WOLLMANN, Renata Rodrigues Guimarães. **A (im)possibilidade do uso de práticas restaurativas no âmbito da violência doméstica conjugal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018, p. 47.

¹⁹⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 34.

²⁰⁰ NESS, Daniel W. Van; STRONG, Karen Heetderks. *Restoring justice: an introducing to restorative justice*. Oxon: Routledge, 2008, p. 23 *apud* WOLLMANN, Renata Rodrigues Guimarães. **A (im)possibilidade do uso**

A Resolução n. 12/2002, do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, tratou dos princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Delimitou princípios e valores basilares como forma de recomendar aos Estados-partes a aplicação da justiça restaurativa em procedimentos criminais.

A justiça restaurativa, inclusive, possui princípios básicos oficiais enunciados na Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, de 13 de agosto de 2002, conforme a seguir enumerados:

1. Programa Restaurativo – se entende qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativos.
2. Processo Restaurativo – significa que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo abrange mediação, conciliação, audiências e círculos de sentença.
3. Resultado Restaurativo – significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator²⁰¹.

4.2 Conceito de Justiça Restaurativa

Inexiste um conceito definido de justiça restaurativa, visto que sua concepção ainda se encontra em processo de desenvolvimento.

Segundo Renato Sócrates Gomes Pinto:

A Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos

de práticas restaurativas no âmbito da violência doméstica conjugal. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018, p. 48.

201 Documentos no *site* <http://www.restorativejustice.org/rj3/rjUNintro2.html> *apud* PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? *In*: SLAKMON, C., DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (org.) **Justiça restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD, 2005, p. 23.

centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.

Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator²⁰².

Sob o aspecto criminológico, podemos afirmar que o modelo restaurativo pode ser visto como uma síntese dialética, na medida em que, sem afetar os direitos e as garantias constitucionais, a busca da ressocialização dos infratores e a reparação das vítimas têm, potencialmente, condições de tornar o sistema mais eficiente, o que consiste num reclamo da sociedade.

Entretanto, alguns doutrinadores e pesquisadores apresentam concepções diversas sobre o tema. Para Tony Marshall, "a justiça restaurativa é um processo através do qual todas as partes interessadas em um crime específico se reúnem para solucionar coletivamente como lidar com o resultado do crime e suas implicações para o futuro"²⁰³. Já Howard Zehr descreve:

A justiça restaurativa...1. tem foco nos *danos* e consequentes *necessidades* (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor). 2. Trata das *obrigações* resultantes desses *danos* (obrigações do ofensor mas também da comunidade e da sociedade). 3. Utiliza processos *inclusivos e cooperativos*. 4. Envolve todos os que têm um *interesse* na situação (vítimas, ofensores, a comunidade, a sociedade). 5. Busca *corrigir* os males²⁰⁴.

202 PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? *In*: SLAKMON, C., DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (org.) **Justiça restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD, 2005, p. 20.

203 Marshall, T.F. 1999. Restorative justice: an overview. London: Home Office Research and Development Statistics Directorate *apud* FROESTAD, Jan; SHEARING Clifford. Prática da justiça – o modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. *In*: SLAKMON, C., DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (org.) **Justiça restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD, 2005, p. 79.

204 ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**. Um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p.257.

Paul Maccold e Ted Wachtel formularam uma teoria conceitual de justiça que buscou levar em conta os fatores emocionais e sociais suportados pelas vítimas, que são desconsiderados pela simples punição. Assim, sustentam que as vítimas precisam restaurar o trauma emocional, os sentimentos e os relacionamentos positivos, cujos resultados podem ser alcançados pela justiça restaurativa, que visa com mais ênfase diminuir o impacto dos crimes sobre os cidadãos, em detrimento da própria criminalidade.

Em sua teoria conceitual, Paul Maccold e Ted Wachtel acenam com três indagações fundamentais: a) quem foi prejudicado? b) quais as suas necessidades? c) como atender a essas necessidades? Segundo os autores,

crimes causam danos a pessoas e relacionamentos; a justiça restaurativa não é feita porque é merecida e sim porque é necessária, através de um processo cooperativo que envolve todas as partes interessadas principais na determinação da melhor solução para reparar o dano causado pela transgressão – a justiça restaurativa é um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de “partes interessadas principais”, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão²⁰⁵.

Em síntese, no modelo restaurativo, o olhar está focado no futuro, na restauração dos relacionamentos, os quais são baseados em valores, procedimentos e resultados, sem olvidar que somente será possível se o infrator houver assumido a autoria dos fatos e se houver o consentimento das partes, que pode ser revogado a qualquer momento. Nunca é demais lembrar que a participação dos envolvidos em um programa jamais poderá ser usada como prova no processo penal, se houver.

4.3 A teoria das lentes de Howard Zehr

Partindo da premissa da crise do paradigma punitivo e da expansão da justiça restaurativa, vale a pena adentrarmos no referencial teórico básico de Howard Zehr, por se tratar de referência mundial no restaurativismo, inclusive no Brasil.

Em sua obra *Changing lenses: a new focus for crime and justice*, traduzida para o português por Tônia Van Acker (*Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*), o autor propõe a escolha de novas lentes para examinar os pressupostos sobre o crime e a justiça.

²⁰⁵ MCOLD, Paul Wachtel; ACHTEL, Ted. Em busca de um paradigma: uma teoria de justiça restaurativa, 2003. Disponível em: http://restorativepractices.org/library/paradigm_port.html. Acesso em: 08 fev. 2005, p. 22.

Assim, se nossa reação diante do delito não estiver em descompasso com a experiência do crime ou com as raízes judaico-cristãs, poderemos enxergar formas alternativas de ver o problema e a solução²⁰⁶.

Howard Zehr traz alguns princípios bíblicos porque é menonita²⁰⁷ e trabalha como professor de sociologia e justiça restaurativa no curso de graduação *Transformação de Conflitos*, ministrado na Eastern Mennonite University, em Harrisonburg, Virgínia, nos Estados Unidos. Importante ressaltar o papel da igreja no desenvolvimento de uma das experiências pioneiras em justiça restaurativa.

Segundo o autor, até o momento não é possível afirmar que tenha sido criado um novo paradigma com as práticas restaurativas, o que demandaria uma teoria bem articulada, combinada a uma sólida gramática e uma física de aplicação, além de certo grau de consenso²⁰⁸.

Sustenta, outrossim, que houve a construção de visões alternativas fundamentadas em princípios e experiências, que podem contribuir para o encontro de soluções à crise atual do punitivismo.

Sua sugestão é de que a abordagem deve ser identificar o significado do crime e o que deveria ocorrer quando ele for praticado, reconhecendo que muitos ofensores são extremamente perigosos e precisam permanecer custodiados. Destarte, a partir da compreensão bíblica do crime e da forma como temos a experiência da situação, ou seja, dentro da visão de que o delito é um dano e uma violação de pessoas e relacionamentos.

Na medida em que representa uma violação de relacionamentos, o dano afeta nossa confiança no outro, trazendo sentimentos de suspeita, estranheza, e até racismo, afetando,

²⁰⁶ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**. Um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 169.

²⁰⁷ *Menonitas* são denominações cristãs que descendem diretamente do movimento anabatista surgido na Europa, no século XVI, na mesma época da Reforma Protestante. A Reforma Luterana causou uma profunda divisão no Cristianismo e, nesse contexto, surgiram novas correntes, dentre elas a anabatista, que defendia o batismo de adultos e não entre os recém-nascidos. Um dos líderes religiosos deste movimento foi o holandês Menno Simons, considerado o fundador do movimento *menonita* (a palavra *menonita* vem precisamente do nome do fundador). Vivem em comunidades e se dedicam a atividades agrícolas e pecuárias organizadas através de cooperativas. Não utilizam tecnologia e se vestem de forma muito simples. Seu estilo de vida tem base na austeridade, disciplina, trabalho duro e frequência semanal à igreja. O ensino é rudimentar e a Bíblia serve como livro de leitura. Embora cada país fale sua língua nativa, os *menonitas* mantêm sua língua original, que é um dialeto do alemão. Foi uma comunidade perseguida ao longo da história, especialmente pelo regime comunista da União Soviética.

²⁰⁸ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**. Um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 169.

igualmente, o relacionamento com todos que nos cercam, além de um relacionamento despedaçado entre vítima e ofensor.

Howard Zehr, então, traz uma concepção de crime como “uma violação cometida contra outra pessoa por um indivíduo que, por sua vez, também pode ter sido vítima de violações. Trata-se de uma violação do justo relacionamento que deveria existir entre indivíduos”²⁰⁹.

Nesse contexto, considerando que o crime é um dano, a justiça deve ser a restauração, ainda que não seja possível uma restauração total, mas a possibilidade do início desse processo.

As violações, segundo Howard Zehr, “representam as quatro dimensões básicas do mal cometido: 1) à vítima; 2) aos relacionamentos interpessoais; 3) ao ofensor; e 4) à comunidade”²¹⁰.

No âmbito dessas dimensões, o primeiro objetivo consiste na reparação e na cura para as vítimas, abrangendo um senso de recuperação e de esperança em relação ao futuro, e jamais como forma de minimizar a ofensa. Implica num sentimento para a vítima de que ela fechou o ciclo, que ela está segura e no controle.

Outro importante objetivo consiste em reparar o relacionamento entre vítima e infrator, num movimento de reconciliação, se assim for a vontade das partes. Envolve arrependimento espontâneo do infrator e perdão da vítima. A cura, ainda que parcial desse relacionamento, é um avanço para a cura individual. Então, a justiça deve oferecer a possibilidade de que a reconciliação aconteça, sem qualquer coação.

A cura também envolve o infrator, que deve ser responsabilizado pela violação, o que pode ser um passo em direção à mudança, sem olvidar de suas outras necessidades. Assim como os envolvidos, a comunidade também precisa de tratamento e cura.

Sabemos que nem sempre as partes têm a sensação de plenitude de justiça. Embora possam ocorrer muitas situações, como a negativa de autoria ou a não identificação do ofensor, ainda assim, a comunidade pode auxiliar a vítima em seu processo de cura, por meio de uma escuta qualificada e de sua valorização:

O primeiro passo na justiça restaurativa é atender às necessidades imediatas, especialmente as da vítima. Depois disso, a justiça restaurativa deveria buscar identificar necessidades e obrigações

²⁰⁹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**. Um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 172.

²¹⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**. Um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. Acesso em: 21 out. 2020, p. 173.

mais amplas. Para tanto, o processo deverá, na medida do possível, colocar o poder e a responsabilidade nas mãos dos diretamente envolvidos: a vítima e o ofensor. Deve haver espaço também para o envolvimento da comunidade. Em segundo lugar, ela deve tratar do relacionamento vítima-ofensor facilitando sua interação e a troca de informações sobre o acontecido, sobre cada um dos envolvidos e sobre suas necessidades. Em terceiro lugar, ela deve se concentrar na resolução dos problemas, tratando não apenas das necessidades presentes, mas das intenções futuras²¹¹.

Além desses passos, o empoderamento da vítima é fundamental porque a perda de poder é um elemento central da violação, de sorte que é imprescindível para a recuperação e a justiça.

A busca da justiça também não pode esquecer que a comunidade tem um papel importante na resposta restaurativa.

4.4 Algumas práticas e metodologias restaurativas

As práticas e metodologias restaurativas são diversificadas nos diferentes países, modificadas e adaptadas conforme as necessidades locais. Neste estudo, serão abordadas algumas formas mais debatidas, como os programas de mediação vítima-infrator, as conferências restaurativas e os círculos de paz.

4.4.1 Programa de reconciliação vítima-infrator

Trata-se de uma forma de justiça restaurativa associada às formas de mediação entre as vítimas e os infratores. A experiência pioneira ocorreu em 1974, em Kitchener, Ontario, Canadá, pela comunidade *Mennonite*.

O modelo enfatiza a mediação direta e focaliza a cura de ferimentos e a assistência às vítimas, ajudando os infratores a mudar suas vidas e restabelecer relações. A necessidade de humanizar o sistema de justiça criminal foi uma forte motivação por trás do programa, assim como a idéia de que os programas de justiça restaurativa baseados na igreja são a melhor proteção contra a cooptação do programa²¹².

211 ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**. Um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 192.

212 MCOLD, 2001, p. 43; UMBREIT *et al.* 2001 *apud* FROESTAD, Jan; SHEARING Clifford. **Prática da justiça** – O modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. *In*: SLAKMON, C., DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (org.) **Justiça restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD, 2005, p. 81.

A introdução e a moldagem dos programas de mediação entre vítima e infrator nos Estados Unidos e no Reino Unido contaram com o movimento das vítimas para sua consolidação.

Nessa prática, os envolvidos no conflito (vítima e ofensor) são convidados por um mediador imparcial para um encontro, visando a obter uma restituição, uma compensação ou uma reparação adequada aos danos causados. O mediador atua como facilitador visando ao diálogo entre os envolvidos. O encontro pode ocorrer direta ou indiretamente, quando o mediador atua como emissário entre as partes.

Mais de 500 programas de mediação vítima-infrator estão atualmente em funcionamento nos EUA e no Canadá (Bazemore e Griffiths, 2003:77).²¹³ A vasta maioria baseia-se na comunidade ou na igreja. A mediação parece estar imparcialmente distribuída com igualdade pelo processo de justiça criminal. A maioria dos casos são agressões, roubos e crimes juvenis de menor gravidade. Os esquemas de mediação ingleses se baseiam mais na mediação indireta, usando abordagens de “mensageiros” (*go-between*) em comparação à inclinação por encontros “cara a cara” entre as vítimas e os infratores nos EUA (Crawford e Newburn 2003:25)²¹⁴. Devido às leis de compensação relativamente generosas para vítimas, a restituição financeira tem sido uma preocupação menor na Inglaterra que nos EUA. A maioria dos esquemas de mediação ingleses funcionam na fase de advertência ou após a condenação, mas antes da sentença final. Os esquemas têm sido tipicamente de pequena escala e limitados a uma gama relativamente estreita de crimes de menor gravidade (Crawford e Newburn 2003:25-27)²¹⁵. Comparados aos programas de reconciliação vítima-infrator, os esquemas de mediação vítima-infrator têm tipicamente tirado a ênfase da

213 BAZEMORE; GRIFFITHS, 2003, p. 77 *apud* FROESTAD, Jan; SHEARING Clifford. **Prática da justiça** – O modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. *In*: SLAKMON, C., DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (org.) **Justiça restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD, 2005, p. 82.

214 CRAWFORD; NEWBURN, 2003, p. 25 *apud* FROESTAD, Jan; SHEARING Clifford. **Prática da justiça** – O modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. *In*: SLAKMON, C., DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (org.) **Justiça restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD, 2005, p. 82.

215 CRAWFORD; NEWBURN, 2003, p. 25-27 *apud* FROESTAD, Jan; SHEARING Clifford. **Prática da justiça** – O modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. *In*: SLAKMON, C., DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (org.) **Justiça restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD, 2005, p. 82.

reconciliação e enfatizado a cura das vítimas, a responsabilidade dos infratores e a restauração das perdas²¹⁶.

4.4.2 Conferência restaurativa

As conferências de grupos familiares (*family group conferences*) são originárias da Nova Zelândia e foram introduzidas na década de 1980, em razão de as minorias Maoris²¹⁷ infratoras terem sido transferidas para instituições estatais. No entanto, os indígenas entendiam que estavam sendo vítimas de racismo institucional porque o Estado violava sua identidade cultural, desconsiderando suas tradições. Diante disso, foram empreendidas reformas na justiça da Nova Zelândia visando oferecer uma resposta da justiça criminal apropriada aos jovens Maoris.

Assim, os movimentos de justiça restaurativa se relacionaram ao resgate de práticas de resolução de conflitos indígenas. Os encontros restaurativos com grupos de familiares foram introduzidos como parte do programa nacional, uma alternativa aos tribunais, como na forma de um guia para as sentenças:

A FGC pode ser conceituada como um tipo de procedimento de tomada de decisões que envolve um encontro face a face entre ofensor, sua família, as vítimas e suas pessoas de apoio, um representante da polícia, e, se o caso requerer, outras pessoas. Em outras palavras, temos os intervenientes que funcionam como pessoas de apoio à vítima e ao infrator (delegação de poder à família e a amigos), a autoridade policial, pessoas ligadas ao menor infrator e aqueles que possam ter interesse na resolução do conflito. Ao final, é elaborado um *plano de recuperação*, que depende da anuência unânime de todos os participantes da conferência. A FGC é composta de três fases: *preparatória* (abrange a análise de sua viabilidade e adequação da medida); *encontro* (menores e advogados, a vítima, quando decidir participar, a autoridade policial, o coordenador da Justiça de Menores e, se for o caso, o *Youth and Family Service* e assistentes sociais); e o *acompanhamento* (abrange o cumprimento e o acompanhamento do plano de reparação)²¹⁸.

216 MCOLD 2001:44 *apud* FROESTAD, Jan; SHEARING Clifford. **Prática da justiça** – O modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. *In*: SLAKMON, C., DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (org.) **Justiça restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD, 2005, p. 82.

217 Maoris são os povos originários na Nova Zelândia e até hoje têm sua cultura preservada e difundida no país. Há uma porcentagem no congresso neozelandês para os representantes desse povo.

218 SANTOS, Celeste Leite dos. **Injusto penal e os direitos das vítimas de crimes**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 187-188.

Essa prática é utilizada como metodologia em casos envolvendo a proteção da infância, a disciplina escolar e a justiça criminal de adultos e jovens, adaptada em outros países (Austrália, Irlanda do Norte, África do Sul, Noruega e Bélgica), com maior êxito em relação aos casos envolvendo menores de idade²¹⁹.

A pena privativa de liberdade, então, funciona como última alternativa para os casos em que houver impossibilidade de adoção de plano restaurador da infração penal.

4.4.3 Círculos de Paz

Os Círculos de Paz, também conhecidos como círculos decisórios (*sentencing circles*) têm sua origem nas tradições indígenas das tribos do Canadá e dos Estados Unidos. Segundo Kay Pranis, são “uma forma de ser e se relacionar grupalmente que leva ao empoderamento individual e coletivo daquelas pessoas que participam deles”²²⁰.

A participação comunitária nos círculos é maior do que nos encontros restaurativos com grupos de familiares promovidos entre vítimas e infratores porque reúne não só os envolvidos com suas famílias, mas também outras pessoas importantes que possam convencer os infratores a aceitarem as responsabilidades por seus atos, modificando, dessa forma, suas vidas.

A participação no *sentencing circle* é franqueada a todos os cidadãos que desejem apoiar vítima e/ou infrator, e tem por escopo a pacificação da sociedade, a restauração do dano causado à vítima e à comunidade, a ressocialização do infrator e a fixação de diretivas para conflitos futuros semelhantes. O guardião do círculo (*circle keeper*) pode ser um facilitador, juiz ou membro respeitado dentro da comunidade. Tem por função incentivar os membros do círculo a se esforçarem para obter a resolução do conflito²²¹.

As partes reunidas em círculo dialogam por meio do “objeto da fala” (*talking piece*), que tem por função marcar qual o sujeito que está com a palavra. O facilitador primeiramente o entrega para a vítima e infrator, seguido pela oitiva de familiares, amigos, profissionais do sistema de justiça, autoridade policial, profissionais de diversos ramos, membros destacados da comunidade, voluntários e

219 SANTOS, Celeste Leite dos. **Injusto penal e os direitos das vítimas de crimes**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 187-188.

220 SANTOS, Celeste Leite dos. **Injusto penal e os direitos das vítimas de crimes**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 194.

221 SANTOS, Celeste Leite dos. **Injusto penal e os direitos das vítimas de crimes**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 194-195.

representantes de organizações. As perguntas realizadas pelo *circle keeper* à vítima e ao infrator devem ser respeitadas, devendo elas abordar seus sentimentos mais profundos e despertar um sentimento de culpabilidade no infrator. O desenvolvimento do procedimento será livre e prosseguirá até que se obtenha um plano de sentença que ponha fim ao conflito²²².

Os Círculos de Paz são utilizados para crimes graves e admitem apenas infratores que realmente desejem modificar suas vidas; o aspecto punitivo, no entanto, permanece preservado, na medida em que o juiz obriga um acordo sobre uma sentença que redundará em uma condenação e, conseqüentemente, a um antecedente criminal.

Como se vê, há uma diversidade de práticas restaurativas, das quais abordamos apenas três, que visam promover os valores restaurativos; todavia, em regra, os programas restaurativos recebem os conflitos depois de caracterizados como infrações penais.

4.5 A situação atual da Justiça Restaurativa no Brasil

A Resolução do Conselho Nacional de Justiça n. 225/2016, a qual dispõe sobre a *Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências*, foi aprovada e promulgada em 31 de maio de 2016, em Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça, por votação unânime dos conselheiros. Consiste no marco normativo e referência nacional sobre a matéria, que vem norteando a construção da política de justiça restaurativa em todos os tribunais estaduais e federais do país, em atenção às recomendações da Organização das Nações Unidas (ONU), expressas nas Resoluções n. 1999/26, n. 2000/14 e n. 2002/12223.

222 MIGUEL BARRIO, Rodrigo. *Justicia restaurativa y justicia penal: nuevos modelos: mediación penal, conferencing y sentencing circles*. Barcelona: Atelier Libros Juridicos, 2019, p. 160-215 *apud* SANTOS, Celeste Leite dos. **Injusto penal e os direitos das vítimas de crimes**. Curitiba: Juruá, 2020, p. 195.

223 BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução CNJ n. 225/2016. "Art. 1º. A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados, de modo estruturado da seguinte forma: I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos; II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras; III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e suas implicações para o futuro".

A Resolução n. 225/2016 tem 8 capítulos e 30 artigos, nos quais estabelece: a definição e os princípios da justiça restaurativa (arts. 1º e 2º); as atribuições do Conselho Nacional de Justiça (arts. 3º e 4º); as atribuições dos Tribunais de Justiça (arts. 5º e 6º); os fluxos para a derivação dos conflitos judicializados para as práticas restaurativas (arts. 7º ao 12); requisitos, atribuições e vedações ao facilitador restaurativo (arts. 13 ao 15); diretrizes gerais para formação e capacitação (arts.16 e 17); linhas gerais sobre o monitoramento e a avaliação dos projetos de justiça restaurativa (arts.18 a 20) e outras providências (arts. 21 a 30).

Obedecidos os parâmetros da Resolução n. 225/2016 do CNJ, nos termos do art. 2º, são princípios que orientam a justiça restaurativa: corresponsabilidade, reparação dos danos, atendimento às necessidades dos envolvidos, informalidade, voluntariedade, imparcialidade, participação, empoderamento, consensualidade, confidencialidade, celeridade e urbanidade.

Nesse contexto, destacamos algumas conclusões da pesquisa *Pilotando a Justiça Restaurativa – O Papel do Poder Judiciário*, do Conselho Nacional de Justiça, realizada em 2017, sob a presidência da Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia Antunes Rocha, que refletem o panorama da justiça restaurativa no Brasil.

A pesquisa confirmou a existência de um protagonismo do Poder Judiciário, seus atores e outros órgãos (Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, Conselho Nacional de Justiça, sistema de justiça, juízes, desembargadores, psicólogos, assistentes sociais, equipes técnicas), na construção de uma justiça restaurativa no Brasil, num movimento considerado “ativismo” judicial. No entanto, trata-se de um protagonismo personalizado, liderado principalmente por pessoas e equipes específicas, das quais têm dependido, em grande medida, a sustentabilidade dos programas²²⁴.

Em relação ao rosto teórico-prático da justiça restaurativa judicial brasileira, a pesquisa detectou que são diversificados os marcos teóricos, conceitos, metodologias e técnicas utilizadas nos programas, mas observou-se a preponderância internacional de Howard Zehr (teoria das lentes) e Kay Pranis (Círculos da Paz) como marcos teórico-metodológicos, conjuntamente com Dominic Barter e Marshall Rosenberg (comunicação não violenta), que tem como pano de fundo a cultura da paz²²⁵.

Observou-se a influência etnocêntrica, sobretudo euroamericana no processo de tradução judicial da justiça restaurativa no Brasil e a influência de pensadores e programas

224 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário Executivo. **Justiça Pesquisa**. Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 22.

225 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário Executivo. **Justiça Pesquisa**. Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 22-23.

nacionais, mas não houve reprodução de modelos estrangeiros, apenas contínua (re)criação de programas, que foram lapidando o modelo de justiça restaurativa brasileira. Constatou-se, por exemplo, que o marco teórico de Howard Zehr, referencial dominante no Brasil, pareceu limitado para dar conta das especificidades dos projetos em curso porque as práticas não se revelaram majoritariamente adequadas ao conceito de Zehr de justiça restaurativa²²⁶.

Dessa forma, de acordo com uma base teórica mais ampliada, contrastada com a empiria dos programas restaurativos brasileiros, a pesquisa constatou: a) que o “encontro” é um objetivo buscado pelos programas, mas muitas vezes não concretizado por vários motivos, principalmente pela ausência das vítimas; b) quando atingido, o “encontro” ocorre no próprio espaço do sistema de justiça, nos fóruns, que é o lugar menos apropriado; c) a reparação dos danos é residual e não central, dentro da predominância do modelo de resolução de conflitos com foco preventivo, inclusive, tendo como objetivo a prevenção especial positiva, focada na ressocialização e na reintegração do ofensor, que consiste em função explícita da prisão, de sorte que o punitivismo aparece remodelado no desempenho do restaurativismo; e d) a transformação, tanto das pessoas (subjetividade) quanto de sua forma (violenta) de comunicação e relação estão presentes, seja como objetivo às vezes assumido, às vezes residual, com contornos muito diferenciados²²⁷.

A pesquisa concluiu que os programas operam no trânsito resolução-prevenção-pacificação e, para além da resolução, humanização e transformação, operam em maior ou menor medida em alguns desses aspectos. E, só secundariamente, na reparação de danos²²⁸.

No que diz respeito à competência, no âmbito criminal existe um limite legal para se ampliar a justiça restaurativa, por força do princípio da indisponibilidade da ação penal, cuja titularidade pertence ao Ministério Público. Diante disso, os programas só podem ser aplicados nos juzgados especiais criminais, que relativizaram o princípio, na justiça infanto-juvenil ou infracional, alocados em seus respectivos espaços físicos. Excepcionalmente, alguns juzgados de violência doméstica e familiar contra a mulher implementaram programas, embora, em relação a eles, vigore o princípio da obrigatoriedade da ação penal²²⁹.

226 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário Executivo. **Justiça Pesquisa**. Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 23-24.

227 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário Executivo. **Justiça Pesquisa**. Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 24.

228 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário Executivo. **Justiça Pesquisa**. Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 25.

229 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário Executivo. **Justiça Pesquisa**. Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 26.

Além desses programas no âmbito processual, cujo encaminhamento ocorre após o oferecimento da denúncia ou em fase de instrução, foram identificados programas de justiça restaurativa em nível pós-processual, em fase de execução penal, medidas alternativas à prisão e execução de medidas socioeducativas com acompanhamento de partes e de famílias de presos e internados, e, em fase pré-processual em escolas, guardas municipais, serviços públicos e cidades²³⁰.

O poder discricionário de inserção nos programas incumbe aos juízes e aos promotores de justiça, que selecionam as condutas e as pessoas que poderão ingressar no procedimento restaurativo judicial, realizando um filtro seletivo. Também os policiais, defensores públicos, psicólogos e assistentes sociais das equipes técnicas, os advogados das partes ou as próprias partes, nas situações em que podem procurar diretamente a justiça restaurativa²³¹.

Digna de destaque na pesquisa, a questão de que, em regra, a instauração do procedimento restaurativo não interrompe ou suspende o curso do procedimento criminal ou infracional, cujo modelo traduz o paradigma da ideologia punitiva em nossa sociedade, o que compromete a essência da justiça restaurativa, na medida em que as partes não têm sido empoderadas para dizer a justiça, pois o poder decisório se concentra nas mãos do juiz²³².

Malgrado os desafios a serem enfrentados, os indicadores de resultados mostraram dentre os projetos e programas visitados, relatos da maioria dos profissionais de que a justiça restaurativa tem servido para: a) resolver conflitos; b) responsabilizar os ofensores pelos seus atos (reinserção social); c) que os ofensores não reiterem na prática de crimes; d) empoderar o ofendido e a comunidade; e) promover práticas para um convívio mais pacífico e/ou pacificação social; f) restabelecer vínculos comunitários/familiares; g) aprender uma nova forma de relação e transformar pessoas e relações²³³.

A pesquisa revelou que a justiça restaurativa vem avançando significativamente no Brasil, ganhando espaços judiciais e não judiciais importantes, acumulando conhecimento e experiência na justiça juvenil e de adultos, e constituindo comunidades restaurativas de marcada sensibilidade. Nada obstante, muitos desafios precisam ser superados, por exemplo, os limites legais, que definem a residualidade da competência da justiça

230 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário Executivo. **Justiça Pesquisa**. Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 26.

231 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário Executivo. **Justiça Pesquisa**. Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 26.

232 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário Executivo. **Justiça Pesquisa**. Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 27.

233 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário Executivo. **Justiça Pesquisa**. Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 29.

restaurativa; os limites de ordem operacional e de sustentabilidade dos recursos materiais e humanos, que são insuficientes; os limites de ordem democrática, que envolvem as dificuldades de participação das vítimas nas práticas restaurativas, em prejuízo do encontro e do diálogo, além da presença da comunidade e na realização do ciclo completo de justiça restaurativa, prejudicando a última etapa, do pós-círculo; e os limites epistemológicos, culturais e ideológicos em face da resistência oferecida pelos próprios profissionais do sistema de justiça às transformações invocadas de um paradigma emergente²³⁴.

Em que pesem os desafios a serem enfrentados, a justiça restaurativa é uma realidade brasileira, que vem avançando e conquistando espaços, conforme demonstrou a pesquisa, com inúmeros programas que trazem em si desenhos diversificados, que configuram nosso modelo, cujo foco é responsabilizar o ofensor, prevenir e pacificar os conflitos.

É fundamental que a justiça restaurativa seja inserida no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de efetivamente assumir seu papel de potência transformadora de um sistema punitivo em crise, de maneira a integrar a restauração do dano causado pela violação do bem jurídico tutelado, sem com isso impedir a intervenção estatal nos casos legalmente previstos.

5 Conclusão

Diante do exposto, concluímos que a teoria mista adotada pelo legislador no artigo 59 do Código Penal, que consagrou a concepção retributiva e preventiva da pena, se revela insuficiente para garantir a segurança pública, mesmo diante do elevadíssimo número de encarceramentos e de penas alternativas.

Em face dessas constatações, sobretudo das críticas ao modelo sistemático de encarceramento e seus efeitos maléficos, houve uma tendência mundial de se adotar alternativas penais, que foram introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro, as quais também foram insuficientes para conter a criminalidade ou atender às finalidades retributiva e preventiva do crime.

Nesse contexto de crise do paradigma retributivo da pena privativa de liberdade houve o surgimento e a expansão da justiça restaurativa, cujos valores, processos e práticas foram desenvolvidos em diversos países, até que a Resolução n. 12/2002, do Conselho Econômico e Social da ONU editou os princípios básicos para o uso dos programas de justiça restaurativa em matéria criminal.

234 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário Executivo. **Justiça Pesquisa**. Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017, p. 37-39.

O marco normativo e referencial sobre justiça restaurativa no Brasil, até o momento, é a Resolução n. 225/2016, do Conselho Nacional de Justiça, que vem norteando a construção da política da justiça restaurativa em todos os tribunais estaduais e federais do país, em atenção às recomendações da ONU, expressas nas Resoluções n. 1999/26, n. 2000/14 e n. 2002/12.

Este estudo partiu de referenciais teóricos internacionais sobre o que é justiça restaurativa e a inexistência de um conceito definido, que está em processo de construção, e de alguns modelos de práticas restaurativas. Por outro lado, a pesquisa *Pilotando a Justiça Restaurativa*, elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça, demonstrou que diante dos diversificados marcos teóricos, conceitos e metodologias dos programas brasileiros, houve a preponderância internacional de Howard Zehr (teoria das lentes) e Kay Pranis (Círculos da Paz) como marcos teórico-metodológicos, juntamente com Dominic Barter e Marshall Rosenberg (comunicação não-violenta), que tem como pano de fundo a cultura da paz.

A pesquisa revelou ainda que malgrado a influência euroamericana no desenvolvimento da tradução judicial da justiça restaurativa, entre nós não houve exatamente a reprodução de modelos estrangeiros, mas uma contínua (re)criação de programas que foram lapidando o modelo de justiça restaurativa brasileiro. Ressalta-se que o referencial de Howard Zehr pareceu limitado em vista das especificidades dos projetos em curso porque eles não se mostraram perfeitamente adequados ao seu conceito.

Em síntese, a pesquisa demonstrou que, no Brasil, a justiça restaurativa tem se desenvolvido no interior do sistema de justiça, nos limites permitidos pelo atual ordenamento jurídico, adstritos aos juizados especiais criminais, à justiça infanto-juvenil e infracional e às varas de execução criminal, nos espaços em que o princípio da indisponibilidade da ação penal foi relativizado, que operam no trânsito resolução-prevenção-pacificação, humanização e transformação, e agem secundariamente na reparação dos danos.

No entanto, permanece no ordenamento jurídico brasileiro a ideologia punitiva, posto que o procedimento restaurativo não interrompe ou suspende o procedimento criminal ou infracional instaurado.

Portanto, a despeito dos avanços da justiça restaurativa, desafios precisam ser enfrentados, com ênfase na participação das vítimas, da comunidade e na reparação dos danos. É fundamental que a justiça restaurativa seja inserida no ordenamento jurídico para assumir seu papel de potência transformadora de um sistema punitivo em crise, de maneira a integrar a restauração do dano causado pela violação do bem jurídico tutelado,

observados os princípios e os valores que a norteiam, sem com isso impedir a intervenção estatal nos casos legalmente previstos.

Referências

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Manual de gestão para as alternativas penais**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Sumário Executivo. **Justiça Pesquisa**. Pilotando a Justiça Restaurativa. O papel do Poder Judiciário. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2017.

CRUZ, Rogério Schietti. **Prisão cautelar**. Dramas, princípios e alternativas. 5. ed. Salvador-Bahia: Juspodivm, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2. ed. São Paulo: RT, 2006.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. Atualizado em 15 jul. 2021. Disponível em: <http://www.forumseguranca.org.br/anuariobrasileiro-segurancapublica/>. Acesso em: 21 out. 2020.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: RT, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal** – parte geral. 11. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

MASSUD, Leonardo. **Da pena e sua fixação**. Finalidades, circunstâncias judiciais e apontamentos para o fim do mínimo legal. São Paulo: DPJ, 2009.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

SANTOS, Celeste Leite dos. **Injusto penal e os direitos das vítimas de crimes**. Curitiba: Juruá, 2020.

SLAKMON, C., DE VITTO, R.; GOMES PINTO, R. (org.) **Justiça restaurativa**. Brasília-DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento PNUD, 2005.

WOLLMANN, Renata Rodrigues Guimarães. **A (im)possibilidade do uso de práticas restaurativas no âmbito da violência doméstica conjugal**. Dissertação (Mestrado em

Ciências Jurídico-Criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2018.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**. Um novo foco sobre o crime e a justiça. Trad. Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

A AUTONOMIA INDIVIDUAL NO PANORAMA NORMATIVO BRASILEIRO SOBRE A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS

CAIO HENRIQUE ALCÂNTARA:
Advogado. Graduado em Direito pela
Universidade Federal do Ceará.

RESUMO: Diante do número de mortes de pessoas na espera por um órgão para transplante, e do insucesso das medidas adotadas pelo Brasil para atingir as metas de doadores, é necessário um estudo sobre o panorama das normas brasileiras que regulamentam a doação de órgãos. Nesse contexto, o estudo apresenta tese doutrinária de solução da aparente antinomia entre a Lei nº 9.434/1997 e o Código Civil de 2002, e discute sua não recepção pela prática médica brasileira, concluindo pela necessidade de modificação da regulamentação atual da manifestação de vontade de ser doador, de modo que a autonomia do indivíduo prevaleça sobre a vontade de familiares.

Palavras-chave: Doação de Órgãos. Antinomia. Direitos fundamentais. Autonomia do indivíduo.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL. 2.1 A antinomia entre a Lei nº 9.434/1997 e o Código Civil de 2002. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Um dos desafios que se impõe perante o Brasil na próxima década é o de solucionar a carência de órgãos para transplante. Para compreender a dimensão da problemática, cabe fazer referência aos dados apresentados pela Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos (ABTO), que estima a necessidade anual de transplantes do país, comparando-a aos transplantes efetivamente realizados.

Se, em 2018, cenário pré-pandêmico, o Brasil possuía demanda por 1.661 transplantes de coração, apenas 353 foram realizados. Quanto aos transplantes de pulmão, a estimativa de iguais 1.661 necessários se depara com a realidade de apenas 121 transplantes concretizados. Das 12.460 pessoas que esperavam na fila por um rim, apenas 5.923, menos da metade, conseguiram o transplante. O resultado: 2.851 pessoas morreram na expectativa de um órgão apenas em 2018, uma média de 8 falecimentos por dia. (ABTO, 2018).

É esse cenário que constitui premissa à reflexão proposta pelo presente estudo. Com efeito, é objetivo desse artigo apresentar e avaliar panorama de como o ordenamento jurídico brasileiro regulamenta o processo de transplante de órgãos. Assim, investiga-se se, para além de campanhas educativas, o atendimento das metas nacionais de potenciais doadores demandaria alteração legislativa.

2 A DOAÇÃO DE ÓRGÃOS NO BRASIL

A remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante é regulamentada no Brasil pela Lei nº 9.434/1997. O art. 4º dessa Lei, com redação dada pela Lei nº 10.211/2001, determina que cabe aos familiares do falecido decidir pela sua inclusão no rol de doadores:

Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, **dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive**, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte. (BRASIL, 1997, grifo nosso).

A partir da previsão transcrita de que a determinação dependerá da autorização da família, Maynard *et al.* (2015) justificam a inexistência de mecanismo apto a garantir efetivamente a vontade do doador na legislação pátria. Qualquer manifestação de decisão sobre a doação realizada em vida deve ser informada aos familiares, que no momento do falecimento decidem sobre a doação, sem necessidade de justificação ou vinculação aos desejos do falecido.

Essa interpretação do artigo é reforçada pelo conteúdo do Decreto nº 9.175/2017, que, ao regulamentar a Lei nº 9.434/1997, apresentou seção específica para tratar do consentimento familiar na qual consta a seguinte previsão:

Art. 20. A retirada de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano, após a morte, **somente** poderá ser realizada com o consentimento livre e esclarecido da família do falecido, consignado de forma expressa em termo específico de autorização. (BRASIL, 2017a, grifo nosso).

Essas disposições refletem a tradicional prática das equipes médicas brasileiras, que independentemente de eventual manifestação prévia do falecido, apenas realizam a extração dos órgãos para transplante com o consentimento dos familiares. Nesse cenário, inexistente no Brasil um cadastro nacional de doadores de órgãos, ou mesmo a possibilidade de fazer constar em documento oficial, de forma vinculativa, o desejo do falecido.

A referida Lei nº 10.211/2001 tem origem na conversão da Medida Provisória nº 2.083-32/2001. Ao tramitar no Congresso Nacional por meio do Projeto de Lei de Conversão (CN) nº 6 de 2001, o texto da Medida Provisória foi modificado para incluir parágrafo único no art. 4º da Lei nº 9.434/1997 com a seguinte redação: "Parágrafo único.

A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas poderá ser realizada a partir de registro feito em vida, pelo de cujus, nos termos do regulamento” (BRASIL, 2001b). Entretanto, essa previsão foi vetada pelo então Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, sob a seguinte argumentação:

Razões do veto: A inserção deste parágrafo induz o entendimento que, uma vez o potencial doador tenha registrado em vida a vontade de doação de órgãos, esta manifestação em si só seria suficiente como autorização para a retirada dos órgãos. Isto além de contrariar o disposto no caput do art. 4º - a autorização familiar contraria a prática da totalidade das equipes transplantadoras do País, que sempre consultam os familiares (mesmo na existência de documento com manifestação positiva de vontade do potencial doador) e somente retiram os órgãos se estes, formalmente, autorizarem a doação. (BRASIL, 2001b).

Conclui-se que a submissão da autonomia individual ao consentimento familiar encontra suporte em interpretação do art. 4º da Lei nº 9.434/1997, no Decreto nº 9.175/2017 que a regulamenta, e na prática adotada tradicionalmente pelas equipes transplantadoras brasileiras.

Nessa conjuntura, considerada a existência de razões médicas inevitáveis de exclusão de potenciais doadores — contra-indicação clínica, não confirmação da morte encefálica, entre outras — a Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos indica os elevados índices de recusa familiar no país como um obstáculo a ser superado. Segundo o Registro Brasileiro de Transplantes (ABTO, 2018), revista oficial da instituição, em 2018, 25,5% dos potenciais doadores não se converteram em efetivos em razão da recusa familiar.

Esse modelo de valorização da decisão familiar, em detrimento da autonomia individual do falecido, é alvo de severas críticas por parte da doutrina. Stancioli *et al.* (2011, p. 137) defendem que:

[...] alijar o possível doador da escolha fundamental do destino de seus órgãos implica privá-lo do mais elementar espaço de autodeterminação. Ainda que bem-intencionada, a família não pode, em última instância, suprir completamente a vontade manifestada em vida pelo potencial doador.

Em seguida, os autores sugerem a adoção de um sistema no qual o doador possa manifestar sua vontade, de forma livre e circunstanciada, em um documento jurídico

específico. Apenas na ausência dessa manifestação, supletivamente, caberia à família decidir se a doação deve ou não ser realizada.

Parcela significativa da doutrina entende que tal efetividade da decisão individual do falecido já é prevista pelo ordenamento jurídico brasileiro. Essa conclusão deriva do teor do art. 14 do Código Civil de 2002, que dispõe: “É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.” (BRASIL, 2002).

Parece existir uma relação de antinomia entre o art. 4º da Lei nº 9.434/1997 e o art. 14 do Código Civil de 2002, na medida em que o primeiro estabeleceria a necessidade de consentimento familiar e o segundo a validade da disposição autônoma do próprio corpo. Cabe, portanto, discorrer sobre a suposta contrariedade entre essas duas normas.

2.1 A antinomia entre a Lei nº 9.434/1997 e o Código Civil de 2002

Ao iniciar a análise sobre a antinomia entre o art. 4º da Lei nº 9.434/1997 e o art. 14 do Código Civil de 2002, é necessário que tais normas sejam confrontadas aos clássicos critérios mencionados por Bobbio (2011): hierárquico, cronológico e da especialidade.

Em exposição sintética, preleciona a doutrina que a norma hierarquicamente superior deve prevalecer sobre norma inferior, que a norma posterior deve prevalecer sobre a anterior, bem como que a norma especial deve prevalecer sobre a geral.

No caso em tela, ambos os diplomas — Código Civil de 2002 e Lei nº 9.434/1997 — são leis ordinárias, inexistindo diferença hierárquica apta a ensejar a aplicação desse critério na solução da antinomia.

Quanto ao critério cronológico, temos que o Código Civil de 2002 é posterior à Lei nº 9.434/1997, o que nos levaria em direção à conclusão de que sua previsão de disposição autônoma do próprio corpo, sem necessidade de autorização familiar, deveria prevalecer.

Ocorre que o art. 14. do Código Civil de 2002 constitui norma geral sobre a disposição gratuita do corpo após a morte, autorizando-a caso seja realizada com objetivos altruísticos ou científicos. O art. 4º da Lei nº 9.434/1997, entretanto, regula o procedimento de uma espécie de disposição do corpo altruística, qual seja a doação de órgãos.

Isto é, teríamos hipótese que a doutrina classifica como antinomia aparente de segundo grau, hipótese de choque de normas válidas que envolvem dois dos critérios supramencionados. No caso, visualiza-se conflito de norma especial anterior com norma geral posterior.

Conforme discorre David (2014), a resposta mais recorrente é a de prevalência da especialidade sobre a cronologia. Nesse sentido, merecem referência as palavras de Bobbio (2011, p. 109):

Conflito entre o critério da especialidade e o cronológico: esse conflito tem lugar quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral. Tem-se conflito porque, aplicando o critério da especialidade, dá-se preponderância à primeira norma, aplicando o critério cronológico, dá-se prevalência à segunda. Também aqui foi transmitida uma regra geral, que soa assim: *Lex posterior generalis non derogat priori speciali*. Com base nessa regra, o conflito entre critério da especialidade e critério cronológico deve ser resolvido em favor do primeiro: a lei geral sucessiva não tira do caminho a lei especial precedente. O que leva a uma posterior exceção ao princípio *lex posterior derogat priori*: esse princípio falha, não só quando a *lex posterior* é inferior, mas também quando é *generalis* (e a *lex prior* é *specialis*). Essa regra, por outro lado, deve ser tomada com certa cautela, e tem um valor menos decisivo que o da regra anterior. Dir-se-ia que a *lex specialis* é menos forte que a *lex superior*, e que, portanto, a sua vitória sobre a *lex posterior* é mais contratada. Para fazer afirmações mais precisas nesse campo, seria necessário dispor de uma ampla casuística.

Em síntese, ainda que a solução geral seja de aplicação da norma especial anterior em detrimento da norma geral posterior, defende o autor que em situações específicas tal regra pode não ser aplicável. Em raciocínio similar, Diniz (2014) defende que não há regra definida na hipótese do referido conflito, variando a norma prevalecente conforme o caso concreto.

Se a aplicação dos critérios clássicos não é suficiente para se concluir pelo entendimento mais adequado, é necessário recorrer à solução proposta pela doutrina sobre essa hipótese específica.

Pereira (2011, p. 188) concebe que a prevalência da autonomia do indivíduo sobre a vontade familiar, extraída da aplicação do art. 14 do Código Civil de 2002, seria mais condizente em nossa ordem constitucional, visto que adequada “ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, o qual garante à pessoa, em lugar de aos seus parentes, o direito de dispor sobre o destino de seu próprio corpo”.

O mesmo entendimento é manifestado por Venosa (2011, p. 182), que concilia ambos os dispositivos ao estabelecer o caráter supletivo da decisão familiar, apenas na hipótese de ausência de manifestação em vida do potencial doador:

Tendo em vista o teor do art. 14 mencionado, temos que concluir, mesmo perante o sistema atual, que, enquanto não regulamentada diferentemente a disposição, será idônea qualquer manifestação de vontade escrita do doador a respeito da disposição de seus órgãos e tecidos após sua morte, devendo os parentes ou o cônjuge autorizar somente perante a omissão da pessoa falecida.

Venosa (2011) justifica essa proposta de solução da antinomia aparente por meio do entendimento de que a faculdade de doar órgãos constitui verdadeiro direito potestativo do indivíduo, dependendo exclusivamente da vontade daquele que deseja exercer deveres sobre si mesmo, independentemente de opinião diversa de terceiros, ainda que parentes próximos.

No mesmo sentido preleciona Diniz (2017), que entende a previsão do art. 14 do Código Civil de 2002 como delimitadora do âmbito de aplicação do art 4º da Lei n. 9.434/1997, que se limitaria aos casos de ausência de manifestação do potencial doador.

Para oferecer suporte ao raciocínio de prevalência do disposto no art. 14 do Código Civil de 2002, Barbieri (2012) invoca o princípio bioético da autonomia do paciente, o qual preleciona a proteção à capacidade do paciente em deliberar autonomamente, bem como a necessidade de que tal manifestação seja atendida.

O posicionamento prevalecente na doutrina brasileira pode ser sintetizado pelas palavras de Teixeira e Konder (2010, p. 21):

Não há dúvidas de que a família, no momento em que é consultada sobre o transplante, sofre o dramático impacto da perda do ente querido. Mas é exatamente por isso que não deve caber a ela de forma absoluta, em qualquer hipótese, a decisão final acerca da doação de órgãos – principalmente se o falecido manifestou sua vontade. Seria cruel exigir dos familiares, neste momento traumático, o desprendimento para autorizar o transplante. Deve caber a ela sim, a decisão, no caso de silêncio do falecido, pois representam o que está mais próximo do que seria sua própria manifestação. Todavia, expresso em vida o desejo de doar seus órgãos, esta declaração deve ser reputada válida independente do consentimento dos familiares.

Na conjuntura dessa discussão, o Conselho da Justiça Federal (CJF), na IV Jornada de Direito Civil, editou o Enunciado 277, *in verbis*:

277 – Art. 14: O art. 14 do Código Civil, ao afirmar a validade da disposição gratuita do próprio corpo, com objetivo científico ou altruístico, para depois da morte, determinou que a manifestação expressa do doador de órgãos em vida prevalece sobre a vontade dos familiares, portanto, a aplicação do art. 4º da Lei n. 9.434/97 ficou restrita à hipótese de silêncio do potencial doador. (CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2006).

Em síntese, entende a doutrina pela conciliação entre os dispositivos a partir de uma leitura do art 4º da Lei n. 9.434/1997 enquanto disposição aplicável em caráter supletivo, apenas na hipótese de ausência de expressão de vontade do falecido, caso contrário prevalece a autonomia prevista no art. 14 do Código Civil de 2002.

Entretanto, conforme citado, não é esse o entendimento prevalecente na prática médica brasileira. Buscando garantir a aplicação da prevalência da autonomia individual sobre a vontade familiar, o Senador Lasier Martins (PSD/RS) propôs o Projeto de Lei do Senado nº 453/2017, cuja epígrafe dispõe :

Altera o caput do art. 4º da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, a fim de tornar explícito que o consentimento familiar, no caso de doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para depois da morte, só se faz necessário quando o potencial doador não tenha, em vida, se manifestado expressa e validamente a respeito. (BRASIL, 2017b, p. 2).

Sobre as razões de veto ao parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.434/1997 previsto pela Lei nº 10.211/2001, que se fundamentaram na referida prática das equipes de transplantes brasileiras, a justificção do Projeto de Lei do Senado nº 453/2017 afirma:

Ora, a prática das equipes de transplantes não teria – e nunca terá – o condão de se sobrepor à lei, razão pela qual se faz necessário que a lei clara e expressamente autorize a retirada de partes de cadáver para efeito de doação, sem a necessidade do consentimento familiar, desde que possa ser constatada a manifestação válida do doador nesse sentido, como, por exemplo, em dizeres na sua carteira de identidade, desse modo facilitando a captação e distribuição de órgãos para mitigar o principal empecilho no processo de doação e transplante de órgãos, que é justamente a falta de consentimento familiar. (BRASIL, 2017b, p. 5).

Diante do exposto, conforme conclui Barbieri (2012), as legislações pertinentes ao consentimento para doação de órgãos não são contraditórias, mas apenas

complementares. Apesar de atualmente a manifestação em vida ser preterida pela exigência dos médicos pelo consentimento familiar, o ordenamento jurídico ora vigente já estabelece a prevalência da autonomia individual.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo apresenta uma incoerência no atual regramento brasileiro sobre o consentimento apto a autorizar a extração dos órgãos para transplante. Se a doutrina jurídica majoritária entende pela prevalência da autonomia individual — de modo que, na existência de manifestação em vida do indivíduo, essa deveria prevalecer — a prática médica vale-se da abertura à divergências interpretativas presente na legislação para definir o consentimento familiar como prevalente.

Diante do exposto, visualiza-se que, apesar da melhor interpretação do ordenamento jurídico apontar a prevalência da autonomia individual, é necessária modificação legislativa que torne tal entendimento cristalino, de modo a garantir a eficácia da previsão legal.

REFERÊNCIAS

ABTO. **Registro Brasileiro de Transplantes:** Veículo Oficial da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. Ano XXIV, nº 4. São Paulo: Abto - Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, 2018. Disponível em: <http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2018/Lv_RBT-2018.pdf>. Acesso em: 1 fev. 2022.

____. **Registro Brasileiro de Transplantes:** Veículo Oficial da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. Ano XXV, nº 1. São Paulo: Abto - Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, 2019a. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2019/RBT-2019-1%20trim%20-%20Pop.pdf>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

____. **Registro Brasileiro de Transplantes:** Veículo Oficial da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos. Ano XXV, nº 2. São Paulo: Abto - Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, 2019b. Disponível em: <<http://www.abto.org.br/abtov03/Upload/file/RBT/2019/rbt2019-1sem-leitura.pdf>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

BARBIERI, Renata Vanzella. **A doação de órgãos post mortem:** o diálogo da lei especial e dos direitos da personalidade no tocante a autonomia da vontade sob a luz da bioética e da dignidade da pessoa humana. 2012. 152 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Desenvolvimento e Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2012. Disponível em:

<<http://tede2.pucgoias.edu.br:8080/bitstream/tede/2678/1/RENATA%20VANZELLA%20B ARBIERI.pdf>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BRASIL. **Decreto nº 9.175, de 18 de outubro de 2017**. Regulamenta a Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, para tratar da disposição de órgãos, tecidos, células e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. 2017a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9175.htm>. Acesso em: 1 fev. 2022.

_____. **Lei nº 9434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências.. . Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 1 fev. 2022.

_____. **Lei nº 10211, de 23 de março de 2001**. Altera dispositivos da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que "dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento".. . Brasília, 2001a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10211.htm>. Acesso em: 1 fev. 2022.

_____. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 1 fev. 2022.

_____. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 453, de 2017**. Altera o caput do art. 4º da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, a fim de tornar explícito que o consentimento familiar, no caso de doação de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para depois da morte, só se faz necessário quando o potencial doador não tenha, em vida, se manifestado expressa e validamente a respeito. 2017b. Disponível em: <legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7288781&disposition=inline> . Acesso em: 1 fev. 2022.

_____. Senado Federal. Veto parcial do Presidente da República, Fernando Henrique Cardoso, na Lei nº 10.221, de 23 de Março de 2001. **Mensagem nº 252, de 23 de março de 2001**. Brasília: Diário Oficial da União, 24 mar. 2001b. Seção 1 - Eletrônico - Edição Extra, p. 10. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2001/lei-10211-23-marco-2001-351214-veto-14625-pl.html>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado nº 277. **IV Jornada de Direito Civil**. Brasília, 2006. Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/227>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

DAVID, Tiago Bitencourt De. Conflito entre os critérios cronológico e da especialidade: resolução da antinomia de segundo grau à luz da doutrina e da jurisprudência.. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 14, n. 1180, 17 out. 2014. Disponível em: <<https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/286-artigos-out-2014/6770-conflito-entre-os-criterios-cronologico-e-da-especialidade-resolucao-da-antinomia-de-segundo-grau-a-luz-da-doutrina-e-da-jurisprudencia>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Conflito de Normas**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **O estado atual do biodireito**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAYNARD, Lorena Oliveira Dantas *et al.* Os Conflitos do Consentimento Acerca da Doação de Órgãos Post Mortem no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, [s.l.], v. 16, n. 3, p.122-144, 30 dez. 2015. Universidade de São Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBiUSP. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/111657>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: introdução ao direito civil: teoria geral de direito civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2011.

STANCIOLI, Brunello et al. O Sistema nacional de transplantes: saúde e autonomia em discussão. **Revista de Direito Sanitário**, [s.l.], v. 11, n. 3, p.123-154, 1 fev. 2011. Universidade de São Paulo Sistema Integrado de Bibliotecas - SIBiUSP. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13225>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Autonomia e solidariedade na disposição de órgãos para depois da morte. **Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, [s.l.], v. , n. 18, 22 p., 7 abr. 2010. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1357/1145>. Acesso em: 1 fev. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas. 2011.

CUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL QUE DETERMINA O PAGAMENTO DE ALIMENTOS PELO RITO DA PRISÃO CIVIL NO PERÍODO DA PANDEMIA DA COVID-19.

CLÁUDIO FACUNDO DE LIMA: Ex-Servidor Público do Ministério Público do Estado do Ceará; Ex-Professor da Universidade Regional do Cariri (URCA); Ex-Advogado do Município de Farias Brito/CE; Pós-graduação em Direito Penal e Criminologia pela URCA e em Direito Ambiental pela FIC.

Resumo: O estudo ora apresentado cuida do Cumprimento da decisão que determina o pagamento de alimentos pelo rito da prisão civil no período da pandemia da Covid-19. De início, será abordada o rito de prisão civil. Em seguida, analisará a Lei nº 14.010/2020 e a Recomendação nº 62/2020 do CNJ. Por fim, verificará o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: Prisão Civil. Devedor de alimentos. Pandemia Covid-19. Prisão domiciliar.

1. INTRODUÇÃO

O cumprimento da decisão judicial que determina o pagamento de alimentos pelo rito da prisão civil é previsto no caput e nos §§ 1º a 7º do art. 528 do Código de Processo Civil.

Vale salientar que após a distribuição da execução de alimentos, o Magistrado determina a intimação do executado para, pagar o debito ou justificar a impossibilidade, tudo no prazo de 3 dias. Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, deve o Juiz, em regra, decretará a prisão civil do devedor pelo prazo de 1 a 3 meses, vejamos o CPC:

“Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

§ 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuar-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517.

§ 2º Somente a comprovação de fato que gere a impossibilidade absoluta de pagar justificará o inadimplemento.

§ 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses.

§ 4º A prisão será cumprida em regime fechado, devendo o preso ficar separado dos presos comuns.

§ 5º O cumprimento da pena não exime o executado do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

§ 6º Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

§ 7º O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende até as 3 (três) prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.”

Segundo o Enunciado Sumular nº 309 do Superior Tribunal de Justiça: “O débito alimentar que autoriza a prisão civil do alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.”

2. LEI Nº 14.010/2020 E A RECOMENDAÇÃO Nº 62/2020 DO CNJ

A pandemia de Covid-19 - também conhecida como pandemia de coronavírus, é uma doença respiratória causada pelo coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (SARS-CoV-2).

As medidas preventivas recomendadas incluem distanciamento social, uso de máscaras faciais em público, ventilação e filtragem de ar, lavagem das mãos, cobertura da boca ao espirrar ou tossir, desinfecção de superfícies e monitoramento e auto-isolamento para pessoas expostas ou sintomáticas.

É importante mencionar que a Lei nº 14.010/2020 determinou o cumprimento da prisão civil do devedor de alimentos na modalidade de prisão domiciliar, a fim de evitar a contaminação entre os detentos nos presídios brasileiros.

“Art. 1º Esta Lei institui normas de caráter transitório e emergencial para a regulação de relações jurídicas de Direito Privado em virtude da pandemia do coronavírus (Covid-19).

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se 20 de março de 2020, data da publicação do Decreto Legislativo nº 6, como termo inicial dos eventos derivados da pandemia do coronavírus (Covid-19).

Art. 2º A suspensão da aplicação das normas referidas nesta Lei não implica sua revogação ou alteração.

(...)

Art. 15. Até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia, prevista no art. 528, § 3º e seguintes da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), deverá ser cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.”

O Conselho Nacional de Justiça expediu a Recomendação nº 62/2020 recomendando que os Juízes e Tribunais adotem medidas preventivas à propagação da infecção pelo coronavírus no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo.

“Art. 1o Recomendar aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo.

Parágrafo único. As recomendações têm como finalidades específicas: I – a proteção da vida e da saúde das pessoas privadas de liberdade, dos magistrados, e de todos os servidores e agentes públicos que integram o sistema de justiça penal, prisional e socioeducativo, sobretudo daqueles que integram o grupo de risco, tais como idosos, gestantes e pessoas com doenças crônicas, imunossupressoras, respiratórias e outras comorbidades preexistentes que possam conduzir a um agravamento do estado geral de saúde a partir do contágio, com especial atenção para diabetes, tuberculose, doenças renais, HIV e coinfeções;

II – redução dos fatores de propagação do vírus, pela adoção de medidas sanitárias, redução de aglomerações nas unidades judiciárias, prisionais e socioeducativas, e restrição às interações físicas na realização de atos processuais; e

III – garantia da continuidade da prestação jurisdicional, observando-se os direitos e garantias individuais e o devido processo legal.

(...)

Art. 6º Recomendar aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus.

(...)”

3. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

De fato, o Superior Tribunal de Justiça, durante o período da pandemia da Covid-19, passou a adotar, como regra, a prisão domiciliar do devedor de alimentos.

“É ilegal/teratológica a prisão civil do devedor de alimentos, sob o regime fechado, no período de pandemia, anterior ou posterior à Lei nº 14.010/2020.

Desse modo, seja antes ou depois da Lei nº 14.010/2020, o devedor de alimentos não poderia permanecer preso no regime fechado durante a pandemia da Covid-19.”

STJ. 3ª Turma. HC 569.014-RN, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 06/10/2020 (Info 681).

“A Lei 14.010/2020, ao estatuir acerca do Regime Jurídico Emergencial Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19), dispôs expressamente, em seu art. 15, acerca do cumprimento da prisão civil por dívida alimentar, determinando que seja feito exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações.”

STJ. 3ª Turma. HC 578.282/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 25/08/2020.

“Durante a pandemia de Covid-19, deve-se assegurar prisão domiciliar aos presos em decorrência de dívidas alimentícias.

O contexto atual de gravíssima pandemia devido ao chamado coronavírus desaconselha a manutenção do devedor em ambiente fechado, insalubre e potencialmente perigoso.

Assim, diante do iminente risco de contágio pelo Covid-19, bem como em razão dos esforços expendidos pelas autoridades públicas em reduzir o avanço da pandemia, é recomendável o cumprimento da prisão civil por dívida alimentar em prisão domiciliar.”

STJ. 4ª Turma. HC 561.257-SP, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 05/05/2020 (Info 671).

4. CONCLUSÃO

O presente estudo objetivou demonstrar a forma de cumprimento da decisão que determina o pagamento de alimentos pelo rito da prisão civil no período da pandemia da Covid-19.

Foi analisado que a União publicou a Lei nº 14.010/2020 que determinou a prisão de civil de alimentos na modalidade de prisão domiciliar. Ato contínuo, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62/2020 recomendando aos magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia.

Por fim, conclui-se que o Superior Tribunal de Justiça adotou, como regra, a prisão domiciliar aos presos em decorrência de dívidas alimentícias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. L13105. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em: 08 Fev. 2022.

BRASIL. L14010. Disponível em: planalto.gov.br. Acesso em: 08 Fev. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: [Página Inicial - Atos CNJ](#). Acesso em: 08 Fev. 2022.

BRASIL. Dizer o Direito. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br>. Acesso em: 08 Fev. 2021.

PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO COMO LIMITE À REFORMA TRABALHISTA INSTITUÍDA PELA LEI 13.467/2017

VILMA JESUS DE OLIVEIRA: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio. Especialista em Teoria do Estado, relações privadas e processo pelo Centro Universitário da Grande Dourados-UNIGRAN. Servidora Pública do Ministério Público da União desde 2012.

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo o estudo do Princípio da Proteção enquanto norma fundamental do Direito do Trabalho que, a par dos demais princípios constitucionais e infraconstitucionais, visa a proteção do trabalhador, impedindo que normas com caráter reducionista e precarizante sejam consideradas válidas e eficazes dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Partindo-se da premissa de que Princípio da proteção possui força axiológica-normativa de direito fundamental, amparado pela Constituição Federal de 1988, uma vez que, ao adotar o paradigma de Estado Democrático de Direito elencou dentre seus princípios fundamentais os valores sociais do trabalho, assegurando um catálogo de direitos que devem ser assegurados pelo Estado e respeitados pela sociedade. No desenvolvimento deste artigo, sem pretender esgotar a temática, perpassa pela contextualização do surgimento do Direito do Trabalho, sua conceituação e a instituição do princípio da proteção como norma fundamental capaz de limitar a vigência das normas trazidas pela Lei 13.467/2017 e assim, garantir a higidez da força normativa da Constituição dentro do paradigma do Estado Social Democrático de Direito. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, apoiando-se numa pesquisa qualitativa de revisão bibliográfica da literatura jurídica disponível sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do trabalho; Princípio da proteção; Direito fundamental; Dignidade da pessoa humana.

Sumário: Introdução 1. Origem e conceito do Direito do Trabalho 2. Princípio da proteção no direito do trabalho 3. Princípio da proteção enquanto norma fundamental 4. Princípio da proteção e a reforma instituída pela Lei 13.467/2017. Considerações finais. Referência.

INTRODUÇÃO

O Direito do Trabalho surge no século XIX e decorre das transformações econômicas, políticas e sociais vivenciadas no pós-guerra, ganhando força após a Revolução Industrial, passando a existir como instrumento de regulação das relações de

emprego, de modo a limitar a liberdade de contratar entre pessoas que se encontravam em situações distintas e díspares, especialmente quanto à capacidade econômica, visando assegurar as regras mínimas legais e a igualdade jurídica entre empregado e empregador.

De acordo com DELGADO (2019) o Direito do Trabalho, como sistema jurídico coordenado, tem na relação empregatícia sua categoria básica, a partir da qual se constroem princípios, regras e institutos essenciais desse ramo jurídico especializado, demarcando sua característica própria e distintiva perante os ramos jurídicos correlatos.

BOMFIM (2013) defende que o direito do Trabalho nasce como reação ao cenário que se apresentou com a Revolução Industrial, com a crescente e incontrolável exploração desumana do trabalho. Sendo produto da reação da classe trabalhadora, ocorrida no século XIX contra a utilização sem limites do trabalho humano.

A autora esclarece ainda que, o Direito do Trabalho não pode ser visto apenas como aquele que cuida da aplicação das regras trabalhistas, limitada a aplicação da CLT e normas correlatas extravagantes, mas vai além, superando a visão individualista e coletiva e perpassando pela visão econômica, política e social.

Observa-se que as normas reguladoras das relações do trabalho, sempre foram impregnadas de um cunho protecionista, na medida em que prevalece a busca da equidade por nos termos da máxima aristotélica "*tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades*."

Adotando a classificação de RODRIGUEZ (1993) o presente artigo partilha do entendimento de que a tutela do trabalhador decorre do princípio fundamental da proteção, pelo qual se estruturam todas as normas de direito material do trabalho, sendo o mais relevante princípio da relação jurídica entre empregado e empregador ao lado do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, enquanto vetor de todo o ordenamento jurídico pátrio.

Dessa forma, defende-se que o princípio da proteção deve ser entendido como um instrumento de equiparação formal entre os sujeitos da relação de emprego, irradiando sua teleologia para os demais princípios e regras, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da Constituição da República Federativa do Brasil.

Com base nesta premissa, o presente artigo aborda o princípio da proteção como direito fundamental, pelo qual se busca harmonizar a relação empregatícia, promovendo-lhe equilíbrio, não apenas, juridicamente, mas também como mecanismo apto a garantir dignidade a cada trabalhador, constituindo-se em limite ao Poder Público, especialmente ao Poder Legislativo, proibindo-lhes que promovam alterações legislativas contrárias aos

direitos e garantias que integram o núcleo essencial mínimo de direitos fundamentais à existencial digna do trabalhador.

1.ORIGEM E CONCEITO DO DIREITO DO TRABALHO

O trabalho enquanto atividade sempre integrou a vida das pessoas, seja para a produção de bens ou para produção de alimentos necessários à sua própria sobrevivência. Contudo, o Direito do Trabalho como ramo normatizado surge no século XIX, como resultado das transformações econômicas, políticas e sociais vivenciadas no pós-guerra, como maior representatividade social após a Revolução Industrial.

De acordo com o doutrinador DELGADO (2019) apenas no período da Revolução Industrial é que o trabalhador seria conectado, de modo permanente, ao sistema produtivo, por meio de uma relação de produção inovadora, hábil a combinar liberdade e subordinação. Sendo o trabalhador separado dos meios de produção (juridicamente livre), mas subordinado no âmbito da relação empregatícia ao proprietário ou possuidor dos meios produtivos.

MARTINS (2010) afirma a Revolução Industrial foi marcada por um processo de superexploração da mão-de-obra, onde as fábricas representavam um concentrado de operários, submetidos à intensa jornada de trabalho em situações insalubres e penosas, em troca, de salários irrisórios. Sendo a categoria de empregados à época formada por homens, mulheres e crianças.

Historicamente, conforme MACHADO (2016) a proteção estatal em face dos trabalhadores recebeu influência da ideologia Marxista, segundo o qual na ordem burguesa capitalista e trabalhador se confrontariam como pessoas livres, como possuidores independentes de mercadorias: um, possuidor de dinheiro e de meios de produção; o outro, possuidor de força de trabalho. Realizando-se o trabalhador, dentro do sistema de produção sob duas naturezas: a primeira como sujeito que vende uma mercadoria e, a segunda como a própria mercadoria que se vende.

Logo, o trabalho é considerado não apenas mercadoria negociada no livre comércio de oferta e demanda, mas expressão direta da pessoa humana pois, é através dele que maioria dos indivíduos obtém recursos necessários à sua sobrevivência.

Desde o nascimento do Direito do Trabalho, no bojo das relação jurídicas da Revolução Industrial até os dias atuais, a norma laboral passou por fases, assumindo características diversas até se chegar a Constituição Federal de 1988, conhecida como Constituição social e cidadã.

Coadunando, DELGADO;DELGADO (2018) citam o surgimento após a segunda guerra na Europa do chamado constitucionalismo humanista e social contemporâneo

capitaneado pelas Constituições da França(1946), da Itália (1947), da Alemanha (1949), Portugal(1976), Espanha (1978) e Brasil (1988).

Não há dissenso que, no âmbito nacional brasileiro, a Constituição Federal de 1988 estruturou o Estado Democrático de Direito e colocou a pessoa humana no vértice da ordem constitucional, tratando de inúmeros direitos individuais e sociais trabalhistas que se estão descritos em toda sua extensão.

Para STRECK (2003), a noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais-sociais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito.

Os direitos sociais, dentre os quais, está o direito do trabalho, compõe o núcleos da Constituição da República, com presença marcante nos incisos III e IV do art. 1º; inciso XIII do art. 5º; art. 6º ao art. 11; art. 170 e art. 193, dentre outros.

Adentrando no conceito do Direito do Trabalho BOMFIM (2013) explica que há três correntes, tratando sobre o tema, sendo classificadas: a primeira como subjetiva, a segunda como objetiva e a terceira, majoritária na doutrina, chamada de mista.

DELGADO (2019) define Direito do Trabalho como sendo um complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas.

BARROS (2009) traz em sua obra diversos conceitos, entre os quais o de Perez Botija que afirma ser um conjunto de princípios e normas que regulam as relações de empregadores e trabalhadores e de ambos com o Estado, para efeitos de proteção e tutela do trabalho.

BOMFIM (2013) afirma ser o conceito do Direito do Trabalho um sistema jurídico permeado por institutos, valores, regras e princípios dirigidos aos trabalhadores subordinado e assemelhados, aos empregadores, empresas coligadas, tomadores de serviço, para tutela do contrato mínimo de trabalho, das obrigações decorrentes das relações de trabalho das medidas que visam à proteção da sociedade trabalhadora, sempre norteadas pelos princípios constitucionais, principalmente o da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, verifica-se que a origem e evolução dos direitos trabalhistas ao longo da história foram sendo paulatinamente ampliados até se chegar a atual Constituição Federal, que desde 1988, reconhecida como constituição social e cidadã ao

reforçar a imperatividade da ordem jurídica trabalhista e eleger os direitos sociais ao *status* de norma fundamental.

2. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

O termo Princípio refere-se à ideia de começo, origem, início, raiz, ou seja, aquilo que serve de base a alguma coisa. Sendo, uma proposição lógica fundamental sobre a qual se apoia um raciocínio. Significa ainda, fundamento ou essência de algum fenômeno.

Segundo DELGADO (2019), princípio traduz a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade.

A concepção científica de princípios como efetivas normas jurídicas floresceu na Europa segundo DELGADO; DELGADO (2018) logo após a Segunda Guerra e ganhou consistência e força de propagação a partir da incorporação pelo novo constitucionalismo humano e social, deflagrado no ocidente europeu, no final da década de 1940. Absorvida pelo Direito Constitucional, tornou-se conquista pela e consagrada na Ciência do Direito e diversos campos jurídicos positivados.

Na acepção descrita por DELGADO; DELGADO (2015) uma das maiores contribuições da ciência do Direito revelada no Estado Democrático, foi o reconhecimento do caráter normativo dos princípios, enquanto normas jurídicas efetivamente vinculantes do sistema, e não simples enunciados programáticos.

É nesse modelo paradigmático que se afirma serem os princípios instrumentos para aplicação das normas jurídicas, atuando como fonte de interpretação e compreensão, numa concepção normativa.

O sistema jurídico do Direito Laboral é composto de diversos princípios, dentre os quais: princípio da proteção, princípio da norma mais favorável, princípio da imperatividade das normas trabalhistas, princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas, princípio da inalterabilidade contratual lesiva, princípio da primazia da realidade sobre a forma e princípio da continuidade da relação de emprego.

Todavia, reafirma-se que o objetivo deste artigo se restringe à análise do Princípio da Proteção, que também é conhecido como princípio tutelar; princípio tuitivo; princípio protetivo e princípio tutelar-protetivo.

O princípio da Proteção integrado com as regras e demais institutos jurídicos do ramo trabalhista forma uma teia de proteção à parte trabalhadora, reconhecida como

hipossuficiente²³⁵ na relação de trabalho, e visa, no plano jurídico, retificar e atenuar o desequilíbrio socioeconômico e de poder existente entre os sujeitos da relação no plano fático desta.

Defende-se que o Princípio da Proteção irradia-se sobre os demais, haja visto o *status* de norma fundamental dado pela Constituição Federal aos direitos sociais trabalhistas, e possui força normativa vinculante capaz de impedir modificações *in pejus*, por legislações infraconstitucionais.

Nessa direção, aponta GOMES (2001) afirmando que o princípio da proteção é fundamentado pela busca da dignidade humana e da realização do trabalho como valor social e não apenas econômico.

Da mesma forma, NASCIMENTO (2002) conclui o significado do trabalho na realidade contemporânea não se prender às amarras de uma limitação meramente produtiva ou econômica, mas encerra um outro sentido, próprio de uma sociedade solidária. E ainda, o trabalho eleva-se como uma das formas de inserção social, como meio que deve ser assegurado à pessoa, de desempenhar um papel em sua comunidade.

É com base neste caráter histórico-*axiológico* e humanístico do trabalho que reside o princípio protetor enquanto norma fundamental do Direito do Trabalho enquanto instrumento capaz de impedir a mercantilização e desvalorização do trabalhador.

Adentrando no objeto deste estudo, necessário retomar a classificação do jurista RODRIGUEZ (1993), que subdivide o princípio protetor em três dimensões (também conhecidas como subprincípios): *in dubio pro operário*, norma mais favorável e condições mais vantajosas, importa destacar que, embora de grande relevância para o Direito do Trabalho recebe algumas críticas no que refere a dimensão do *in dubio pro operário* (ou *pro misero*), a qual informa que diante de situações de confronto entre interpretações consistente de certo preceito normativo, o operador do direito deve optar pela mais favorável ao trabalhador.

A dimensão *in dubio pro operário*, informa que havendo dúvidas de interpretação legal, o intérprete deve escolher aquela que mais beneficiar o trabalhador, enquanto norma mais favorável, que determina a adoção da norma mais favorável ao trabalhador quando houver mais de uma norma a ser aplicada ao caso concreto; e a condição mais benéfica, representa a proteção à situação jurídica que integrou o patrimônio do empregado, não podendo mais ser alterada.

²³⁵ hipossuficiente decorre da condição do trabalhador como não-proprietário dos meios de produção, eles não possuem outros meios para garantir seu sustento além daquilo que obtém a partir da própria força de trabalho. JUNIOR (1980)

De acordo com sua classificação, a utilização da regra *in dubio pro operario* está condicionada à existência de uma dúvida razoável a respeito do sentido da norma, não se tratando de corrigir a norma e nem de integrá-la, mas tão somente de determinar o verdadeiro sentido da norma existente.

Embora tal classificação seja amplamente adota pela doutrina brasileira, há algumas observações e distinções realizadas por juristas brasileiros a exemplo do doutrinador DELGADO (2019) ao dispor que o subprincípio do *in dubio pro misero* encontra-se superado por apresentar dois problemas: o primeiro, menos grave, essencialmente prático, consiste no fato de que ele abrange dimensão temática já acobertada por outro princípio *justralbalhista* específico, qual seja, o da norma mais favorável e, o segundo problema, muito grave, consistente no fato de que, no tocante à sua outra dimensão temática ele entre em choque com o princípio jurídico geral da essencial da civilização ocidental, hoje, e do Estado Democrático de Direito: o princípio do juiz natural.

No mesmo sentido, COSTA (1985) defende que não se trata de ser parcial na aplicação do Direito, mas de usar de um recurso hermenêutico válido, quando as partes em conflito apresentarem um desnível social e a norma, ou a demonstração dos fatos, não for clara, possibilitando a opção em benefício da parte hipossuficiente.

Quanto ao princípio da norma mais favorável, tem-se que o operador do Direito deve optar pela regra mais favorável ao obreiro em três situações: (a) no instante da elaboração da regra; (b) no contexto de confronto de entre regras concorrentes; e (c) no contexto de interpretação das regras jurídicas.

Na linha proposta por NASCIMENTO (1991), o princípio da norma mais favorável atua em tríplice dimensão no Direito do Trabalho, quais sejam: informadora, interpretativa (normativa) e hierarquizante.

Parte da doutrina defende que o princípio da norma mais favorável adquiriu respaldo constitucional com a CRFB/1988, quando o legislador adotou as diretrizes descritas no art. 7º, que dispõe "*são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social (...)*".

Dentre as dimensões da norma mais favorável, destaca-se a dimensão hierarquizante que mitiga a regra da hierarquia das normas prevista pelo critério clássico civil, permitindo no direito do trabalho a aplicação da regra da norma mais favorável, ainda que ela não seja posterior ou superior hierarquicamente.

Tal regra é válida inclusive quanto a Tratado e Convenção Internacional, uma vez que, a convenção ratificada pelo Brasil, ao passar a fazer parte do ordenamento brasileiro,

revoga as normas incompatíveis precedentes, desde que não seja aplicável uma norma mais benéfica.

DELGADO (2019) informa que o critério hierárquico vigente no Direito do Trabalho constrói-se de modo plástico e variável, elegendo para seu vértice a norma que mais se aproxime do caráter teleológico do ramo *justralhista*.

Assim, a aplicação da norma mais favorável permite uma inversão da hierarquia das normas, uma vez que, independentemente da sua localização na escala hierárquica das normas jurídicas, no caso concreto, aplicar-se-á a que for mais favorável ao obreiro.

Entretanto, o princípio da norma mais favorável não é absoluto, encontrando limites no ordenamento jurídico, quando o interesse público de toda a sociedade assim o excepcionar.

A terceira dimensão do princípio protetor - Condição mais Benéfica importa na garantida de preservação, ao longo do contrato de trabalho, da cláusula contratual mais vantajosa ao trabalhador.

Afirma DELGADO (2019) que o princípio da condição mais benéfica, além de revestir-se da natureza de direito adquirido, ao abranger as cláusulas contratuais é de certo modo, uma manifestação do princípio da inalterabilidade contratual lesiva, também do Direito do Trabalho.

Esse princípio informa que as cláusulas contratuais benéficas só podem ser suprimidas por cláusulas posteriores ainda mais benéficas, mantendo-se intocadas em face de subsequente alteração menos vantajosa.

A diferença entre a regra da condição mais benéfica e a teoria dos direitos adquiridos é que naquela o conflito se dá entre duas normas convencionais e nesta o conflito é entre duas normas estatais.

Assim, o princípio protetor atua em prol do empregado, onde ao se interpretar qualquer norma trabalhista, deve-se pender sempre para o entendimento que favoreça o empregado, tido como a parte hipossuficiente na relação laboral, sejam as normas de caráter econômico ou não, e mesmo quando personalíssimas.

Para BARROS (2009), a aplicação da condição mais benéfica está sujeita a limites extrínsecos e intrínsecos. O limite intrínseco justifica a não concessão de vantagens inseridas no regulamento interno da empresa ao empregado admitido após a sua revogação, conforme súmula 51, do TST. E o limite extrínseco seria a norma consequente mais vantajosa que a condição benéfica, implicando o desaparecimento desta última. É considerado ainda, como limite extrínseco o fato de que essas vantagens não se acumulam.

Ademais, o princípio protetor possui ainda uma função suplementar de grande relevância no contexto jurídico, tendo em vista que os direitos personalíssimos do trabalhador vêm sendo cada vez mais ameaçados, seja no que tange a vida privada ou coletiva do mesmo, dado a presença de câmeras filmadoras nas empresas, revista íntima e o monitoramento de computadores.

Em acréscimo, o princípio da dignidade humana veda qualquer conduta que importe na coisificação e instrumentalização da pessoa, delimitando e limitando a atuação do proprietário do capital quanto a práticas que desrespeitem a essência do ser humano, com o reconhecimento de que todos os indivíduos são iguais, mesma origem e valor.

Nesse contexto, o Direito do Trabalho contemporâneo deve ser interpretado a partir de dois eixos temáticos de sustentação, quais sejam: direitos fundamentais da pessoa humana e Estado Democrático de Direito.

3.PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO ENQUANTO NORMA FUNDAMENTAL

O princípio protetor na atualidade avança para a proteção dos direitos personalíssimos, que estão ameaçados pela relação de trabalho. Assim, visa-se proporcionar condições dignas de labor.

A compreensão do princípio protetor do empregado deve ser extraída do conteúdo da dignidade da pessoa humana, considerando o ser humano e sua dignidade no trabalho como algo que não se pode abrir mão, mas deve andar junto com o desenvolvimento econômico, uma vez que para a maioria das pessoas, o trabalho é a única fonte dos meios de subsistência.

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

Segundo SARLET (2002) a dignidade da pessoa humana é qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é característica que o define como tal. Concepção de que em razão, tão somente, de sua condição humana e independentemente de qualquer outra particularidade, o ser humano é titular de direitos e devem ser respeitados pelo Estado e seus semelhantes.

Para SILVA (2012), a dignidade da pessoa humana não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana.

PIOVESAN (2010) entende que a condição humana é requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. Isto porque todo ser humano tem uma dignidade que lhe é inerente, sendo incondicionada, não dependendo de outro critério, senão ser humano.

Em que pese a dignidade da pessoa humana ser uma qualidade intrínseca, encontra-se sujeita a possíveis violações e, com efeito, enseja uma construção normativa capaz de, ao mesmo tempo, promover e proteger a dignidade da pessoa, o que tem sido construído pelo Direito do Trabalho.

De acordo com SARLET (2004) sendo a dignidade da pessoa humana uma qualidade distintiva a cada ser, ensejadora de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, enseja um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável em comunhão com os demais seres humanos.

Com isso, constata-se que o núcleo do princípio protetor encontra seu fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a principal finalidade da proteção é a promoção da dignidade, por meio da harmonização na relação trabalhista, mediante uma relação de trabalho equilibrada, ainda que juridicamente.

A Constituição de 1988, apresentada como a mais nobre expressão do Estado Democrático de Direito, trouxe elencado nos princípios fundamentais os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, tratando em capítulo próprio dos direitos trabalhistas, igualando os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, estendendo aos avulsos, e ampliando o rol de direitos do empregado doméstico, bem como as proteções jurídicas à empregada gestante dentre outros direitos, o que a qualifica como a mais significativa Carta de Direitos do Brasil.

Segundo SARLET (2002) a Constituição de 1988 pode ser considerada como sendo uma Constituição da pessoa humana e nesse sentido, o seu sistema de direitos fundamentais repousa na dignidade da pessoa humana, pois essa atua como diretriz material para a identificação dos direitos fundamentais.

BARROS (2009), afirma que o propósito da Constituição Federal de 1988, consiste em tentar corrigir desigualdade, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante da sua condição de hipossuficiente.

Nesse sentido, JUNIOR (1980) cita a Teoria da hipossuficiência, segundo a qual não sendo o trabalhador proprietário de outros meios aptos a garantir seu sustento, senão sua força de trabalho, sujeita-se à vontade e condições impostas pelo empregador, assumindo

nesta relação jurídica, sempre a posição de hipossuficiente, sob pena de conseguir prover a subsistência própria e de sua família.

Para DELGADO;DELGADO (2015) se o trabalho é um direito fundamental, deve pautar-se na dignidade da pessoa humana. Por isso, quando a Constituição Federal de 1988 se refere ao direito do trabalho, implicitamente já está compreendido que o trabalho valorizado pelo texto constitucional é o trabalho digno.

Assim, pode-se afirmar que a Constituição de 1988, apresenta novos paradigmas quanto aos direitos fundamentais do trabalho reforçados pelo princípio da dignidade da pessoa humana como vetor de todo o direito, além de possibilitar a criação de normas para a efetivação das garantias ali previstas.

E ainda, que o princípio protetor se apresenta como instrumento de concretização dos direitos e garantias previstos na Constituição de 1988, vinculando a atuação estatal à produção de condições de trabalho que garantam uma existência digna ao trabalhador e impedindo que o trabalho seja mensurado apenas no seu aspecto econômico, como um elemento puro e simples do processo produtivo, sem considerá-lo como um valor a ser preservado pela sociedade.

4. PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO E A REFORMA INSTITUIDA PELA LEI 13.467/2017

Na contramão dos movimentos democrático que consolidaram diversas garantias aos trabalhadores, a Lei 13.467/2017 inseriu quase cem disposições na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que geram a desregulamentação da proteção social do trabalho e a redução de direitos materiais dos trabalhadores, em afronta ao princípio da proteção que rege as relações laborais e o princípios constitucionais.

Reafirmando os fundamentos já esposados neste artigo, a Constituição de 1988 representou grande avanço ao Direito do Trabalho, ampliando o catálogo de direitos, fortalecendo a atuação dos sindicatos, adotando a paridade jurídica entre trabalhadores urbanos e rurais e instituindo instrumentos de atuação coletiva, dentre outros.

O caráter tutelar do Direito do trabalho tem por raiz as condições reais de dependência, subordinação e hipossuficiência do trabalhador assalariado, proprietário unicamente de si e de seu trabalho, sujeito de direitos sociais mínimos, reconhecidos pela Constituição Federal de 1988.

De acordo com DELGADO;DELGADO (2015) o surgimento do Direito do Trabalho na segunda metade do século XIX, permitiu atenuar a influência dos ditames do mercado econômico na relação sociojurídica dos contratos empregatícios e com isso, institucionalizou patamar jurídico mais favorável aos trabalhadores no tocante ao seu

ingresso e sua permanência nas relações produtivas do capitalismo, independentemente de seu real poder social e econômico de caráter individual.

Elucidam ainda, que a Constituição Federal de 1988 ao constitucionalizar o Direito do Trabalho, elevou os princípios tuitivos de forma tal que passaram a ostentar manifestas energia, eficácia e efetividade normativas, atuando, inequivocamente, sobre a ordem jurídica infraconstitucional, estabelecendo-lhe intransponíveis balizas.

Com isso, os princípios constitucionais ao lado dos princípios laborais representam princípios humanísticos e sociais que visam estabelecer limites e garantir a proteção aos trabalhadores, impedindo a precarização do trabalho e o retrocesso social.

Assim, o inciso IV art. 60, §4º da CF/88, que veda ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Indubitável que o direito do trabalho é antes de tudo, direito individual, direito da pessoa humana do trabalhador, sendo pelo trabalho que o indivíduo obtém o meio material necessário para a garantia a vida, a educação, à saúde e ao lazer, dentre outros.

NASCIMENTO (1989) afirma que o trabalho nos tempos atuais é um direito: o direito ao trabalho. *Esta afirmação não é recente. É encontrada em Montesquieu e em Rousseau. Há portanto, uma preocupação com o direito ao trabalho, cujo fundamento maior é o próprio à vida. O ser humano, para viver, precisa prover a sua subsistência. Para fazê-lo, depende do trabalho. Logo, o trabalho é um direito. É o direito que todo ser humano tem de converter a própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar. O direito ao trabalho está relacionado com o direito à vida e à subsistência.*

Para o sociólogo CASTEL (1998) o trabalho é a matriz da integração social, havendo uma correlação entre as formas de inserção no trabalho e as formas de integração social. Sendo que a precarização das relações de trabalho ocasiona a vulnerabilidade²³⁶ social de trabalhador e fragiliza, inclusive, as relações familiares pela perda do *status* social e a degradação da condição salarial.

E para DEJOURS (2011) o trabalho é um gerador de saúde ou, ao contrário, um constrangimento patológico.

Deste modo, o trabalho não representa apenas uma relação econômica, mas relaciona-se com todo o seu entorno, inserindo o indivíduo na estrutura social e organizando parte significativa das suas relações sociais.

²³⁶BENJAMIN; MARQUES; BESSA (2008) vulnerabilidade significa "uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação(...) Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção.

Nas palavras de DELGADO; DELGADO (2018) a Lei 13.467/2017 desponta por seu direcionamento claro em busca do retorno ao antigo papel do Direito na História como instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre pessoas humanas e grupos sociais.

As alterações promovidas pela lei sob análise, flexibiliza e desregulamenta normas cogentes do Direito do Trabalho, produzindo um esvaziamento do princípio protetor e por consequência, do princípio da igualdade que possibilita o tratamento equânime das partes.

A precarização promovida pela nova legislação retira o poder de barganha de quem procura emprego, levando os trabalhadores à escolha simples entre um mau trabalho ou trabalho nenhum, o que permite afirmar que seu impacto caminha para uma vulnerabilidade de massa com números cada vez maiores de desempregados ou de empregados precarizados, em sentido oposto às garantias constitucionais trazidas pelo Estado Social Democrático.

A ausência de proteção estatal a par da vulnerabilidade e hipossuficiência dos trabalhadores face aos proprietários dos sistemas e meios de produção enseja à precarização das condições de trabalho, às perdas de direitos trabalhistas e previdenciários e a exposição desses indivíduos aos riscos de adoecimento e de acidentes de trabalho.

Daí a relevância das normas imperativas do Direito do Trabalho que visam dar efetividade às garantias e aos princípios constitucionais e, para tanto, estabelecem conteúdo mínimo normativo para o trabalho, considerado como patamar mínimo civilizatório para as pessoas que sobrevivem do trabalho.

Além disso, instituem um parâmetro de igualdade jurídica material, atenuando o poder empregatício e elevando as condições de vida e de trabalho das pessoas, propiciando-lhes a dignidade, em atendimento ao objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil de construir uma sociedade livre, justa e solidária; de reduzir as desigualdades sociais e de promover o bem estar de todos.²³⁷

De acordo com STRECK (2017) o núcleo do fundamento inscrito no referido inciso IV do art. 1º da Constituição Federal são os valores sociais, e não propriamente o trabalho e a livre iniciativa. A importância disso é superar o vislumbre dicotômico entre essas duas realidades. Desse modo, ambos se concretizam com fidelidade à Constituição de 1988 quando embebidos da e na valorização social, ou seja, na realização do bem-estar social, do ideal de vida boa. Mas o que significa valorizar-se socialmente? Significa realizar a

²³⁷ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

dignidade da pessoa humana nas esferas do trabalho e da livre iniciativa, quando ambos se inter-relacionarem em uma circularidade virtuosa. E os caminhos estratégicos para tanto foram circunscritos na Constituição de 1988.

Em síntese, as alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 extrapolam os limites do princípio protetor e ofende o ordenamento jurídico ao dispor de forma contrária aos dispositivos constitucionais que tratam dos valores sociais do trabalho e da dignidade da pessoa humana, não passando por uma filtragem constitucional²³⁸ a medida de esbarram em cláusulas pétreas que não podem ser vulneradas pelo poder legislativo, impondo o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

Nesse sentido, recente decisão do STF sobre a referida reforma trabalhista promovida pela Lei 13.467/2017, na ADI 5766239, ajuizada pela Procuradoria-Geral da República. Prevalendo, por maioria de voto, o reconhecimento da inconstitucionalidade dos artigos 790-B, *caput* e § 4º, e 791-A, § 4º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, na sua dimensão objetiva, são sistemas de valores que dão unidade à ordem jurídica e visam a unificação de todo o ordenamento, imprimindo sua eficácia de forma irradiante aos diversos ramos do Direito, incluído neste o Direito do Trabalho.

O caráter tutelar do Direito do trabalho tem alicerce nas condições reais de dependência, subordinação e hipossuficiência do trabalhador assalariado, proprietário unicamente de si e de seu trabalho, sujeito de direitos sociais mínimos, reconhecidos pela Constituição Federal de 1988.

Em regra, a relação de emprego apresenta-se como uma relação de poder, na qual o empregador é detentor do capital e do poder de ordens, comando e direção da execução do trabalho efetuado pelo empregado enquanto este dispõe apenas do seu tempo e mão-de-obra.

Dentre os princípios basilares do Direito do Trabalho está o Princípio da Proteção, abordado no desenvolvimento deste artigo, como princípio de direito fundamental e constitucional, erigido pela Constituição Federal de 1988, a par do princípio da dignidade

238 Filtragem constitucional denota a ideia de um processo em que toda a ordem jurídica, sob a perspectiva material e formal e assim os seus procedimentos e valores, devem passar sempre e necessariamente pelo filtro axiológico da Constituição Federal, impondo a cada momento da aplicação do direito, uma releitura e atualização de suas normas. MOREIRA;CANOTILHO, (1991).

239 Sessão de julgamento realizada por videoconferência – Resolução 672/2020/STF, Plenário, 20.10.2021. <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5250582>, Acessado em 21 janeiro de 2022.

da pessoa humana como vetor de controle e limite aos Poderes, especialmente ao Legislativo, vedando-se inovações legislativas que possam resultar na precarização e supressão de direitos e garantias contemplados dentro da moldura representativa do núcleo essencial de direitos fundamentais mínimos.

Adotando a acepção de que o trabalho representa para a maioria dos indivíduos a única fonte de obtenção de meios para a garantia da sua sobrevivência e que, a adoção constitucional do paradigma de Estado Democrático de Direito, impôs ao Estado o dever de fixar os princípios fundamentais mínimos que são parâmetros aos atores sociais da relação jurídica laboral.

Com isso, o princípio da Proteção enquanto norma fundamental de viés constitucional representa limite às alterações legislativas promovidas pela Lei 13.467/2017, haja visto que a supressão de direitos e garantias resultantes das lutas sociais²⁴⁰ que marcaram a história do Direito do Trabalho e, nos termos do art. 7º, a Constituição Federal²⁴¹, só se admite alterações que promovam melhoria da condição social dos trabalhadores.

Logo, as alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 extrapolam os limites do princípio da proteção e ofende o ordenamento jurídico ao dispor de forma contrária aos dispositivos constitucionais que tratam dos valores sociais do trabalho e da dignidade da pessoa humana devendo ser reconhecida sua inconstitucionalidade por todos fundamentos de direitos apresentados.

Ressalta-se que, embora a luta pelos direitos dos trabalhadores tenha apresentado avanços desde a Revolução Industrial, a disparidade na relação jurídica laboral permanece, pois não há falar em igualdade material para o exercício de autonomia e liberdades, como propõe a Lei 13.467/2017, quando se está diante de relações desequilibradas pela própria natureza do vínculo, que se dá entre o forte e o fraco, sendo o empregador (forte) proprietário dos meios e ferramentas do trabalho e o trabalhador (fraco) proprietário unicamente da força de trabalho que coloca à disposição daquele em troca de salário.

Nestes casos de latente e evidente vulnerabilidade e hipossuficiência do trabalhador, a intervenção do Estado é necessária para garantir o mínimo existencial, por

²⁴⁰ IHERING (2009) afirmava que *todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta(...) sendo dever de todo homem combater por todos os meios de que disponha a desconsideração para com sua pessoa no desprezo de seu direito.*

²⁴¹ Art. 7º "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social (...)".

meio de normas cogentes que não apenas proíba a exclusão social, mas que, também, promova a obrigação de inclusão com vistas a reduzir o desequilíbrio da relação laboral.

Por fim, propõe-se que o Judiciário em atuação conjunta com os legitimados coletivos, instituídos pela Constituição Federal de 1988, como agentes de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos e interesses sociais promovam o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei 13.467/2017, pois contrária²⁴² aos ditames do Estado Democrático de Direito e ao sistema jurídico brasileiro que adota uma ordem finalística de princípios voltados à eficácia dos direitos fundamentais, em especial os princípios da proteção, da dignidade da pessoa humana e da solidariedade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Amauri Cesar. Direito, trabalho e vulnerabilidade. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 64, n. 2, p. 111-139, 2019.

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de direito do trabalho**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2009.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de direito do consumidor. Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BOMFIM, Vólia. **Direito do trabalho**. 8.ed.rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

MOREIRA, Vital; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário**. Petrópolis: Vozes, 1998.

COSTA, Orlando Teixeira da. Interpretação e aplicação do direito do trabalho. *In*: MAGANO, Octavio Bueno (Coord.) **Curso do direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1985.

CULTURAL, Nova. Ética a Nicômaco. **Aristóteles**. Tradução de Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 4. ed. 1991. In: <https://abdet.com.br>, acesso em 31.01.2022.

²⁴² IHERING (2009). *“todos os direitos da humanidade foram conquistados na luta (...) toda a gente tem a missão e a obrigação de esmagar em toda a parte, onde ela se erga, a cabeça da hidra que se chama o arbítrio e a ilegalidade”*.

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 3.ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei 13.467/2017**. 2.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

GOMES, Ana Virginia Moreira. **A aplicação do princípio protetor no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2001.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1991.

IHERING, Rudolf von, **A luta pelo direito**. tradução João Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

DEJOURS, Christophe, da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho. LANCMAN, Selma; SZNELWAR, Laerte Idal. (org.) In: **Christophe Dejours: da psicopatologia à psicodinâmica do trabalho**. Trad. Franck Soudant. Fiocruz, 2011.

MACHADO, Gustavo Seferian Scheffer. **A ideologia do contrato de trabalho: contribuição à leitura marxista da relação jurídica laboral**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2016.

MARTINS, Luísa Gomes. **O princípio da proteção em face da flexibilização dos direitos**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, 2010.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro Nascimento. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: LTr, 1991.

NASCIMENTO, Marilza Geralda do. **O trabalho como valor: afirmação e crise em perspectiva tridimensional**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Universidade Federal de Minas Gerais, 2002.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIDEEL, VADE MECUM ACADEMICO DE DIREITO. **Constituição Federal**. Organização Anne Joyce Angher. 34. ed. São Paulo: Rideel, 2022.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr 1993.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2. ed. 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e hermenêutica: perspectivas e possibilidades de concretização dos direitos fundamentais-sociais no Brasil. In: **Novos estudos jurídicos**, v. 8, n. 2, p. 250-302, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. Reforma trabalhista. contrato intermitente é inconstitucional. **Revista Consultor Jurídico**, 4.dez.2017.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 2012.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. **Magistratura e temas fundamentais do direito: reforma trabalhista e direito intertemporal**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.