

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1057

(Ano XIII)

(02/12/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social, 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: Bacharelada 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

COLUNISTA DA SEMANA



A legislação brasileira autoriza a realização de publicidade de tratamento precoce para a Covid-19?

Williann Rudolfo Georgi, 07.

ARTIGOS

A impossibilidade de revogação da filiação socioafetiva

Raimundo José Pinheiro Guimarães, 9.

Equipes conjuntas de investigação: instrumentalização probatória e macrocriminalidade organizada

Júnior da Silva Garcez, 23.

Uma análise acerca da possibilidade de suspensão do decreto de prisão civil do devedor de alimentos em tempos de pandemia

Luiz Eduardo de Carvalho Medeiros, 59.

O Crime de Violência Psicológica

Michelly de Jesus Guimarães, 76.

Terceirização: culpa in vigilando da Administração Pública em contratos com as prestadoras de serviços terceirizadas

Luandrew Gomes Moura, 90.

Controle da jornada de trabalho e o Home Office: dificuldades e perspectivas

Rebeca da Silva Mateus, 111.

As aplicações indiretas do direito penal do inimigo no ordenamento jurídico brasileiro à luz de sua inconstitucionalidade

Ricardo da Silva Macêdo Júnior, 128.

Uma análise jurídica do instituto do homeschooling no Brasil e o tipo penal do abandono intelectual

Wynarana Barroso Gonçalves, 144.

Como manter a Zona Franca de Manaus (ZFM) atrativa, válida e viável para as próximas décadas no atual contexto de globalização

Gleison Pimenta Sousa e Pâmella Martins Barreto, 159.

A constelação familiar sistêmica como método adequado de resolução de conflitos familiares

Marília Conceição Benevides Bezerra, 175.

Superendividamento: o impacto socioeconômico na proteção ao consumidor superendividado

Lucas dos Anjos Barbosa da Cunha e Brenda Afonso Teixeira, 192.

Ativismo judicial no Brasil. Uma análise prática da criação do direito pelo poder judiciário

Julyanna Ribeiro Batista, 210.

Direito ao esquecimento no Brasil

Idelma de Souza e Silva, 228.

Empréstimo consignado: a hipervulnerabilidade do consumidor idoso frente os contratos de empréstimo consignado

Júlia Feitosa da Costa Rodrigues, 245.

Terceirização e reforma trabalhista: possibilidade de inclusão de cláusula em instrumento coletivo que limite a terceirização

Leonardo Rodrigues de Jesus, 260.

Responsabilidade civil dos fornecedores nas relações de consumo.

Chleber Revoredo, 280.

Marketing jurídico digital e a publicidade do advogado dentro das limitações da legislação vigente: Provimento 205/2021 e suas disposições

Laryssa Mendes Silva, 296.

O direito à vida frente à liberdade do paciente na recusa de transfusão de sangue

Diego Fonseca Dias, 307.

Análise da aplicação do direito de arrependimento nas compras online de produtos essenciais durante a pandemia de covid-19

Mayene Chaul Amorim, 322.

Grilagem em terras públicas

Margarida de Araújo Rodrigues, 344.

Indenização por demora da justiça: um estudo sobre a decisão do STJ REsp. 1383776 acerca do direito ao prazo razoável no processo

Marcos Flavio Santos Do Rosário, 361.

A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE PUBLICIDADE DE TRATAMENTO PRECOCE PARA A COVID-19?

WILLIANN RUDOLFO GEORGI:

Advogado formado pela UFSM, especialista em Direito Tributário pelo IBET/RS

Desde o início da pandemia, a utilização de medicamentos para tratamento precoce da COVID-19 vem sendo alvo de discussões.

Até o presente momento, não há evidências científicas de que a utilização destes medicamentos possa ser capaz de minimizar os efeitos dos sintomas ocasionados pela doença.

A Associação Médica Brasileira (AMB) e a Sociedade Brasileira de Infectologia (SBI), emitiram nota conjunta, em 19 de janeiro de 2021, onde afirmam:

“Atualmente, as principais sociedades médicas e organismos internacionais de saúde pública não recomendam o tratamento preventivo ou precoce com medicamentos, incluindo a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), entidade reguladora vinculada ao Ministério da Saúde do Brasil”.

Neste cenário, qualquer informação deve ser clara e precisa como forma de orientar a população.

Direito de resposta negado à Associação defensora do tratamento precoce para Covid-19.

A Associação de Médicos pela Vida que defende o tratamento precoce contra a COVID-19, requereu com base no art. 1º da Lei nº 13.188/2015 o direito de resposta a reportagem publicada pela rede globo de televisão.

Na decisão, a juíza da 29ª Vara Cível de São Paulo Daniela Dejuste de Paula, afirma que a reportagem transmitida pela emissora de televisão não ofendeu a associação requerente e sequer a honra dos associados que representa.

A magistrada pontua que estudos recentes reforçam a ineficácia dos medicamentos para tratamento precoce denominado “Kit-Covid” e sua propagação pode ocasionar “a degradação da saúde daqueles que o consomem”.

Há que se considerar ainda que houve certo agravamento da crise sanitária quando da disseminação de campanhas para uso de medicamentos ineficazes, o que está sendo objeto de investigação da Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI.

Kit-Covid – Publicidade de informações falsas.

Em ação popular nº 5007203-04.2021.4.03.6100, ajuizada na Justiça Federal Paulista, foi proferida decisão proibindo a realização de campanhas de divulgação de tratamento precoce contra a Covid-19 por parte da Secretaria Especial de Comunicação Social (SECOM) do governo federal.

No entendimento da juíza Dr^a Ana Lucia Petri Betto: “implementar ações publicitárias que veiculem direta ou indiretamente tratamentos sem eficácia comprovada ou que, pelo emprego de expressões congêneres, possam induzir a população em erro”.

Dentre os princípios que a Administração Pública deve obedecer, a Publicidade se destaca.

Na decisão em comento houve descumprimento ao §1º do art. 37 da CF, as campanhas dos órgãos públicos devem “ter caráter educativo, informativo ou de orientação social”.

A IMPOSSIBILIDADE DE REVOGAÇÃO DA FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA

RAIMUNDO JOSÉ PINHEIRO GUIMARÃES:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Fаметro.

RESUMO: O presente estudo abordará a impossibilidade de revogação da filiação socioafetivo. Nesse rumo, explanará acerca dos tipos de filiação, das formas de união conjugal e do instituto da filiação socioafetiva. Além disso, o trabalho tem o objetivo principal de demonstrar que o término conjugal não deve ensejar na desconstituição do vínculo com o filho à luz do ordenamento jurídico vigente e da jurisprudência firmada pelos Tribunais pátrios.

PALAVRAS-CHAVE: Filiação socioafetiva. Família. Término.

ABSTRACT: This study will address the impossibility of revoking the socio-affective affiliation. In this direction, it will explain about the types of affiliation, the forms of conjugal union and the institute of socio-affective affiliation. In addition, the work has the main objective of demonstrating that the marital termination should not lead to the dissolution of the bond with the child in light of the current legal system and the jurisprudence established by the Brazilian Courts.

KEYWORDS: Socio-affective affiliation. Family. Termination.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Filiação. 2.1 Tipos de filiação. 2.1.1 O critério jurídico (presunção legal). 2.1.2 O critério biológico. 2.1.3 O critério afetivo. 2.2 Filiação Socioafetiva. 3. União Conjugal: O casamento e a União Estável. 3.1 Dissolução da União Conjugal. 3.2 A dissolução da união estável. 3.3 A guarda e convivência com os filhos. 4. Legislação Socioafetiva. 4.1 A impossibilidade de revogação da filiação socioafetiva baseada no término conjugal. 4.2 Entendimento Jurisprudencial. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo preliminar de contribuir com os avanços do instituto da filiação socioafetiva, explanando acerca das modalidades de filiação, a evolução histórica para que chegássemos ao patamar atual e como o término conjugal não pode ensejar na sua revogação.

Nesse diapasão, pretende-se realizar um estudo da relação conjugal no trato com os filhos, indagando-se, por derradeiro, se o término conjugal influencia em uma posterior desconstituição do vínculo afetivo com o filho?

No primeiro capítulo será abordada a filiação, suas modalidades e a filiação socioafetiva, conceituando cada espécie e demonstrando a previsão legal, bem como o entendimento doutrinário sobre cada uma delas.

Adiante, pretende-se apresentar de modo sintético as formas do elo conjugal, explanando acerca do contexto histórico e de suas diferenças, discutindo ainda sobre as formas de desconstituição das referidas na atualidade e quais as consequências geradas para a prole.

Finalmente, no terceiro capítulo será abordada a problemática apresentada e de como a jurisprudência encara tal realidade em voga.

Desse modo, mostra-se importante o presente estudo por tratar de direitos fundamentais e da personalidade, que são basilares nas relações sociais e familiares, eminentemente as de pais e filhos e de como o afastamento da maternidade ou paternidade baseada no afeto, por motivos diversos, poderia ocasionar aos envolvidos.

2. FILIAÇÃO

A relevância dada a filiação é histórica, sendo conceituada por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2021) como a mais relevante relação de parentesco existente é a que se estabelece entre pai/mãe e filho.

Dito isso, no que se refere à filiação no direito brasileiro, o Código Civil de 1916 separava os filhos entre os legítimos, ilegítimos e legitimados. Tal distinção é abordada por Rolf Madaleno (2020), onde os filhos legítimos originavam das justas núpcias, e os filhos ilegítimos poderiam vir a ser legitimados se seus pais casassem; enquanto todos os filhos cuja origem não vinha do casamento eram considerados ilegítimos e se subdividiam em naturais, caso os pais não fossem casados e espúrios quando existisse algum impedimento ao matrimônio dos genitores.

Os ditames leoninos de 1916, em relação ao reconhecimento da paternidade de filho gerado de relacionamento adúltero ou incestuoso influenciou questões sucessórias, perdurando tal realidade até a edição da Lei n.º 883/49, que permitiu o reconhecimento de filho havido fora do casamento, como ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2021).

Em uma importante evolução histórica e humanística, a Constituição Federal de 1988 reconheceu a diversidade de famílias, estabelecendo a igualdade entre filhos, introduzindo conceitos até então desconhecidos pela legislação brasileira, como a paternidade responsável, solidariedade familiar, dentre outros.

Por fim, nas lições de Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2013), a filiação pode ser conceituada como sendo a relação jurídica decorrente do parentesco por consanguinidade ou outra origem, estabelecida particularmente entre os ascendentes e descendentes de primeiro grau.

2.1 Tipos de Filiação

Ultrapassada a ideia da paternidade presumida, o sistema jurídico brasileiro adotou três tipos de filiação, tão bem diferenciados por Maria Berenice Dias (2020), bem como Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2021) através do critério jurídico, o critério biológico e o socioafetivo.

2.1.1 O critério jurídico (presunção legal)

Primordialmente as presunções de paternidade se fundavam no objetivo de proteger a família matrimonial, a convivência e a segurança familiar, ainda que a verdade biológica sobre a filiação fosse diversa.

Acerca dessas presunções, Conrado Paulino da Rosa (2021) assevera que desde há muito, partimos da premissa de que *mater semper certa est*, ou seja, a maternidade é sempre certa e, também *pater is est quem nuptiae demonstrant*, no sentido de que o pai é aquele que as núpcias demonstram.

Seguindo a ideia do diploma normativo civil de 1916, o artigo 1.597 do Código Civil de 2002 relaciona as hipóteses de presunção de paternidade de filho concebido na constância do casamento.

Rolf Madaleno (2020) defende que, pouca importância deveria ser atribuída a essa presunção quando contestada pelos meios científicos de identificação genética, que a referida sequer deveria constar no regramento civil, lecionando ainda, que nenhuma importância deve ser atualmente atribuída a presunção do artigo 1.597 do Código Civil, depois do advento da Lei 13.112/2015, que autorizou todas as mulheres registrarem seus filhos e indicarem no ato do registro o nome do pai. Ainda na visão do referido doutrinador, a lei retro nominada enterra definitivamente a figura jurídica da presunção de paternidade, que representava um tratamento inferior ao das demais relações.

2.1.2 O critério biológico

Entende-se ser direito da personalidade da pessoa natural o conhecimento de sua origem biológica, para estabelecimento de laços afetivos, futuras questões sucessórias e, sobretudo, para resguardo da sua saúde.

Dito isso, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2021) destacam importância do exame de DNA, permitindo, com precisão científica, a determinar a origem biológica e conseqüentemente a paternidade. Declaram, ainda, que a importância é tão significativa que a jurisprudência firmou entendimento no sentido de presumir prova que se pretendia produzir na hipótese de recusa injustificada da parte em se submeter ao exame de DNA, consoante Súmula 301 do Superior Tribunal de Justiça.

Noutra banda, Luiz Edson Fachin (2008) preconiza que desde há muito tempo a paternidade não se determina simplesmente pela ascendência genética e que, se assim fosse, por exemplo, inviabilizaria a doação de material genético, com a inseminação heteróloga: os pais sempre seriam os doadores dos gametas.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2021), em entendimento atual, ensinam que, em determinados casos é possível fixar o estado de filiação pelo critério biológico, como por exemplo de um homem que, após engravidar uma mulher, se recusa a registrar o filho. Após o exame de DNA, comprova-se a ascendência biológica, sendo a consequência seguinte a determinação da filiação pelo critério genético, ainda que inexista laço afetivo.

2.1.3 O critério afetivo

As relações pessoais evoluem constantemente, e o direito tem por dever acompanhá-las. Diante desse panorama, nota-se o aprimoramento de institutos jurídicos, em especial o da filiação baseada no critério afetivo, doravante denominado socioafetivo.

Nessa seara, Luiz Edson Fachin (2008) ensina que essa modalidade de filiação decorre da posse de estado de filho, que se caracteriza pela união de três elementos clássicos (*nomen, tractus, fama*) que começa a se formar a conjunção suficiente de fatos para indicar a real existência de relações familiares, em especial entre pai e filho, causando o acolhimento da verdade oriunda do afeto e do amor. Assevera, ainda, que o critério socioafetivo é, reconhecidamente, modo de estabelecimento de paternidade, passando a ser um dos elementos de maior relevância para a filiação.

2.2 Filiação Socioafetiva

Antes de adentrar no tema em voga, faz-se necessária a exposição sucinta do princípio basilar desse importante instituto, qual seja, da afetividade.

Rolf Madaleno (2020) conceitua o afeto como a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e a cabo dar sentido e dignidade à existência humana.

Destarte, o afastamento de uma visão de mundo conservadora, onde a relação parental fundou-se na biologização ou na presunção da paternidade, surge outros modos de se reconhecer alguém como filho, como ocorre na filiação constituída através da posse de estado de filho (socioafetiva).

A construção de tal instituto decorre de um respeito recíproco, inabalável na certeza de que aquelas pessoas são pai e filho, como ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2021).

No tocante à legislação civil atual, é certo que o surgimento da filiação socioafetiva decorre da previsão constante no artigo 1.593 do Código Civil, onde o termo “outra origem” deu margem para a inclusão da paternidade socioafetiva como outro tipo de modalidade civil.

Por fim, é importante destacar que o reconhecimento da paternidade socioafetiva não cria óbice ao reconhecimento do vínculo biológico entre pais e filhos, conforme tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 898.060, prestigiando os ditames constitucionais da igualdade de filiação.

3. UNIÃO CONJUGAL: O CASAMENTO E A UNIÃO ESTÁVEL

A aceitação do elo conjugal esteve, em grande parte da história, condicionada ao fato das pessoas serem casadas no religioso ou não, marginalizando assim, outros tipos de vínculos amorosos construídos. A realidade cultural brasileira de outrora, pautada na religiosidade, no patriarcado e em uma pseudo tradição, contribuiu com a manutenção de normas que privilegiavam determinados laços familiares em detrimento da maior parte das entidades familiares que se iniciavam a partir de uma união estável.

Não obstante, o casamento não é tão somente uma forma de sociedade conjugal, baseada no afeto, na comunhão sacramental ou não de vidas, na relação com terceiros, mas sim a principal forma que os casais almejam para constituir família, dado o seu modo tradicional e toda a solenidade envolvida, passando pelo processo de habilitação de casamento e, acima de tudo, a celebração.

Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2013) conceituam o casamento como a união de duas pessoas, reconhecida e regulamentada pelo Estado, formada no objetivo de constituição de uma família e baseada no vínculo de afeto.

Ademais, em uma visão contemporânea Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal (2021) ensinam que o casamento é uma entidade familiar estabelecida entre pessoas humanas, merecedora de especial proteção estatal, constituída, formal e solenemente, formando uma comunhão de afetos (comunhão de vida) e produzindo diferentes efeitos no âmbito pessoal, social e patrimonial.

A Constituição da República consagra o matrimônio civil ou religioso como forma de família – tendo essa a proteção estatal –, e determinando que a Lei facilite a conversão de união estável em casamento, nos termos do art. 226, § 1º, § 2º e § 3º da CF.

Cumprido destacar que os laços parentais por afinidade não cessam com o fim do casamento, visto que geram causa de impedimento para o matrimônio, conforme disposto no art. 1521, I do Código Civil.

Quanto à natureza jurídica, entende-se que há três conceitos distintos, a saber: institucionalista, contratualista e misto ou eclético.

Ultrapassadas as questões conceituais e da natureza jurídica do casamento, é de salutar que das relações conjugais desse tipo decorrem efeitos patrimoniais próprios, no que se refere aos diversos regimes de bens, que podem ser objeto de deliberação dos noivos, como aclara Maria Berenice Dias (2021) através de pacto antenupcial, privilegiando a liberdade dos contraentes, salvo quando a lei impuser o regime da separação obrigatória de bens.

Noutra banda, no que concerne à união estável inicia-se por mencionar que o constituinte originário agiu com propriedade ao inserir no Texto Constitucional, no artigo 226, § 3º, a união estável como vínculo conjugal, e determinar que a Lei deveria facilitar a sua conversão em casamento, uma vez os referidos relacionamentos eram originalmente conhecidos como concubinários. Sobre o tema, Conrado Paulino da Rosa (2021) ensina que as relações concubinárias eram divididas entre puras e impuras. Sendo a primeira caracterizada pela escolha do casal de manter o elo de convivência. Por outro lado, o segundo se referia ao relacionamento que não poderia ser convertido em matrimônio, por impedimento de um dos conviventes.

Noutra banda, Rolf Madaleno (2020) afirma que com a difusão de novos valores ligados à autonomia dos gêneros e ao livre e obrigatório desenvolvimento pessoal, a contado e o afeto se habilitam como precursores dos vínculos familiares, e os laços emocionais aceitam formar ou dissolver as uniões dissociadas de um roteiro cerimonial, para buscar caminhos mais facilitadores e menos traumáticos de formação e dissolução de uma sociedade familiar. Classificado por ele, ainda, como o fim do modelo patriarcal.

A definição de união estável, o art. 1.723 do Código Civil, versa que: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Diante desses requisitos, é notório que a união estável é pautada pela informalidade face ao rigoroso procedimento para o casamento.

Por derradeiro, insta mencionar que quanto ao direito sucessório, o STF no julgamento do Recurso Extraordinário declarou a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, que diferenciava o recebimento de herança por parte do cônjuge e companheiro, instituindo, portanto, a igualdade da união estável e do matrimônio para fins sucessórios.

3.1 Dissolução da União Conjugal

Inicia-se por mencionar que o Código Civil de 1916 instituía como regra a indissolubilidade do casamento, como ensina Maria Berenice Dias (2021), e que a única forma de rompimento era por meio do desquite, instrumento teratológico que, mais uma vez, marginalizava determinadas pessoas, visto que os desquitados não poderiam casar novamente, porém tinham o dever de mútua assistência. Ora, na prática, acabavam-se tão somente os deveres de fidelidade e de coabitação.

A realidade supramencionada perdurou até 1977, oportunidade da aprovação da Lei do Divórcio (Lei n.º 6.515/1977).

Após avanços legislativos significativos, foi promulgada em 2010 a Emenda Constitucional 66, que alterou o § 6º do artigo 226, permitindo a dissolução do casamento pelo divórcio, não havendo então a separação de fato ou de corpos anterior ou qualquer outra condição especial. No Código Civil, o artigo 1.571, regulamenta as formas de dissolução do casamento.

Registre-se a existência de discussão entre doutrina e jurisprudência sobre a revogação ou não do instituto da separação judicial.

O jurista Flavio Tartuce (2020) argumenta, por exemplo, que não se justifica a manutenção da separação judicial se a Norma Superior traz como conteúdo apenas o divórcio. Não se sustenta mais a exigência de uma primeira etapa de dissolução, se o Texto Maior trata apenas de uma outrora segunda etapa. A tese da manutenção da separação de direito remete a um Direito Civil burocrático, distante da Constituição Federal, muito formal e pouco material; muito teórico e pouco efetivo.

Entretanto o Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.247.098/MS, concluiu que a Emenda Constitucional 66/2010 não revogou os ditames civilistas que versam sobre a separação judicial, entendendo que o divórcio e a separação são institutos diversos com consequências e regramentos jurídicos distintos.

3.2 A dissolução da união estável

Nota-se a simplicidade – comparada ao casamento – que pauta a configuração da união estável não é prestigiada para que haja a sua dissolução.

Conrado Paulino da Rosa (2021), preconiza que os integrantes de famílias convivenciais, quando do seu fim, irão necessitar promover o seu reconhecimento e dissolução, sendo judicial a ação em que haja litígio ou a presença de menor de dezoito anos ou incapazes. Em contrapartida, existindo a concordância das partes, não havendo filhos e nem estando a convivente em estado gravídico, a dissolução da união estável, o término do relacionamento poderá ser realizado pelo Tabelião de Notas através de escritura pública, como preceitua o artigo 733 do Código de Processo Civil.

O saudoso jurista e professor Zeno Veloso (2016) tece importantes críticas sobre a dissolução da união estável adotado no Brasil, uma vez que por se tratar de uma situação de fato, a convivência more uxório está constituída automaticamente quando observadas as determinações decorrentes da Lei, tendo o contrato firmado pelas partes o poder de reconhecimento da existência. E a sua dissolução e extinção se daria com a ruptura da vida comum, sem necessidade de nenhum atestado. Logo, segundo o preclaro doutrinador, se a afetividade acabar, a extinção da união estável dá-se pela só extinção da vida comum, pelo término da convivência.

3.3 A guarda e convivência com os filhos

Sob o prisma da relação entre os pais e filhos, é fato incontroverso que os genitores da prole devem ter o senso de responsabilidade para o recebimento e criação dos filhos com todo apoio e integral proteção aos filhos desde a gravidez ante a fragilidade e vulnerabilidade dos infantes, surgindo dessa afirmação o conceito de guarda.

De início, menciona-se que a guarda em voga refere-se àquela regida pelo Código Civil Brasileiro, que decorre do poder familiar, não se confundindo assim, com a instituto de igual nome do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Dito isso, Rolf Madaleno (2020) ensina que, em regra, a guarda decorre do poder familiar, sendo obrigados os pais a manterem seus filhos em sua companhia e custódia, em um ambiente que exista uma relação de afeto e de carinho unindo-os com laços de verdadeira e ilimitada comunhão de fraterno amor. Tão importante é o aludido instituto, que a Lei impõe que é dever dos cônjuges (artigo 1.566, IV, CC) e dos conviventes (artigo 1.724, CC) a guarda dos filhos.

É imperioso destacar que, em se tratando guarda, o divórcio e a dissolução da união estável não podem comprometer a continuidade da convivência dos filhos, como destaca Maria Berenice Dias (2021).

O artigo 1583 do Código Civil define as duas modalidades de guarda, quais sejam: guarda unilateral e compartilhada.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2021) lecionam que a primeira modalidade de guarda restringe a convivência com o outro ascendente aos momentos de visitação.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2021) como a modalidade preferível em nosso ordenamento, onde tanto o pai quanto a mãe são responsáveis pela vida dos filhos.

Noutra banda, o reflexo da guarda unilateral ou compartilhada é o direito e o dever de visitas, conforme disposto no artigo 1.589 do Código Civil.

O uso do termo “visita” demonstra-se inadequado e é duramente criticado pela doutrina, substituindo-o por “convivência familiar, segundo preconiza Conrado Paulino da Rosa (2021). Seguindo essa linha, a doutrina entende que visita é ato de cortesia, solidariedade, esporádico, desvirtuando, assim, o caráter do direito e dever de convivência.

Sobre o direito de convivência, Rolf Madaleno (2020) ensina que o referido guarda um conteúdo voltado ao interesse primeiro do menor, cuja visita tem uma extensão maior, que não se restringe a faculdade de visitar e alojá-la por alguns dias, mas impõe um direito e um dever de fluída comunicação. Nessa toada, destaca o autor que o direito de convivência com os avós tem valor preponderante na constituição da personalidade dos descendentes, com experiência positiva para ambos, congregando os valores elencados no artigo os valores constitucionais elencados no artigo 226 da Constituição Federal.

4. LEGISLAÇÃO SOCIOAFETIVA

Noutra banda, é certo que o a paternidade socioafetiva é fruto da promulgação da Constituição Federal de 1988, reconhece outras entidades familiares e os filhos havidos ou não do casamento, ou com ligação biológica, como dispõe do art. 227, §6º, da CFB.

Nesse sentido, a Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), em consonância com o princípio de igualdade de filiação, dispõe no art. 26, *caput*: “Que os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura ou outro documento público, qualquer que seja a origem da filiação”.

Além disso, o advento do Código Civil de 2002, como doutrinam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2021), reconheceu a possibilidade de parentesco e filiação decorrente de outros critérios, acobertando a possibilidade de uma origem socioafetiva. Ainda nesses ensinamentos, o Enunciado 108 das Jornadas de Direito Civil reconheceu que “no fato jurídico do nascimento, mencionado do art. 1.603, compreende-se, à luz do disposto no at. 1593, a filiação consanguínea e também a socioafetiva”.

Em sede extrajudicial, o Provimento 63/2017 do CNJ, com redação alterada pelo Provimento 83/2019, versa sobre o procedimento de reconhecimento da filiação socioafetiva perante o Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais, independente de autorização judicial.

4.1 A impossibilidade de revogação da filiação socioafetiva baseada no término conjugal

O reconhecimento da paternidade socioafetiva gera efeitos jurídicos, emocionais e sociais, manifesta para a sociedade que aquela pessoa com quem se manteve relação paterno-filial, baseada no amor, carinho, cuidado, juridicamente é seu filho.

Marcos Salomão (2017) afirma que é um ato de afeto e que ser reconhecido como filho, é sentir-se amado, individualizado e integrado em uma entidade familiar, pertencente a um todo maior, que envolve outras pessoas ligadas aos círculos de relações do pai.

Flávio Tartuce (2020) nos ensina que o ato de reconhecimento de filhos é incondicional, não podendo ser submetido à condição (evento futuro e incerto) ou a termo (evento futuro e certo), exemplificando através da seguinte hipótese: “reconheço você como filho meu filho quando sua mãe morrer”. Expõe-se através do pensamento, que o reconhecimento deve acontecer de uma maneira natural, sendo esse independente de relação conjugal.

Por outro lado, havendo rompimento do elo conjugal, entende-se que se rompe o vínculo, mas não a filiação socioafetiva, pois são institutos jurídicos diferentes, devendo ser mantidas todas as obrigações provenientes do reconhecimento, não vislumbrando-se a possibilidade de revogação da filiação seja ela socioafetiva ou não.

Dessa maneira, Leonardo Cavalcanti de Aquino (2016) aduz que é inegável que uma vez reconhecida a filiação socioafetiva, esta não poderá ser desfeita pela vontade dos agentes envolvidos, tendo em vista que a partir do reconhecimento da socioafetividade, surgiram-se direitos fundamentais e da personalidade, baseados no carinho, cuidado e amor, que por via de consequência se referem ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Rolf Madaleno (2020) leciona que o legislador constituinte conferiu prioridade aos direitos da criança e do adolescente, ressaltando aos seus direitos em primeira linha de interesse, por se tratar de pessoas indefesas, sendo inconcebível admitir qualquer decisão que não privilegie os melhores interesses dos menores, e, entendendo como inconstitucional a aplicação de norma ou decisão judicial que desrespeite os interesses prevalentes da criança e do adolescente.

Noutra banda, o artigo 1º, § 1º do Provimento 63/19 do Conselho Nacional de Justiça versa sobre a possibilidade de revogação da filiação socioafetiva em casos de vícios de vontade, fraude ou simulação, através de processo judicial, com a participação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. Contudo, entende-se que ainda que exista tais requisitos, deve-se primar pela manutenção da paternidade ora reconhecida, uma vez que a mácula da relação que antecedeu à socioafetividade em nada interfere naquele elo de amor e carinho paterno-filial, por consequência privilegiando o melhor interesse do menor.

Portanto, ante as ponderações supracitadas, entende-se não ser possível a desconstituição da filiação socioafetiva a partir do término conjugal, tendo em vista que o elo paterno-filial é bilateral e autônomo, fundamentado no carinho, cuidado, afeto, não havendo, ainda, hipótese legal que fundamente tal revogação, bem como devendo prevalecer o melhor interesse da criança e seu respectivo direito face aos interesses particulares dos pais. Ademais, registra-se que, para Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2021) eventual dissolução do casamento, ou da união estável não afeta o exercício do poder familiar, sendo dever dos pais conservar o convívio com os filhos menores.

4.2 Entendimento Jurisprudencial

Consoante o tema em voga, conforme julgado da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça 16/02/2012, sob a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, foi negado provimento ao Recurso Especial que pedia a anulação do registro de nascimento das infantes, firmando entendimento que o laço socioafetivo existente entre os pais e a prole deve preponderar em face das alegações de falsidade ou erro aventadas em um processo.

Ademais, repisa-se que o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente prevalece sobre a vontade das partes (como ocorre na problemática deste estudo), sendo esse tema pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme pode-se extrair do REsp: 1713123 MS, julgado em 06/03/2018, sendo o relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva.

Por fim, especificamente sobre a revogação da filiação socioafetiva fundada no término conjugal, no julgado de 06/12/2017, a Primeira Turma Cível do TJDF, cujo relator foi o Desembargador Roberto Freitas, negou provimento ao pedido de revogação da paternidade socioafetiva, uma vez que mesmo sabendo que não era pai biológico da menor, decidiu cri-la como filha, e após o término da união estável que mantinha com a genitora da criança pleiteou a exclusão do vínculo paterno-filial com a infante, sob o fundamento de que decisão contrária violaria o direito fundamental da criança à convivência familiar.

5. CONCLUSÃO

As relações familiares são caracterizadas por sentimentos por vezes incompreendidos, que estão alheios à racionalidade habitual, mas que tornam tal instituto tão relevante para o Direito e para a sociedade.

O conceito de família mudou com o passar dos anos, atendendo aos anseios de uma sociedade plural, que não estava atrelada ao modelo matrimonial de família, mas sim aos laços decorrentes da união estável e que atualmente se constitui através de laços afetivos.

Noutra banda, a filiação socioafetiva, está cada vez mais presente no âmbito das famílias em decorrência dos elos criados. Contudo, como demonstrou-se, reconhecer como filho é de extrema importância, não se tratando apenas de algo repentino, que não gera responsabilidades, de fácil desconstituição, muito pelo contrário, com o reconhecimento geram-se direitos e obrigações que afetarão a vida do menor.

Portanto, diante de todo o exposto, vislumbra-se não existir a possibilidade de revogação da filiação socioafetiva, partindo da premissa do término conjugal, tendo em vista que a relação conjugal não deve influenciar o elo paterno-filial por tratar-se de vínculo autônomo e bilateral que surgiu do amor, do carinho, do cuidado e do afeto. Ademais, repisa-se que acerca do tema em voga, havendo os requisitos autorizadores da revogação da filiação socioafetiva, deve-se decidir pela conservação da paternidade, uma vez que dela – como dito anteriormente – surgiram direitos fundamentais inerentes à pessoa do menor.

Ademais, finda-se por propor que, ante as repetidas decisões, o Superior Tribunal de Justiça deveria editar súmula vedando a revogação da paternidade socioafetiva em qualquer hipótese, no sentido de privilegiar o melhor interesse do menor e seus respectivos direitos, ainda que haja vícios de vontade, fraude ou simulação. Em médio prazo, poder-se-ia trabalhar na ideia de propositura de alteração legislativa, com o objetivo de positivar o entendimento dos tribunais pátrios sobre a impossibilidade da paternidade socioafetiva, visando, assim, a proteção dos direitos do menor.

6. REFERÊNCIAS

AQUINO, Leonardo Cavalcanti de. **A relação dos pais socioafetivos com os filhos do companheiro sob a ótica dos tribunais superiores**. 2016. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/autor/Leonardo%20Cavalcanti%20De%20Aquino>. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n.º 63**. Institui modelos únicos de certidão de nascimento, casamento e de óbito, a serem adotadas pelos órgãos de registro civil das pessoas naturais, e dispõe sobre o reconhecimento voluntário e a averbação da paternidade e maternidade socioafetiva no Livro "A" e sobre o registro de nascimento e

emissão da respectiva certidão dos filhos havidos por reprodução assistida. DJe, [S. I.], 17 nov. 2017. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_63_14112017_19032018150944.pdf. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Provimento n.º 83**. Altera a Seção II, que trata da Paternidade Socioafetiva, do Provimento n. 63, de 14 de novembro de 2017 da Corregedoria Nacional de Justiça. DJe/CNJ n.º 165/2019, de 14/08/2019, p. 8 e 9. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files//provimento/provimento_83_14082019_15082019095759.pdf. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 jul. 2019.

BRASIL. **LEI Nº 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 15 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 898.060** – Santa Catarina. Relator: Ministro Luiz Fux. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 de setembro de 2016. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.059.214** – Rio Grande do Sul. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: < <https://processo.stj.jus.br/processo>>. Acesso em: 18 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.713.123** – Mato Grosso do Sul. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 06 de março de 2018. Disponível em: < https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=80496052&num_registro=201700359590&data=20180312&tipo=5&formato=PDF >. Acesso em: 21 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **Acórdão 1066588**. Relator: Desembargador Roberto Freitas. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 06 de dezembro de 2017. Disponível em: < <https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald. **Curso de direito civil: família**. 13. ed. rev. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 14. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

FACHIN, Luiz Edson. **Questões do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

Flávio Tartuce, José Fernando Simão. **Direito civil, v. 5: direito de família**. - 8 ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. 3. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. **Manual de Direito Civil: volume único**. - 5. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito Civil de Família Contemporâneo**. 8. ed. rev., ampl. e atual. - São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único**. 10. ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

EQUIPES CONJUNTAS DE INVESTIGAÇÃO: INSTRUMENTALIZAÇÃO PROBATÓRIA E MACROCRIMINALIDADE ORGANIZADA

JÚNIOR DA SILVA GARCEZ: Pós-Graduando em Direito Internacional e Direitos Humanos pelo Centro Universitário e Faculdades Uniftec (UNIFTEC). Pós-Graduando em Direitos Difusos e Coletivos pela Faculdade Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Extensão universitária O Ministério Público Como Garantia Fundamental e o Processo Estrutural pela Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo (ESMPSP). Graduado em Direito pelo Instituto Luterano de Ensino Superior de Porto Velho/RO (ILES/ULBRA). Assessor Jurídico de Promotorias de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia.

Resumo: A finalidade do presente artigo está relacionada à utilização do instituto das Equipes Conjuntas de Investigação como instrumento probatório apto a subsidiar a investigação e a persecução penal do que atualmente convencionou-se denominar de macrocriminalidade organizada, fenômeno de acentuada gravidade e complexidade, em especial quando se trata da colheita de provas. Traz-se ao contexto elementos informativos referentes à criminalidade transnacional, conformada pela prática além-fronteira e concomitante de infrações penais de elevada danosidade social. Além disso e principalmente, busca-se compreender a sistemática e os fundamentos jurídicos das Equipes Conjuntas de Investigação nos ordenamentos legais nacional e internacional, demonstrando tratar-se de mecanismo de relevante efetividade no campo da obtenção de provas em investigações transnacionais, condição determinante para o êxito posterior da persecução penal no território nacional.

Palavras-chave: Equipes Conjuntas. Criminalidade Transfronteiriça. Investigação Transnacional. Persecução Penal.

Abstract: The purpose of the present article is related to the use of the joint investigation teams' institute as an evidential instrument capable of subsidizing the investigation and criminal prosecution of what is currently called organized macro-crime, a phenomenon of marked severity and complexity, especially when it comes to deals with the collection of evidence. Information elements referring to transnational crime are brought into the context, conformed by cross-border practice and concomitant criminal offenses of high social damage. In addition and mainly, it seeks to understand the systematic and the legal foundations of the joint investigation teams in the national and international legal systems,

demonstrating that it is a mechanism of relevant effectiveness in the field of obtaining evidence in transnational investigations, a determining condition for the subsequent success of criminal prosecution in the national territory.

Keywords: Joint Teams. Cross Border Crime. Transnational Research. Criminal Prosecution.

Sumário: *Introdução. 1. Da criminalidade prototípica à proteica criminalidade organizada. 2. A internacionalização do crime e macrocriminalidade organizada. 3. Componente estrutural externo da criminalidade organizada. 4. O problema da colheita de provas nas investigações transnacionais. 5. Mecanismo de captação de provas contra a macrocriminalidade organizada: as Equipes Conjuntas de Investigação. 5.1. Histórico. 5.2. Concepção e fundamentação legal nacional e internacional. 5.3. Sobre a aplicação do instituto das Equipes Conjuntas de Investigação. Conclusão. Referências Bibliográficas.*

INTRODUÇÃO

A finalidade da presente pesquisa centra-se em analisar a aplicação do moderno instrumento das Equipes Conjuntas de Investigação como meio probatório hábil a subsidiar a investigação e a persecução penal da denominada macrocriminalidade organizada ou macro-organização das infrações penais em sua perspectiva transnacional, considerando que uma das grandes problemáticas na tratativa do tema reside na colheita de provas.

Para tanto, parte-se da compreensão da concepção de crime organizado no território nacional à transnacionalidade das condutas, haja vista que as organizações criminosas muito raramente permanecem tão somente atreladas ao território de origem, pelo fato de que o proveito econômico objetivado em operações transnacionais tende a ser maximizado.

Logo, a questão torna-se dificultosa quando as organizações criminosas destinam-se à prática além-fronteira de delitos, haja vista que os rastros – provas – das condutas praticadas, a exemplo daquelas envolvendo delitos como lavagem de dinheiro, evasão de divisas, tráfico de drogas e de pessoas, são de difícil detecção pelos instrumentos internos de investigação, razão pela qual faz-se necessário identificar um necessário ponto de contenção nas jurisdições nacional e internacional, de forma que haja cooperação entre distintas autoridades de jurisdições de diferentes países.

É, neste contexto, que releva a compreensão e utilização das Equipes Conjuntas de Investigação como instrumento de investigação e persecução penal em face da denominada macrocriminalidade organizada.

Adiante-se que as Equipes Conjuntas de Investigação constituem relevante mecanismo de cooperação jurídica internacional em matéria penal, cujas raízes estão

basicamente fincadas no modelo materializado na União Europeia, a partir das experiências com sistemas de investigação conjunta realizados no território da Alemanha, desde 1970.

Deste modo, parte-se da evolução conceitual e recrudescimento das organizações criminosas à internacionalização da criminalidade, sendo certo que a existência de um assim chamado elemento externo da criminalidade organizada leva à problematização da captação transnacional de provas, algo não amparado pela Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que define no Brasil sobre organização criminosa e dispõe acerca da investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

Para além disso, no âmbito da contenção à criminalidade organizada transfronteiriça, tem-se a denominada Convenção de Palermo, ou Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada no Brasil por intermédio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, importante tratado que auxilia a legislação interna no que se refere ao crime organizado além-fronteira e que expressamente dispõe acerca da aplicação das equipes conjuntas de investigação.

Não por menos, tem-se, ainda, mais duas convenções internacionais sedimentadas pela ONU que dispõe sobre as Equipes Conjuntas de Investigação, quais sejam, a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), cada qual dentro de seu campo de atuação e com finalidades específicas.

Somado a esse contexto, o objeto do presente texto evidencia que as chamadas Equipes Conjuntas de Investigação recentemente encontraram amparo por meio do Decreto nº 10.452, de 10 de agosto de 2020, que promulgou internamente o texto do Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, não havendo óbices quanto à aplicação do instituto pelas autoridades investigativas do Brasil e dos demais países sul-americanos que compõem o Mercosul e que ratificaram o referido Acordo-Quadro.

Diga-se, ainda, que o Projeto de Lei que tramita no Congresso Nacional referente ao novo Código de Processo Penal traz o detalhado Título V, que especificamente dispõe sobre a implementação de Equipes Conjuntas de Investigação. Porém, tratando-se, por ora, somente de um Projeto de Lei e, portanto, ainda não em vigor, tem-se que a Convenção de Palermo e o Acordo-Quadro sobre Equipes Conjuntas de Investigação são os dois diplomas que atendem aos reclamos da efetivação de uma investigação e persecução penal avançadas e paritárias com o atual estágio da macrocriminalidade organizada.

Ademais, faz-se neste texto o manuseio de pesquisa teórica e revisão bibliográfica dos institutos, a partir de fontes doutrinárias, textos legais, convencionais e demais

referências pertinentes ao tema proposto, utilizando-se o método dialético, cujo pano de fundo constitui-se em temática de caráter doutrinário e legal, propugnando-se pela compreensão e instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação como forma de otimização do sistema de investigação e persecução penal no território nacional.

1. DA CRIMINALIDADE PROTOTÍPICA À PROTEICA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

Contextualizar a aplicação de um moderno mecanismo de investigação em face da criminalidade organizada exige a compreensão, mesmo que breve, no que se refere à transformação porque passou o fenômeno delitivo no último século, razão pela qual atesta-se, de imediato, que a evolução da criminalidade, organizando-se para além das fronteiras dos Estados, há de implicar na progressão dos meios de investigação e persecução penal.

Sendo assim, a assertiva inicial de NICEFORO, na obra *La Transformación Del Delito en la Sociedad Moderna*, de 1902, de que “o crime não morre: transforma-se” (1902, p. 03) encaixa-se à perfeição no objeto deste estudo, haja vista que, ainda com respaldo do referido autor, “a civilização moderna, como qualquer outra civilização, não reprime o mal: transforma-o” (1902, p. 03/04).

A moderna macrocriminalidade pressupõe, à evidência, a transformação a partir dos denominados crimes prototípicos, primitivos e originários, que restringiam-se aos delitos, por assim dizer, comuns, configurados no homicídio, no furto, na agressão física e sexual. Na atualidade, na qual permeia os mesmos crimes prototípicos de outrora, houve uma latente evolução: os delitos adquiriram um caráter proteico, multiforme, poliforme, tal como, por exemplo, constata-se nos crimes financeiros, econômicos, cibernéticos e organizados.

ZAFFARONI e OLIVEIRA (2010, p. 87) asseveram que:

o organized crime como tentativa de categorização é um fenômeno do século passado”, de forma que “é absolutamente inútil procurar o crime organizado na Antiguidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria etc”. E concluem os citados autores que: “Quem fala do crime organizado, não está se referindo a qualquer pluralidade de agentes nem a qualquer associação ilícita, senão a um fenômeno distinto, que é inconcebível no mundo pré-capitalista.

De acordo com CASTANHEIRA (2010, p. 892), também fundada em ZAFFARONI, aduz que:

Sobressaem-se na criminalidade organizada duas características, quais sejam, a estrutura empresarial e a atividade voltada para o mercado ilícito. As origens do ‘crime organizado’, desta forma, não podem ser buscas no mundo pré-

capitalista e, portanto, não estão em nenhuma outra forma de associação delitiva existente ao longo da história da humanidade, até o início deste século.

Em verdade, a evolução das sociedades industriais revolucionou a microcriminalidade até então predominante. Consoante ZAFFARONI e OLIVEIRA (2010, p. 86), “no século passado, e na Europa, particularmente depois da Comuna de Paris, produziu-se uma considerável literatura acerca do delito das multidões, dando lugar a várias valorações das multidões e da responsabilidade de seus líderes ou condutores”.

Neste prisma, “vinculado à proibição de sindicalização dos trabalhadores, generalizou-se o conceito jurídico-penal de associação ilícita ou associação de malfeitores para delinquir” (ZAFFARONI; OLIVEIRA, 2010, p. 87), conceito esse que, embora não seja propriamente referente às organizações criminosas tal como hoje são conhecidas, pode ser tido como o embrião para sua concepção.

Constata-se, conforme anota CASTANHEIRA (2010, p. 883), que “o desenvolvimento científico e tecnológico transformou profundamente as relações sociais”, afetando de forma direta as relações econômicas, transformando o modo de agir do mercado e das empresas transnacionais, questões intimamente relacionadas à atuação das organizações criminosas que atuam além-fronteira.

Nessa linha de pensar, nota-se que há íntima ligação entre o advento da globalização e o surgimento das cadeias criminosas organizadas e subsistematizadas, incrementando-se especialmente após o surgimento das denominadas “máfias”, especificamente na Itália e no Japão (LIMA, 2020, p. 767). Diz-se incremento porque já se via uma conformação simultânea da prática de diversos delitos, tais como o contrabando, a extorsão, o tráfico de drogas, a lavagem de capitais, os jogos de azar, a prostituição e o tráfico de pessoas, cuja finalidade era – e continua sendo – a obtenção de ganhos financeiros ilícitos.

PRADO e CASTRO (2010, p. 927) conformam que:

A criminalidade organizada, amplamente considerada, não está ligada apenas à criminalidade econômica em sentido estrito, mas manifesta-se também nas atividades políticas (nos esquemas de corrupção), no terrorismo, no tráfico de drogas e de pessoas, etc. As formas de manifestação desse tipo de criminalidade sofrem variações também no espaço em que se desenvolvem, nas realidades nacionais em que atuam. Na Itália, por exemplo, a criminalidade organizada é comumente identificada com a máfia ou outras organizações similares; em Portugal, está associada aos crimes contra o mercado financeiro; na Alemanha caracteriza-se basicamente pela lavagem de dinheiro e corrupção, enquanto na Espanha possui uma identidade mais acentuada com o terrorismo.

Dessa rápida análise se verifica que o caráter proteico que assumiu a criminalidade moderna implicou claramente no recrudescimento das organizações criminosas, atingindo estas um tal nível de complexidade – em muito decorrente da atuação intrincada e subdividida internamente e da conjuntura de diversas infrações penais – que não mais se restringem ao âmbito de um só Estado, espreado-se por diversos territórios, com fins fundamentalmente econômicos. Dito isso, ver-se-á que há uma relação intrínseca entre a internacionalização do crime e a macrocriminalidade organizada.

2. A INTERNACIONALIZAÇÃO DO CRIME E MACROCRIMINALIDADE ORGANIZADA

Parafrazeando o sociólogo alemão Ulrich Beck, na atualidade é possível constatar a existência de uma verdadeira “sociedade internacional de risco”. No campo delitivo, o crime deixou de circunscrever-se aos limites de um dado bairro suburbano num dado país para acompanhar o próprio desenvolvimento e reconfiguração da interconectada sociedade moderna, atingindo diversas e distintas ordens jurídicas.

De acordo com o Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime (*United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC*), o crime organizado transnacional abrange praticamente todos os casos graves de ações criminosas motivadas pelo lucro de natureza internacional, no qual mais de um país está envolvido. Sendo assim, existem muitas atividades ilícitas que podem ser caracterizadas como transnacionais, incluindo o tráfico de drogas, o contrabando de migrantes, o tráfico de pessoas, a lavagem de dinheiro, o tráfico de armas de fogo, produtos falsificados, vida selvagem, propriedade cultural e criminalidade cibernética.

Ainda de acordo com o UNODC,

o crime organizado transnacional não está estagnado, mas está em constante mudança, adaptando-se aos mercados e criando novas formas de crime. Em suma, é um negócio ilícito que transcende fronteiras culturais, sociais, linguísticas e geográficas e que não conhece fronteiras ou regras.

Bem analisadas as circunstâncias, essa constatação apontada pelo UNODC leva à conclusão que há uma verdadeira internacionalização do crime, ou à existência de uma “delinquência da globalização”, no dizer de SILVA SÁNCHEZ (2011, p. 104).

Mercê desse raciocínio, o referido professor espanhol alude que:

O progresso técnico dá lugar, no âmbito da delinquência dolosa tradicional (a cometida com dolo direto ou de primeiro grau), a adoção de novas técnicas como instrumento que lhe permite produzir resultados especialmente lesivos; assim mesmo, surgem modalidades

delitivas dolosas de novo cunho que se projetam sobre os espaços abertos pela tecnologia. A criminalidade, associada aos meios informáticos e à internet (a chamada ciberdelinquência), é, seguramente, o maior exemplo de tal evolução. Nessa medida, acresce-se inegavelmente a vinculação do progresso técnico e o desenvolvimento das formas de criminalidade organizada, que operam internacionalmente e constituem claramente um dos novos riscos para os indivíduos (e os Estados)” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 36).

Com reforço a tais considerações, STOICA (2016) assevera que

a globalização representa uma causa e um fator de facilitação para o crime organizado transnacional. A liberalização dos mercados e a livre circulação de capitais e, em certa medida, de pessoas, criaram novos estímulos para o grupos criminosos interessados em obter lucro. O *modus operandi* das organizações criminosas atuais seguem a lógica do mercado. Eles têm sucesso em evitar fronteiras nacionais e a adaptar-se rapidamente ao atual ambiente econômico global.

No que concerne ao tópico em exame, essencialmente, o crime organizado transnacional é definido por atividades ilegais orientadas para lucros que ultrapassam as fronteiras nacionais. Nem todas as formas de crime organizado são transnacionais, mas, atualmente, existe uma gama de atividades nesta esfera que são realizadas com vínculos transnacionais ou mesmo em escala global (STOICA, 2016).

Parece lícito asseverar que no contexto da globalização, o crime organizado se expande, geograficamente – a nível espacial –, e numericamente – em relação ao número de países afetados, o número de grupos que operam e os campos de atividades ilegais. Quanto a este ponto, não há dúvida de que o Brasil possui uma delicada posição no quadro da expansão da criminalidade transnacional, haja vista que divide fronteira com diversos países propícios para a prática de delitos que exigem a transposição de fronteiras – para auferir lucros mais elevados –, tais como o tráfico de drogas, de armas e de pessoas.

Assume relevo, como, aliás, dão conta alguns argumentos já deduzidos, consoante sugere STOICA (2016), que a atuação contra o crime organizado transnacional tem que ser estendida ao âmbito global ou, ao menos, transnacional. Neste sentido, os fluxos criminosos transfronteiriços ocorrem em uma determinada região ou país, findando por produzir efeitos em outras regiões ou países, às vezes situadas a grandes distâncias. Como tal, STOICA dá conta de que “somente uma intervenção em uma escala semelhante à questão – ou seja, global – pode produzir os efeitos desejados”.

Em face dessas constatações, verifica-se, desde já, que apenas um sistema de investigação de caráter transnacional, vinculando duas ou mais autoridades de dois ou mais países pode suprir a ausência de mecanismos internos – fazendo-se referência especificamente ao Brasil e à legislação de regência – hábeis a fazer frente à contenção probatória e persecutória em face da macrocriminalidade organizada. “Trata-se, mais que nada, de responder a exigências do poder político ou das instâncias de aplicação judicial do Direito, impotentes na luta dos ordenamentos nacionais contra a criminalidade transnacional” (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 98).

Portanto, aqui representado de modo sumaríssimo e constituindo o ponto-chave da análise, a UNODC atesta que o combate a um fenômeno global como a criminalidade organizada transnacional exige parcerias em todos os níveis, sendo que um dos aspectos essenciais no que diz respeito a essa medida é a coordenação por meio de uma ação integrada a nível internacional, o que é crucial para identificar, investigar e processar pessoas e grupos por trás da prática de tais delitos.

3. COMPONENTE ESTRUTURAL EXTERNO DA CRIMINALIDADE ORGANIZADA

A ideia referente ao caráter proteico da moderna criminalidade atualmente ostenta aquilo que JESUS (2010, p. 918/919) denominou de “componente estrutural externo, transnacional ou globalizado da delinquência organizada”. A dimensão macro que atingiu o crime organizado – especialmente no Brasil – deve-se basicamente à sua capacidade de ir além-fronteira, o que problematiza o processo investigatório e, por conseguinte, o persecutório em juízo. Eis porque faz-se necessário o implemento de um ponto de conexão investigatório entre diferentes jurisdições estatais.

Fincadas essas premissas, JESUS (2010, p. 919) assevera que, para além das manifestações criminológicas que tradicionalmente afetam uma comunidade, há a face externa da Política Criminal moderna, que é a denominada transnacional ou globalizada. Isso porque o problema do crime organizado atinge âmbitos mais amplos e genéricos, “quase obrigando seu estudo sob uma ótica de integração supranacional (ou visão externa da questão)”.

Ponderando sobre tais questões, a transnacionalidade das condutas relativas ao crime organizado implicou na crescente adoção de exceções ao princípio da territorialidade (JESUS, 2010, p. 919). Com base nisso, deve-se sustentar que as exceções previstas no art. 7º do Código Penal, referentes à extraterritorialidade, não são suficientes quando se trata de condutas transnacionais organizadas.

Disso decorre, adentrando na temática de fundo e de acordo com JESUS (2010, p. 919), que:

O exame dos mecanismos atuais de cooperação internacional revela que não é mais viável conceber uma 'concepção estática de ordenamentos jurídicos', nem tampouco manter a exclusividade da resposta penal em mãos de um único Estado. Pelo contrário, percebe-se uma verdadeira tendência (principalmente nos países de Direito escrito) em 'relativizar o princípio da territorialidade' em favor do chamado 'princípio de justiça universal', introduzindo mudanças consideráveis em temas como da extradição e da dupla jurisdição penal.

A questão aqui apresentada revela que a prática concomitante de diversas e distintas infrações penais de elevada danosidade social no território de diferentes Estados – concepção central de macrocriminalidade organizada – exige a aplicação de avançados mecanismos de captura de provas. Não se afigura possível proceder uma diligente investigação no território nacional quando há indicativos da presença de outras provas correlacionadas em outros territórios, sem que haja cooperação entre as autoridades de distintos Estados.

Neste sentido, ainda com apoio em JESUS (2010, p. 921),

A dissociação produzida entre a execução material do delito e o resultado (que pode ocorrer em separado, tanto no espaço como no tempo) são fatores que exigem modelos unificados de resposta penal. O preenchimento de 'lacunas legais internacionais' é sensivelmente potencializado se o tipo de delito em questão tem o perfil de delinquência organizada.

Em termos sumários, como modelo unificado de resposta penal, há um instrumento extremamente útil a fim de conceber uma concepção dinâmica entre os ordenamentos jurídicos com vistas à investigação e persecução penal das infrações penais que constituem o problema macro da criminalidade organizada: as Equipes Conjuntas de Investigação. Antes de adentrar no ponto principal, contudo, aborda-se as linhas gerais sobre o problema da captação de provas nas investigações transnacionais.

4. O PROBLEMA DA COLHEITA DE PROVAS NAS INVESTIGAÇÕES TRANSNACIONAIS

O que acima foi dito sobre a existência de um componente estrutural externo, transnacional ou globalizado da delinquência organizada conforma, por consequência, um grande e inafastável problema: a questão atinente à colheita de provas em delitos praticados de forma transnacional.

Porque neste ponto três eixos devem ser vislumbrados: a consumação ou a tentativa de realização de diversas infrações penais em distintos países, relativas a uma organização criminosa; as investigações que devem ser empreendidas nos territórios afetados; e a persecução penal que há de ser materializada em pelo menos um dos Estados – o Estado-base da organização criminosa –, a fim de que haja uma resposta penal satisfativa.

Assevere-se que o Código de Processo Penal, em seu Título VII, Capítulo I, na tratativa do inquérito policial e da prova, permanece atrelado às situações de caráter estritamente interno, não sendo utilizado, portanto, quando se trata de investigações transfronteiriças. Nesse caso, faz-se uso das disposições previstas no Livro V, Das Relações Jurisdicionais com Autoridade Estrangeira, onde há expressa previsão das cartas rogatórias e da homologação das sentenças estrangeiras, arts. 780 a 790, dois importantes instrumentos de cooperação jurídica internacional em matéria penal (Cf. ABADE, 2013).

Ainda assim, a previsão contida no Livro V do Código de Processo Penal não se mostra suficiente na questão relativa à criminalidade organizada transnacional. O mesmo deve ser dito quanto à Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, que definiu organização criminosa, bem como dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal, que foi um passo definitivo para a implementação interna de um sistema de investigação e persecução penal condizente o estado atual do crime organizado – dentro dos limites do território brasileiro.

Em face disso, especificamente no que tange à cooperação internacional para a produção de provas relativas ao crime organizado transfronteiriço, a Lei nº 12.850/2013 trata da questão em somente um momento, no art. 9º, que prescreve sobre a ação controlada, *verbis*:

Art. 9º. Se a ação controlada envolver transposição de fronteiras, o retardamento da intervenção policial ou administrativa somente poderá ocorrer com a cooperação das autoridades dos países que figurem como provável itinerário ou destino do investigado, de modo a reduzir os riscos de fuga e extravio do produto, objeto, instrumento ou proveito do crime.

Nada obstante haja essa única previsão na Lei nº 12.850/2013 pertinente ao assunto em debate, há de ser louvada, visto que a ação controlada é um dos principais meios de prova dispostos no citado diploma, cuidando-se de uma “importante técnica de investigação” (LIMA, 2020, p. 834), sendo certo que a cooperação das autoridades dos países que figuram como provável itinerário ou destino do investigado constitui elemento essencial para a produção e confirmação da prova relativa à autoria e materialidade delitivas.

Mesmo assim, a ação controlada é somente um dos meios de prova previstos na Lei nº 12.850/2013 que, definitivamente, como será tratado no tópico abaixo, não tem a abrangência das Equipes Conjuntas de Investigação que, contudo e por sua vez, não tem previsão na citada lei nacional de regência sobre organizações criminosas.

Esta breve exposição bem demonstra que há um nó górdio na legislação nacional quanto ao tema envolvendo a investigação de delitos praticados por organizações criminosas que atuam além-fronteira. Diga-se que nem o Código de Processo – à exceção dos citados arts. 780 a 790 – e nem a Lei nº 12.850/2013 oferecem mecanismos aptos e suficientes à captura de provas em delitos consumados em dois ou mais países, o que dificulta, e muito, a persecução penal tanto do delito de organização criminosa (art. 2º, Lei nº 12.850/2013), quanto dos diversos e quase sempre complexos crimes atrelados.

Como obter, por exemplo, provas de autoria e materialidade de infrações penais como tráfico internacional de drogas, tráfico internacional de pessoas, tráfico internacional de armas de fogo, evasão de divisas e lavagem de dinheiro, comumente praticados por organizações criminosas transnacionais, além do próprio delito de promoção, constituição, financiamento ou integração de organização criminosa, tal como previsto na Lei nº 12.850/2013?

Certo é que a Lei nº 12.850/2013 considera organização criminosa, também, aquela que seja de caráter transnacional, conforme enunciado no art. 1º, §1º. No entanto, no trato dos meios de investigação e obtenção de prova (Capítulo II, art. 3º), além de outras hipóteses, determina que é permitida, em qualquer fase da persecução penal, a “cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal” – repise-se: isso dentro dos limites do território nacional.

Em que pese essa exposição, de modo geral, ARAS opina que “há uma série de medidas de cooperação internacional voltadas para a obtenção de provas no exterior, sejam elas documentais, orais ou periciais” (2019, p. 437), pelo que é possível citar as cartas rogatórias e o auxílio direto, medidas de cooperação penal internacional – o que aqui não será objeto de análise.

Ademais, seguindo aos rumos do presente estudo, ARAS explicita que “as técnicas especiais de investigação (*special investigative techniques*) – ou meios especiais de obtenção de prova na linguagem da Lei nº 12.850/2013 – são admitidas na cooperação penal internacional” (2019, p. 449).

E diga-se, ainda com apoio em ARAS, que há um reforço quanto a essa questão na *Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo)*, precisamente no art. 20, §2º, ao dispor que “para efeitos de investigações sobre

as infrações previstas na presente Convenção, os Estados Partes são instados a celebrar, se necessário, acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais apropriados para recorrer às técnicas especiais de investigação, no âmbito da cooperação internacional”, o que se aplica inclusive para a persecução da lavagem de dinheiro e da corrupção, o que há de somar-se à previsão contida no importante art. 19 da mesma Convenção de Palermo, dispositivo esse que constitui um dos eixos centrais do artigo.

São dois pesos e duas medidas: se de um lado os delitos evoluem, tornando-se tão complexos quanto a evolução própria da sociedade; de outro, há de evoluir, também, os meios de investigação para uma adequada persecução penal.

Nesse ponto entra a relevância da aplicação das Equipes Conjuntas de Investigação como medida para a captação de provas e ulterior substrato para a persecução penal em juízo dos delitos praticados no âmbito da macrocriminalidade organizada.

5. MECANISMO DE CAPTAÇÃO DE PROVAS CONTRA A MACROCRIMINALIDADE ORGANIZADA: AS EQUIPES CONJUNTAS DE INVESTIGAÇÃO

5.1. Histórico

O instrumento investigatório das Equipes Conjuntas de Investigação (ECIs) – ou do inglês *Joint Investigation Teams (JIT)* – é um produto da modernidade. Na verdade, é recentíssimo, datado de algumas poucas décadas, mas cuja força de aplicação passou a incidir a partir dos anos 2000.

O exame inicial afere que as Equipes Conjuntas de Investigação possuíram maior sistematização e aceitação nos países da Europa, provavelmente por conta do estágio avançado de integração entre os países daquele continente, o que permite propor com maior segurança e em consonância com os princípios da União Europeia, a possibilidade de trabalhos conjuntos entre autoridades de investigação de dois ou mais países, mesmo quando se encontrem fora de sua jurisdição de origem.

De acordo com BLOCK (2011, p. 89),

as Equipes Conjuntas de Investigação apareceram pela primeira vez no plano da elaboração de políticas da União Europeia, num documento de discussão apresentado em 1994 pela delegação alemã ao Grupo de Trabalho de Cooperação da Alfândega.

Neste prisma, BLOCK (2011, p. 89) atesta que:

O documento relacionado com a revisão e atualização da Convenção de Nápoles de 1967 sobre a assistência mútua entre autoridades

alfandegárias e o seu conteúdo foi baseado em sugestões de autoridades aduaneiras da Alemanha para uma nova convenção. Uma das sugestões foi a criação de 'equipes conjuntas'.

Logo, vê-se que o instrumento em estudo tem suas raízes no âmbito europeu, onde os primeiros passos para a efetivação de uma mais eficaz cooperação mútua entre Estados para fins de investigação foram dados. Dito isso, ainda com base em BLOCK (2011, p. 89), a sugestão para a criação de equipes conjuntas reapareceu no primeiro esboço para a Convenção Relativa à Assistência Mútua e à Cooperação entre Administrações Aduaneiras (Nápoles II), enviada pela Alemanha e que apresenta as Equipes Conjuntas de Investigação como um método adicional de cooperação, além da tradicional assistência mútua:

No âmbito da luta contra organizações criminosas internacionais, durante um período de tempo limitado e a fim de atingir um objetivo de investigação específico, pode tornar-se necessário formar uma equipe conjunta de investigação que envolva autoridades de dois ou mais Estados-membros. A ideia é possibilitar a identificação e o combate às estruturas criminosas organizadas.

Percebe-se que a concepção original em torno da constituição das Equipes Conjuntas de Investigação teve como ponto de partida, justamente, o combate ao crime organizado transnacional, por conta da premente necessidade de prevenção, investigação e repressão de infrações cujas execuções e consumações podem dar-se em diferentes Estados, tal como ocorre no tráfico internacional de drogas, sendo certo que a primeira menção às Equipes Conjuntas de Investigação no combate ao crime organizado ocorreu em 1997, de modo que a Europol pudesse iniciar investigações multidisciplinares conjuntas em larga escala envolvendo dois ou mais Estados-membros (BLOCK, 2011, p. 90).

É preciso, pois, trazer ao contexto, para melhor compreensão, as disposições da Convenção Relativa à Assistência Mútua e à Cooperação entre Administrações Aduaneiras (Nápoles II), que substitui e reforça a Convenção de Nápoles original celebrada em 1967 e abrange a assistência mútua e a cooperação entre as autoridades nacionais na prevenção, investigação e repressão de determinadas infrações às regulamentações aduaneiras nacionais e da União Europeia, aplicável a partir de 23 de junho de 2009.

Em que pese o regime aduaneiro ser o ponto principal da Convenção Nápoles II, a possibilidade de os infratores utilizarem as vias alfandegárias para o cometimento de ilícitos penais transnacionais – com fins efetivamente financeiros, levou as autoridades dos países da União Europeia a cooperar entre si para combater a fraude aduaneira e o tráfico transnacional, bem como para reprimir e punir os infratores.

Além disso, a Convenção Nápoles II aplica-se às regulamentações aduaneiras nacionais, incluindo as relacionadas com o tráfico de drogas e de armas e com a pornografia infantil, bem como à lavagem de dinheiro, crimes estes quase sempre correlacionados com organizações criminosas transnacionais, por conta da presença do elemento ínsito a tais delitos: o proveito econômico ilícito.

Sendo assim, precisamente, no Título IV da Convenção Nápoles II, que versa acerca das formas especiais de cooperação, há a previsão no que diz respeito ao mecanismo em questão, denominado “equipes de investigação especial comuns”, cuja aplicação, neste caso, é restrita ao plano europeu, mas, como será disposto abaixo, é possível notar pontos em comum com a normativa aplicável na América do Sul.

Deste modo, veja-se o que prevê o art. 24 da Convenção Nápoles II (com previsão semelhante no art. 13 da Convenção sobre Assistência Mútua em Matéria Penal entre os Estados-Membros da União Europeia):

Artigo 24º Equipes de investigação especial comuns

1. De comum acordo, as autoridades de vários Estados-membros podem constituir uma equipe de investigação especial comum, implantada num Estado-membro e composta por agentes especializados nos domínios em causa.

À equipe de investigação especial comum serão atribuídas as seguintes tarefas:

- execução de investigações difíceis que requeiram grandes meios, destinadas a averiguar infrações específicas que exijam um procedimento simultâneo e concertado nos Estados-membros participantes,
- coordenação de atividades comuns destinadas a impedir ou averiguar certos tipos de infrações e obter informações sobre as pessoas implicadas, o meio em que se movem e o seu modo de atuação.

2. As equipes de investigação especial comuns operarão nas seguintes condições gerais:

- a) Serão constituídas apenas para um fim determinado e por um período de tempo limitado;

- b) A direção da equipe ficará a cargo de um agente do Estado-membro em cujo território a equipa tenha de intervir;
 - c) Os agentes participantes ficarão sujeitos à legislação do Estado-membro em cujo território a equipe tenha de intervir;
 - d) O Estado-membro em cujo território a equipe intervém criará as condições de organização necessárias ao seu funcionamento.
3. A participação na equipe não confere aos agentes que a constituem poderes de intervenção no território de outro Estado-membro.

Isso demonstra o quadro geral que fundamenta as Equipes Conjuntas de Investigação: a existência de um acordo comum entre autoridades especializadas de diferentes Estados para fins de investigações complexas e concertadas por parte dos Estados envolvidos, cuja finalidade é a investigação (averiguação) e repressão de determinadas infrações, respeitando-se a soberania do Estado no qual ocorrerá a intervenção.

Outrossim e como já se demonstrou, BLOCK (2011, p. 91) sustenta que as iniciativas para a criação de Equipes Conjuntas de Investigação entre dois ou mais Estados no âmbito europeu partiu da Alemanha, asseverando o citado autor que “as elevadas expectativas relacionadas com os equipes conjuntas de investigação podem possivelmente ser explicadas por experiências domésticas na Alemanha”. Diga-se que houve um notável esforço da parte da Alemanha para inserir o conceito de Equipes Conjuntas de Investigação no quadro jurídico da União Europeia.

Consoante tal ordem de considerações, BLOCK conforma não surpreender que as Equipes Conjuntas de Investigação, no âmbito da Alemanha denominadas de *Gemeinsame Ermittlungsgruppen*, tenham sido uma estratégia de cooperação utilizada com frequência entre distintos órgãos de aplicação da lei nos diferentes Estados (*Länder*) da República Federal Alemã, antes de a Alemanha apresentar sua sugestão à União Europeia.

Por isso, BLOCK (2011, p. 91) menciona que a primeira *Gemeinsame Ermittlungsgruppen* foi estabelecida em 1970 na cidade de Hamburgo, entre a polícia estadual e a alfândega federal, cuja finalidade era a averiguação do tráfico de drogas, o que resultou na abreviatura GER (*Gemeinsame Ermittlungsgruppe Rauschgift*), comumente utilizada na Alemanha para estas equipes.

Há informações de que, em 1988, o primeiro acordo escrito entre a polícia e a alfândega incluindo disposições acerca das equipes conjuntas foi estabelecido em Nordrhein-Westfalen. Dois anos mais tarde, o governo federal alemão promoveu a utilização de equipes conjuntas entre a polícia e a alfândega na sua estratégia nacional de

combate ao tráfico de drogas, de forma que as GER proliferaram-se por toda a Alemanha, embora com estruturas distintas (BLOCK, 2011, p. 92).

Assim vistas as coisas, nota-se que as Equipes Conjuntas de Investigação só foram inicialmente destacadas para o campo do crime de tráfico de drogas, dentro do território da Alemanha e depois para a União Europeia, contudo, BLOCK (2011, p. 92) atesta que atualmente as Equipes Conjuntas de Investigação são constituídas para combater vários tipos de crime organizado.

Assim, com base no exposto, conforme RIJKEN (2006, p. 99), “o instrumento das Equipes Conjuntas de Investigação foi há muito previsto como meio para facilitar a assistência mútua em matéria penal entre os Estados-membros da União Europeia”.

Com efeito, o que foi dito demonstra que as primeiras abordagens em relação à instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação – incluindo-se aqui aquela relacionada à criminalidade organizada, a partir de 1997 – materializou-se especialmente na Europa, a partir das iniciativas da Alemanha, que já utilizava do referido meio de investigação desde a década de 1970.

A exposição histórica atesta que, na atualidade, “há vários instrumentos para viabilizar a cooperação internacional em matéria penal, no interesse de uma investigação criminal ou do processo penal” (ARAS, 2019, p. 425), entretanto, será demonstrado o fato de ser as Equipes Conjuntas de Investigação um dos mecanismos de investigação mais relevantes no plano da cooperação internacional criminal, por conta de sua abrangência e disposição das autoridades de diferentes Estados para implementar o instituto.

5.2. Concepção e fundamentação legal nacional e internacional

Assume relevo, já no início da tratativa legal nacional e internacional vinculada às Equipes Conjuntas de Investigação, que apesar dos diversos acordos internacionais sobre cooperação jurídica em matéria penal bilaterais e multilaterais já ratificados e em vigor no Brasil, a normativa específica sobre as Equipes Conjuntas de Investigação ainda vem esbarrando na insuficiência de instrumentos legais que viabilizem essa forma de investigação transnacional no ordenamento jurídico brasileiro.

Não obstante, no plano das Organizações das Nações Unidas (ONU) – em nível internacional, portanto – há a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, concluída em Viena, a 20 de dezembro de 1988, sendo o tratado internacional mais antigo a prever a possibilidade de instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação, tendo sido internalizada no Brasil por intermédio do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991.

Seu art. 9º, 1, alínea “c”, assim dispõe:

1 - As Partes Colaborarão estreitamente entre si, em harmonia com seus respectivos ordenamentos jurídicos e sua administração, com o objetivo de aumentar a eficácia das medidas de detecção e repressão, visando à supressão da prática de delitos estabelecidos no parágrafo 1 do Artigo 3. Deverão fazê-lo, em particular, com base nos acordos ou ajustes bilaterais ou multilaterais:

[...]

c) quando for oportuno, e sempre que não contravenha o disposto no direito interno, criar equipes conjuntas, levando em consideração a necessidade de proteger a segurança das pessoas e das operações, para dar cumprimento ao disposto neste parágrafo. Os funcionários de qualquer umas das Partes, que integrem as equipes, atuarão de acordo com a autorização das autoridades competentes da Parte em cujo território se realizará a operação. Em todos os casos, as Partes em questão velarão para que seja plenamente respeitada a soberania da parte em cujo território se realizará a operação.

Bem analisadas as circunstâncias, em 1988 já havia a previsão de caráter internacional acerca da constituição de Equipes Conjuntas de Investigação, para fins de investigação de condutas relativas ao tráfico ilícitos de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas, norma que passou a ter incidência no território brasileiro a partir do ano de 1991.

Somente a partir dos anos 2000, entretanto, que a temática afeta às Equipes Conjuntas de Investigação passou a ter acentuada atenção por parte das legislações ao redor do mundo, em especial na Europa e no seio onusiano (ONU).

Na Europa, existem três grandes normas internacionais que tratam das Equipes Conjuntas de Investigação: a Convenção da União Europeia de 2000, o Segundo Protocolo Adicional de 2001 à Convenção do Conselho da Europa de 1959 e a Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia sobre Equipes Conjuntas de Investigação de 2002, cujos textos são similares quanto ao tema em debate.

No âmbito europeu, é possível destacar outros dois documentos acerca do assunto, oriundos do Conselho da União Europeia: o Guia Prático para as Equipes de Investigação Conjunta e a Resolução do Conselho relativa a um Modelo de Acordo para a Criação de Equipes de Investigação Conjunta, sendo que essa Resolução é abrangida pelo Guia Prático, e constitui um modelo do acordo a ser seguido pelos Estados ao formalizarem a criação de Equipes Conjuntas de Investigação, que trata dos requisitos de constituição e funcionamento, considerados essenciais pelo Conselho da União Europeia.

Na sistemática interamericana, há o seguinte projeto de tratado, que ainda não se encontra em vigor: a Convenção para a Cooperação entre os Estados membros da Conferência de Ministros de Justiça dos Países Ibero-americanos (COMJIB) em matéria de Equipes de Investigação Conjunta, de 2013, cujo texto muito se aproxima das convenções europeias que dispõem sobre as Equipes Conjuntas de Investigação.

Nota-se que o texto da referida convenção regional, da qual o Brasil faz parte, é muito similar ao que consta do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, de 2010, e regulamenta, com maior segurança jurídica e de forma mais detalhada, as etapas para a constituição e funcionamento de uma Equipes Conjuntas de Investigação formalmente criada entre Estados.

Prosseguindo nesse contexto e aqui estando uma das bases principais do estudo, em 15 de novembro de 2000, houve a aprovação internacional, pela Assembleia-Geral da ONU, da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida como Convenção de Palermo, tendo sido promulgada no Brasil em 12 de março de 2004, por meio do Decreto nº 5.015.

A disposição normativa da Convenção de Palermo, de forma inovadora, já no ano 2000, no âmbito internacional, e a partir de 2004, para o Brasil, tratou expressamente das Equipes Conjuntas de Investigação em seu art. 19:

Artigo 19. Investigações conjuntas. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou protocolos bilaterais ou multilaterais em virtude dos quais, com respeito a matérias que sejam objeto de investigação, processos ou ações judiciais em um ou mais Estados, as autoridades competentes possam estabelecer órgãos mistos de investigação. Na ausência de tais acordos ou protocolos, poderá ser decidida casuisticamente a realização de investigações conjuntas. Os Estados Partes envolvidos agirão de modo a que a soberania do Estado Parte em cujo território decorra a investigação seja plenamente respeitada.

Na sequência, ainda no seio da ONU, adveio a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida), em 31 de outubro de 2003, que foi promulgada internamente no Brasil pelo Decreto nº 6.587, de 31 de janeiro de 2006. Seu art. 49 é expresso ao dispor sobre as equipes conjuntas de investigação:

Artigo 49. Investigações conjuntas. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos ou tratados bilaterais ou multilaterais em virtude dos quais, em relação com questões que são

objeto de investigações, processos ou ações penais em um ou mais Estados, as autoridades competentes possam estabelecer órgãos mistos de investigação. Na falta de tais acordos ou tratados, as investigações conjuntas poderão levar-se a cabo mediante acordos acertados caso a caso. Os Estados Partes interessados velarão para que a soberania do Estado Parte em cujo território se efetua a investigação seja plenamente respeitada.

De se ver, assim, que há três grandes tratados internacionais emergidos da ONU que possuem, cada qual, um dispositivo específico que prevê a possibilidade de cooperação entre os Estados-partes, no caso, por meio da composição de Equipes Conjuntas de Investigação, para, respectivamente, investigar fatos relacionados ao tráfico internacional de drogas e substâncias psicotrópicas, ao crime organizado transnacional e à corrupção.

A Convenção de Palermo, de seu turno, é o diploma internacional ratificado pelo Brasil cuja finalidade principal é reprimir a criminalidade organizada além-fronteira, cujo eixo de aplicação “consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional”, conforme consta de seu artigo 1º, que trata do objetivo do tratado em questão.

Eis, portanto, um dos fundamentos para a instrumentalização das Equipes Conjuntas de Investigação (art. 19) como forma de tornar mais eficaz a investigação e a persecução penal dos delitos implicados na conjuntura da macrocriminalidade organizada.

Isso permite constatar que, em tendo sido já internalizada formalmente por intermédio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, já havia possibilidade firmada no âmbito internacional para que o Brasil – Estado-parte da Convenção de Palermo – utilizasse internamente da sistemática das Equipes Conjuntas de Investigação por seus órgãos de investigação e persecução penal com outros Estados-partes da mesma Convenção, para fins de investigação e repressão à criminalidade organizada transnacional.

Mas ainda há pontos legais para análise. No contexto interno, a primeira vez que a temática que envolve as Equipes Conjuntas de Investigação obteve respaldo legal em lei ordinária foi por meio da Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas. Sua previsão está contida no art. 5º, inciso III:

Art. 5º. A repressão ao tráfico de pessoas dar-se-á por meio:

[...]

III - da formação de equipes conjuntas de investigação.

Em que pese não haja uma concepção ou requisitos legais sobre o tema na referida Lei nº 13.344/2016, o legislador ordinário demonstrou a boa intenção em acolher o instituto, dando mostras de que as Equipes Conjuntas de Investigação podem ser utilizadas como forma de repressão a um gravíssimo delito que guarda estreita relação com a macrocriminalidade organizada: o tráfico nacional e transnacional de pessoas.

Nesse particular aspecto, o reforço a tal situação veio com a promulgação interna do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, o que se deu pelo Decreto nº 10.452, de 10 de agosto de 2020 – acordo firmado pela República Federativa do Brasil, em San Juan, em 2 de agosto do longínquo ano de 2010.

O objetivo do Acordo-Quadro é intensificar o trabalho de cooperação entre países membros do Mercosul no combate ao crime organizado transnacional por meio do estabelecimento de investigação conjunta, o que reforça a cooperação jurídica internacional entre os países do bloco.

O Acordo-Quadro do Mercosul tem como diretriz dinamizar procedimentos de cooperação internacional em matéria criminal e permitir o trabalho próximo e concomitante, na produção de provas, entre autoridades de investigação de dois ou mais países, de forma a viabilizar, com maior celeridade e objetividade, a colaboração no combate ao crime organizado transnacional.

Esta forma cooperacional é decorrente de uma preocupação do Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai (Estados-Partes do Mercosul), bem como da Bolívia e do Equador (Estados Associados do Mercosul), com os delitos como o tráfico ilícito de entorpecentes, corrupção, tráfico de armas e todos aqueles que integram o chamado crime organizado transnacional. Os Estados que ratificarem o Acordo-Quadro ficam convencidos deste modo, que as Equipes Conjuntas de Investigação constituirão uma ferramenta eficaz de cooperação internacional em matéria penal.

Sendo coerente a ideia de que grande parte do fluxo transfronteiriço das organizações criminosas que operam no Brasil dá-se com relação aos países limítrofes e próximos na América do Sul, o citado Acordo-Quadro certamente preencherá uma lacuna relevante acerca do assunto, o que está bem delineado em seu art. 1º:

Artigo 1º. As autoridades competentes de uma Parte, que estiverem a cargo de uma investigação penal, poderão solicitar a criação de uma Equipe Conjunta de Investigação às autoridades competentes de outra Parte, quando essa investigação tiver por objeto condutas delituosas que por suas características exijam a atuação coordenada de mais de uma Parte.

Na atual quadra, na qual “criminosos desconhecem fronteiras” (ARAS, 2019, p. 424), incumbe às autoridades competentes dos Estados-partes do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação propor ou admitir a formação de uma ECI, o que deve ocorrer por meio de suas autoridades centrais.

É o que prevê o art. 5º do Acordo-Quadro:

Art. 5º. Formalizada a solicitação pela Autoridade Competente da Parte Requerente, ela a remeterá a sua Autoridade Central. A Autoridade Central analisará se a solicitação reúne as condições estabelecidas no presente Acordo e, nesse caso, encaminhará o pedido à Autoridade Central da Parte Requerida.

Impõe-se dizer que o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação até o presente momento foi ratificado por Equador, Argentina e Brasil, de modo que, por enquanto, a formação de uma Equipe Conjunta de Investigação somente pode ser concluída entre os citados Estados-partes.

Em síntese, no que concerne à investigação, prevenção e persecução penal dos crimes relacionados à macrocriminalidade organizada, no contexto brasileiro há duas normas que podem fundamentar um pedido de constituição de uma Equipe Conjunta de Investigação: a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação.

Para além do que prevê a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, ambos especificamente direcionados à macrocriminalidade organizada e já em vigor para o Brasil, há de se fazer referência ao Projeto de Lei nº 6.341/2019, que deu origem à Lei nº 13.964/2019, conhecida por instituir o chamado Pacote Anticrime.

No que concerne ao tópico em exame, o texto original do aludido PL nº 6.341/2019 trazia uma previsão específica no que tange às Equipes Conjuntas de Investigação, cuja finalidade era a inserção do mecanismo no teor da Lei nº 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas). Veja-se como seria a redação do art. 3º-A da citada norma:

Art. 3º-A. O Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderão firmar acordos ou convênios com congêneres estrangeiros para constituir equipes conjuntas de investigação para a apuração de

crimes de terrorismo, crimes transnacionais ou crimes cometidos por organizações criminosas internacionais.

§1º Respeitadas as suas atribuições e competências, outros órgãos federais e entes públicos estaduais poderão compor as equipes conjuntas de investigação.

§2º O compartilhamento ou a transferência de provas no âmbito das equipes conjuntas de investigação devidamente constituídas dispensam formalização ou autenticação especiais, sendo exigida apenas a demonstração da cadeia de custódia.

§3º Para a constituição de equipes conjuntas de investigação, não se exige a previsão em tratados.

§4º A constituição e o funcionamento das equipes conjuntas de investigação serão regulamentadas por meio de decreto. (NR)

Sem embargo, o grupo de trabalho que então analisou o texto do Projeto de Lei nº 6.341/2019, ainda no mês de outubro do ano de 2019, decidiu retirar a previsão de acordos de cooperação sem previsão de tratados internacionais em investigações de organizações criminosas.

Além disso, entendeu-se que a previsão no sentido de que o Ministério Público Federal e a Polícia Federal poderiam constituir Equipes Conjuntas de Investigação para atuarem em crimes de terrorismo, transnacionais ou cometidos por organizações criminosas internacionais violaria a prerrogativa do Congresso Nacional de aprovar tratados internacionais do quais o Brasil é signatário.

Em que pese os argumentos deduzidos pela Câmara dos Deputados, perdeu-se a oportunidade, diga-se de passagem, de se ter a previsão em lei ordinária da instrumentalização de Equipes Conjuntas de Investigação com a específica finalidade de prevenção e repressão à criminalidade organizada transnacional, questão ausente – como já foi sustentado – na Lei nº 12.850/2013, cujo procedimento probatório ali definido está limitado ao regime jurídico e jurisdicional interno.

De qualquer modo, está em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.045/2010, cuja diretriz é dispor sobre o novo Código de Processo Penal e há uma tendência de inserir dispositivos referentes às Equipes Conjuntas de Investigação, o que, sem dúvida, constituirá um notável avanço em termos probatórios.

De acordo com o Relatório da Câmara dos Deputados relativo ao PL nº 8.045/2010:

Também foi incorporada disciplina das equipes conjuntas de investigação, atendendo a compromissos internacionais assumidos. Tais equipes poderão ser constituídas para a apuração criminal de fato que configure delito previsto em tratado internacional de que o Brasil seja parte, a fim de que possa ser conduzida em território brasileiro ou estrangeiro, ou ainda quando houver apurações correlatas que exijam a coordenação de atuação de mais de um país, diante de sua complexidade.

A novidade adveio por intermédio da Emenda nº 225/16, que trouxe ao PL as Equipes Conjuntas de Investigação, incorporada e acolhida no substitutivo apresentado à Câmara dos Deputados.

Em recente audiência promovida pela comissão especial da Câmara dos Deputados que analisa o projeto do novo Código de Processo Penal, o Ministério Público Federal (MPF) defendeu alterações na proposta para fortalecer a cooperação jurídica internacional, propondo-se medidas para favorecer a formação de Equipes Conjuntas de Investigação no combate a crimes transnacionais.

No entanto, na oportunidade, o MPF sugeriu que seja retirada da proposta do novo CPP a exigência de um acordo constitutivo, a cargo da autoridade central, para a formação de Equipes Conjuntas de Investigação, que envolvem autoridades de diferentes países, haja vista que a medida contraria o Acordo-Quadro do Mercosul, que prevê a criação das ECIs por meio de acordo de cooperação técnica entre as autoridades envolvidas.

Isso porque, com fulcro no Acordo-Quadro, o MPF já tem integrado equipes formadas por integrantes da polícia e do Ministério Público de outros países, para a investigação e combate a crimes transnacionais, tendo sido necessário apenas o envio de proposta formal à autoridade central, justificando a necessidade do trabalho conjunto.

Nada obstante o correto posicionamento do Ministério Público Federal, uma previsão em lei ordinária interna tratando da instituição de Equipes Conjuntas de Investigação como meio probatório na investigação e persecução penal é medida louvável.

Por derradeiro e para melhor inteligência, agregue-se os principais dispositivos do texto do PL nº 8.045/2010, pertinente às Equipes Conjuntas de Investigação, com expressa previsão no Título V – Das Equipes Conjuntas de Investigação, com ampla e detalhada normatização entre os arts. 763 e 780 do projeto do novo Código de Processo Penal:

Art. 763. A constituição de Equipe Conjunta de Investigação (ECI), prevista nas Convenções das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a Corrupção e o Tráfico Ilícito de

Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, obedecerá ao disposto neste Título, sem prejuízo de sua formação para a apuração de outros crimes previstos em tratado internacional de que o Brasil faça parte.

§1º Enseja a constituição de uma Equipe Conjunta de Investigação a apuração criminal de fato que configure delito previsto em tratado internacional de que o Brasil seja parte, com repercussão transnacional, que possa ser conduzida em território brasileiro ou estrangeiro, ou a existência de apurações correlatas que exijam a coordenação de atuação de mais de um país, diante de sua complexidade.

§2º As autoridades competentes brasileiras devem possuir jurisdição territorial ou extraterritorial em relação ao fato objeto da investigação.

[...]

Art. 764. O acordo operacional ou similar poderá ser firmado pelo Ministro da Justiça e Segurança Pública ou autoridade por ele designada, em representação ao Estado brasileiro.

Parágrafo único. Quando a autoridade central brasileira não estiver vinculada ao Ministério da Justiça, o acordo previsto neste artigo será firmado pelo Ministro das Relações Exteriores ou autoridade por ele designada, em representação ao Estado brasileiro.

Art. 765. A solicitação para a criação de Equipe Conjunta de Investigação pelo órgão interessado será enviada ao Estado estrangeiro ou recebida no Brasil por intermédio da autoridade central brasileira para cooperação internacional designada por lei ou tratado, que deverá manifestar-se acerca dos requisitos formais de admissibilidade para a formação da referida equipe, ou por mala diplomática, salvo previsão expressa em tratado internacional.

[...]

Art. 766. A aceitação do Estado requerido ao pedido de criação da Equipe Conjunta de Investigação será realizada por intermédio da autoridade central brasileira.

§1º. Após a aceitação do Estado requerido e presentes os requisitos formais de admissibilidade, será celebrado o acordo operacional que constituirá a Equipe Conjunta de Investigação.

§2º A recusa ao pedido de criação da Equipe Conjunta de Investigação será realizada por intermédio da autoridade central brasileira e deverá ser devidamente fundamentada.

Art. 768. São órgãos integrantes da Equipe Conjunta de Investigação e possuem legitimidade para firmar o respectivo instrumento de cooperação técnica:

I - a Polícia Federal e a Procuradoria Geral da República, conjuntamente, de acordo com suas atribuições legais, pelo Estado brasileiro;

II - as instituições estrangeiras congêneres, responsáveis pela condução de investigações criminais ou atuação em processo penal, pelo Estado estrangeiro.

§1º Poderão ser convidados a participar da Equipe Conjunta de Investigação, como membros adjuntos brasileiros, conforme a necessidade, outros órgãos federais, estaduais e do Distrito Federal, assim como organizações internacionais, todos dentro de suas respectivas competências.

§2º A Equipe Conjunta de Investigação poderá atuar em qualquer parte do território nacional e requisitar, quando cabível, a colaboração de órgãos de segurança pública federais, dos Estados e do Distrito Federal, e o apoio de outras autoridades locais.

§3º A Advocacia-Geral da União poderá participar como órgão integrante, conjuntamente com órgãos descritos no inciso I, nos casos em que os fatos criminais investigados possam caracterizar também ato de improbidade administrativa ou responsabilidade civil ou administrativa por ato contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Assim concebido, o texto tencionará a preencher relevante lacuna na tratativa das Equipes Conjuntas de Investigação como instrumento probatório em investigações transnacionais complexas, tais quais aquelas vinculadas à macrocriminalidade organizada, questão-chave do estudo que ora se apresenta.

Assim, uma especificação pormenorizada dos procedimentos levados a cabo pelas Equipes Conjuntas de Investigação encontra-se bem delineada no art. 765 do PL nº 8.045/2010, deixando expresso normas relativas à definição do objeto e finalidade de atuação da equipe; à exposição sucinta dos fatos investigados e descrição dos motivos que justificam a necessidade de criação da equipe; à descrição sucinta dos procedimentos de investigação que se propõe realizar durante o funcionamento da equipe; ao provável prazo para seu funcionamento; e às regras de sigilo e confidencialidade que cada órgão integrante deve obedecer em relação aos fatos apurados pela equipe.

Portanto, é inegável o avanço que se dará com a aprovação do novo Código de Processo Penal em termos de cooperação jurídica internacional em matéria penal, havendo uma preocupação salutar do legislador ordinário com a previsão em lei ordinária acerca das Equipes Conjuntas de Investigação.

Contudo, não havendo certeza se o que consta do aludido Título V do texto do PL nº 8.045/2010 será mantido e aprovado, desde logo se pode concluir que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação suprem a ausência de normas internas condizentes com a instrumentalização de Equipes Conjuntas de Investigação em casos complexos de natureza transnacional atinentes à macrocriminalidade organizada, pois ambos já foram formalmente internalizados, não havendo óbices quanto à aplicação das mencionadas normas internacionais pelas autoridades brasileiras.

Por último, uma última palavra sobre os conceitos de Equipes Conjuntas de Investigação deve ser explicitada. A ideia geral em torno do assunto revela que, constituída por membros de Ministérios Públicos e autoridades policiais de dois ou mais Estados, uma equipe conjunta de investigação tem por objetivo realizar a investigação e a persecução de crimes transnacionais complexos, em um ou em todos os países que a compõe, a partir da celebração de acordo internacional entre as instituições envolvidas.

RIJKEN (2006, p. 102) anota que “a *Joint Investigation Team* é uma equipe de investigação operacional, criada com o objetivo de investigar casos complexos em diferentes Estados e composta por autoridades distintas destes Estados”.

Definição específica de Equipes Conjuntas de Investigação pode ser encontrada no art. 3º, 3.1, do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação:

3.1. Equipe Conjunta de Investigação (ECI): É a constituída por meio de um instrumento de cooperação técnica específico que se celebra entre as Autoridades Competentes de duas ou mais Partes, para levar

adiante investigações penais em seus territórios, por um tempo e fim determinados.

Por outro lado, mas no mesmo sentido, na concepção da EUROJUST (European Union Agency for Criminal Justice Cooperation)

Uma equipe conjunta de investigação (ECI) é um dos instrumentos mais avançados utilizados na cooperação internacional em matéria penal, incluindo um acordo jurídico entre autoridades competentes de dois ou mais Estados com o objetivo de realizar investigações criminais. Composta por procuradores e autoridades de vinculadas à aplicação da lei, bem como juízes, as ECI são estabelecidas por um período fixo, normalmente entre 12 e 24 meses, tal como é necessário para se chegar a conclusões bem sucedidas nas investigações.

Já para a EUROPOL (European Police Office):

Uma equipe conjunta de investigação é um instrumento de cooperação internacional baseado num acordo entre autoridades competentes – tanto judiciais (juízes, procuradores, juízes de investigação) como policiais – de dois ou mais Estados, estabelecidos por uma duração limitada e com um objetivo específico, para realizar investigações criminais em um ou mais dos Estados envolvidos.

As concepções são semelhantes devido às finalidades semelhantes, haja vista que as Equipes Conjuntas de Investigação são *um instrumento de cooperação eficiente e eficaz entre as agências nacionais de investigação no combate ao crime transfronteiriço, especialmente o organizado e concertado entre diversas jurisdições, facilitando a coordenação de investigações e processos judiciais conduzidos em paralelo em vários Estados.*

5.3. Sobre a aplicação do instituto das Equipes Conjuntas de Investigação

Induvidoso, consoante a exposição apresentada, que as Equipes Conjuntas de Investigação permitem a implementação de técnicas de persecução mais eficazes para identificar, investigar e julgar os membros das organizações criminosas transnacionais. Os usos mais comuns desta forma de cooperação são no âmbito do tráfico de drogas, do tráfico de pessoas, da corrupção, da lavagem de dinheiro, do terrorismo, do contrabando de armas e dos crimes cibernéticos.

Os considerandos do Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação bem explicitam tais fins:

Preocupados com delitos como o tráfico ilícito de entorpecentes, a corrupção, a lavagem de ativos, o tráfico de pessoas, o tráfico de migrantes, o tráfico de armas e todos aqueles que integram o chamado crime organizado transnacional, bem como os atos de terrorismo, ou delitos cujas características tornem necessária a atuação e o combate coordenados de mais de uma Parte;

Desejosos de reforçar a cooperação em matéria penal a fim de chegar a uma efetiva investigação de todas aquelas condutas referidas precedentemente;

Convencidos de que as equipes conjuntas de investigação constituirão uma ferramenta eficaz de cooperação internacional em matéria penal; e

Entendendo necessário contar com mecanismos apropriados de cooperação que permitam uma efetiva coordenação entre as autoridades das Partes.

É premente que o Acordo-Quadro do Mercosul veio a lume como relevante instrumento de constituição das Equipes Conjuntas de Investigação, sendo que os escopos e objetivos de sua criação, assim como os demais critérios para a funcionalidade da operação, devem ser definidos no texto do acordo a ser firmado entre os Estados interessados na investigação conjunta.

Notável, também, que tais equipes conjuntas podem ser formadas em qualquer fase da investigação ou da persecução penal, respeitando-se os princípios da soberania e independência dos Estados no plano internacional, competindo à legislação interna de cada país determinar quais são os órgãos dotados de poder investigatório hábeis a integrar a equipe conjunta, que não de ser compostas basicamente por membros das Polícias investigativas (Polícia Federal e Polícia Civil) e procuradores ou promotores do Ministério Público.

Com base no Acordo-Quadro sobre Equipes Conjuntas de Investigação (art. 4º, 4.1) há de incumbir às autoridades centrais o trâmite dos pedidos de formação das Equipes Conjuntas de Investigação, limitando sua apreciação aos aspectos formais. Noutro norte, as autoridades competentes são os órgãos incumbidos do juízo de conveniência e

oportunidade para propor ou admitir a formação de uma Equipe Conjunta de Investigação (art. 5º).

É o que está delineado no art. 5º do Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação:

Formalizada a solicitação pela Autoridade Competente da Parte Requerente, ela a remeterá a sua Autoridade Central. A Autoridade Central analisará se a solicitação reúne as condições estabelecidas no presente Acordo e, nesse caso, encaminhará o pedido a Autoridade Central da Parte Requerida.

A Autoridade Central da Parte Requerida, mediante prévio controle das condições do presente Acordo, encaminhará, em seu caso, o pedido a sua Autoridade Competente a fim de que esta se pronuncie sobre a criação de uma ECI, conforme sua legislação interna.

As Autoridades Centrais tramitarão as solicitações pelos meios mais expeditos e no menor prazo possível.

No Brasil, o papel de autoridade central é desempenhado, em relação a maioria dos países, pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), do Ministério da Justiça. A autoridade competente pode ser o Ministério Público Federal, a Polícia Federal ou outro órgão investigativo brasileiro.

A autoridade central é um órgão técnico, responsável pela intermediação de pedidos e esclarecimentos no âmbito da cooperação internacional em matéria civil e penal. Assim, a autoridade central não se manifesta sobre o mérito dos pedidos de cooperação, competindo-lhe apenas verificar a adequação formal dos pedidos e encaminhá-los aos órgãos competentes pela execução da medida requerida.

A autoridade central não solicita ou requer medida de cooperação, pois não detém legitimidade processual para isso. Não lhe cabe interferir ou opor obstáculos às medidas de cooperação ou realizar qualquer ato de cooperação que não seja a prestação de informações sobre a legislação de cada Estado.

Em verdade, “A aceitação da criação de uma ECI será comunicada por meio das Autoridades Centrais, a fim de formalizar o Instrumento de Cooperação Técnica definitivo, que será assinado por ambas as Autoridades Competentes” (art. 6º).

Dado importante é o fato de que “a prova e a informação obtidas em virtude da atuação da ECI somente poderão ser utilizadas nas investigações que motivaram sua

criação”, o que somente não ocorrerá se houver acordo em contrário das autoridades competentes, além do que “as Autoridades Competentes poderão acordar que a informação e a prova obtidas, em virtude da atuação da ECI, tenham caráter confidencial” (art. 11).

Nessa linha de análise, no Relatório Técnico sobre a Meta 9 da ENCCLA 2017, uma equipe de procuradores da Secretaria de Cooperação Internacional do Ministério Público Federal afirmou que:

Na maior parte dos Estados civilizados, com o intuito de dar uma maior expediência aos pedidos de cooperação, a autoridade central costuma ser órgão do Ministério Público local. Porque, como acontece no Brasil, cabe ao Ministério Público a titularidade da persecução penal, não estando essa instituição adstrita aos limites formais, legais e materiais dos órgãos auxiliares do Executivo. A entrega ao MP do papel de autoridade central dos tratados de cooperação respeita a dimensão internacional do titular da ação penal, autoridade com atribuição para examinar a legalidade e possibilidade material do cumprimento dos pedidos de cooperação.

Os procuradores do MPF ainda defendem que:

As decisões de conveniência/oportunidade e detalhes técnicos relativos a cada Equipe Conjunta de Investigação (ECI) devem ser atribuição dos órgãos federais dotados de poder de investigação, conforme as normas e melhores práticas internacionais recomendam, devendo a avaliação inicial ser apenas de um caráter formal e com parâmetros claramente pré-definidos.

Esta necessidade de implementação das Equipes Conjuntas de Investigação com relação à criminalidade transnacional se faz adequada tanto pelo fato de a Lei nº 12.850/2013 não dispor sobre a matéria, quanto pelo motivo de que “as fronteiras políticas dos Estados limitam o seu exercício de jurisdição penal e tornam, muitas vezes, impossível valer a lei penal ou processual penal nos eventos transfronteiriços” (ABADE, 2013, p. 31).

Consta que, atualmente, há oito pedidos de criação de Equipes Conjuntas de Investigação em acompanhamento na Secretaria de Cooperação Internacional da Procuradoria-Geral da República, havendo um enorme empenho do MPF, junto à autoridade central brasileira e às contrapartes estrangeiras, para a criação das Equipes Conjuntas de Investigação nos casos concretos.

O Ministério Público brasileiro tem três ECIs em andamento: duas no âmbito do Mercosul e uma com a Unidade de Cooperação Jurídica da União Europeia (EUROJUST). As equipes conjuntas de investigação da América do Sul investigam crimes de tráfico de drogas e de pessoas com o Paraguai. A outra equipe vinculada à EUROJUST investiga, junto com a Itália, o tráfico internacional de drogas.

Afirma-se, conforme atesta ARAS (2020), que a primeira utilização do instrumento das Equipes Conjuntas de Investigação pelo Brasil deu-se com a ECI/Condor, formalizada no ano de 2014 pelos Ministérios Públicos do Brasil e da Argentina, para a investigação de um caso relacionado à Justiça de Transição.

Em 2018 os Ministérios Públicos do Brasil e Portugal criaram uma Equipe Conjunta de Investigação cujo acordo tem como fundamento a Convenção de Auxílio Judiciário em Matéria Penal entre os Estados-Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP), e permitirá a atuação conjunta entre procuradores brasileiros e portugueses em matéria criminal, com destaque para investigações que envolvem corrupção, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e crimes correlatos.

Em outubro de 2020, o Ministério Público Federal do Brasil e o Ministério Público do Paraguai assinaram um acordo para a formalização de uma Equipe Conjunta de Investigação com o objetivo de investigar crimes de tráfico de pessoas em ambos os países, especialmente na região fronteiriça.

Isso confirma que a formação de Equipes Conjuntas de Investigação torna-se relevante nos lugares onde as fronteiras são compartilhadas, trazendo benefícios para as autoridades dos países participantes, tais como o estabelecimento de mecanismos de comunicação mais rápidos e procedimentos especiais para a validade de provas em casos específicos.

A fim de avançar na coordenação necessária entre a Procuradoria-Geral da República do Brasil e a Procuradoria do Paraguai, com o apoio do UNODC – Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime (*United Nations Office on Drugs and Crime*) – no âmbito da iniciativa TRACK4TIP, financiada pelo Departamento de Estado dos Estados Unidos da América, objetivou-se facilitar o desenvolvimento de uma reunião bilateral com o objetivo de “promover o diálogo entre as autoridades nacionais e estabelecer prioridades operacionais para a implementação de Equipes Conjuntas de Investigação sobre o tráfico de seres humanos”.

No ano de 2020, firmou-se outra Equipe Conjunta de Investigação com a Itália, para apuração de tráfico internacional de drogas envolvendo a atuação da organização criminosa italiana *Ndrangheta* no Brasil.

Vislumbra-se do exposto que as equipes conjuntas de investigação podem atuar nos territórios dos países signatários do Acordo-Quadro e, em regra, consoante ARAS (2020), a prova colhida pelos investigadores pode ser validada (legalizada) para todos os fins, inclusive para persecução criminal em juízo, independentemente de outras formalidades exigidas nas vias ordinárias de cooperação internacional.

Não há, ainda, jurisprudência e nem mesmo decisões monocráticas emanadas das Cortes Superiores – Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça – e dos Tribunais Regionais Federais no que diz respeito à interpretação e instrumentalização das *Equipes Conjuntas de Investigação* como meio de captação de provas em investigações transnacionais.

Via de *consequência e por fim*, somente o tempo definirá se as *Equipes Conjuntas de Investigação* possuem a eficácia prática necessária para a obtenção de provas referente às investigações transnacionais, porém, em tese, eis aqui uma evidência firme de que sua implementação em muito contribuirá com a persecução penal dos delitos praticados no âmbito da macrocriminalidade organizada.

CONCLUSÃO

No contexto nacional, o quadro probatório relativo às organizações criminosas hoje já não se satisfaz somente com as disposições previstas no Código de Processo Penal e na Lei nº 12.850/2013, especialmente quando se fala em criminalidade transnacional ou além-fronteira.

É preciso dar atenção à normativa internacional disposta em tratados firmados pelo Brasil, para fins de se obter um sistema investigativo e persecutório criminais mais coerente com a resposta penal a ser dada a um fenômeno de tão acentuada gravidade.

O que neste texto se objetivou, primordialmente, foi propugnar pela utilização mais expansiva do instrumento das Equipes Conjuntas de Investigação como forma de prevenção e repressão à macrocriminalidade organizada.

É notório que o fenômeno das organizações criminosas constitui uma das mais intrincadas causas de revitalização da criminalidade na atualidade, isso porque a forma pela qual opera uma organização criminosa regularmente abrange a prática de diversas e complexas condutas delituosas em diversos e distintos Estados, o que, além da danosidade social, finda por implicar no sistema de persecução penal.

Demostrou-se que há instrumental normativo disponível aos órgãos internos de investigação e persecução penal hábil a conter o impulso generalizador do crime organizado, que se perfaz por intermédio de delitos que afetam sobremaneira a estabilidade das instituições, instrumental esse abarcado pela Convenção das Nações

Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e o Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação.

Enquanto não há previsão do instrumento em lei ordinária interna – à exceção da Lei nº 13.344/2016, sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas –, pelo que aqui corrobora-se com o que consta do Título V do Projeto de Lei nº 8.045/2010, que pretende instituir o novo Código de Processo Penal, deve-se ter em consideração e como fundamento os citados diplomas internacionais para a formação de Equipes Conjuntas de Investigação entre o Brasil e os respectivos Estados-partes.

Críticas às Equipes Conjuntas de Investigação podem vir a surgir, especificamente aquelas voltadas à ausência de defesa durante o trâmite de uma investigação conjunta, contudo, guardadas as reservas quanto à presença de contraditório no decorrer de investigações, nada impede que o acordo que instituir uma Equipe Conjunta de Investigação venha a dispor no que diz respeito à presença, por exemplo, de membro da Defensoria Pública da União a fim de que sejam observados os direitos e garantias dos investigados implicados numa investigação conjunta entre dois ou mais países.

Em arremate, na tratativa investigatória e persecutória em juízo da criminalidade organizada transnacional – macrocriminalidade organizada –, para além das disposições da Lei nº 12.850/2013, os órgãos internos de investigação competentes hão de atentar-se para a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e para o recente Acordo-Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados Para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação, ambos internalizados no Brasil e cujos textos não deixam dúvidas acerca da possibilidade eficaz de instrumentalização das *Equipes Conjuntas de Investigação*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABADE, Denise Neves. **Direitos Fundamentais na Cooperação Jurídica Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAS, Vladimir. **As Equipes Conjuntas de Investigação (ECIs)**. Disponível em: <<https://vladimiraras.blog/2017/02/22/as-equipes-conjuntas-de-investigacao-eci/>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

ARAS, Vladimir. **Direito Probatório e Cooperação Jurídica Internacional**. In SALGADO, Daniel de Resende; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Org.) *A Prova do Enfrentamento à Macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2019.

BLOCK, Ludo. **EU Joint Investigation Teams - Political Ambitions and Police Practices**. In *Cross-Border Law Enforcement*. Saskia Hufnagel, Simon Bronit, Clive Harfield, eds.,

Routledge, 2011. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228124548_EU_Joint_Investigation_Teams_Political_Ambitions_and_Police_Practices>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. **Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006. **Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Decreto nº 10.452, de 10 de agosto de 2020. **Promulga o texto do Acordo Quadro de Cooperação entre os Estados Partes do Mercosul e Estados Associados para a Criação de Equipes Conjuntas de Investigação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10452.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.850, de 2 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. **Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 8.045, de 2010, que trata do Código de Processo Penal.** <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776>. Acesso em: 27 jul. 2021.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. **Organizações Criminosas no Direito Penal Brasileiro: O Estado de Prevenção e o Princípio da Legalidade Estrita.** In SILVA FRANCO, Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.) Doutrinas Essenciais – Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. VII.

COOPERAÇÃO INTERNACIONAL. **MPF propõe medidas para fortalecer a cooperação jurídica internacional no novo CPP.** <<https://defesa.com.br/mpf-propoe-medidas-para-fortalecer-a-cooperacao-juridica-internacional-no-novo-cpp/>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL (DRCI). **Equipes Conjuntas de Investigação: Da Realidade Europeia até as Iniciativas Nacionais Sobre o Assunto.** In Cooperação em Pauta – Informes Sobre Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Civil e Penal. ISSN 2446-9211/nº 48. Fevereiro 2019. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/cooperacao-em-pauta/CooperacaoemPautaFevereiro2019.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

EUR-LEX. Access to European Union Law. **Cooperação estreita entre as administrações aduaneiras da União Europeia (Convenção de Nápoles II).** Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A41998A0123%2801%29>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

JESUS, Damásio E. de. **Criminalidade Organizada: Tendências e Perspectivas Modernas em Relação ao Direito Penal Transnacional.** In SILVA FRANCO, Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.) Doutrinas Essenciais – Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. VII.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada: Volume Único.** 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2020.

MERCOSUL. **Brasil Promulga Acordo com Países do Mercosul Para Investigação Conjunta de Crimes.** Disponível em: <<https://www.mercosur.int/pt-br/brasil-promulga-acordo-com-paises-do-mercosul-para-investigacao-conjunta-de-crimes/>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

NICEFORO, Alfredo. **La Transformación Del Delito en la Sociedad Moderna**. Traducción de C. Bernardo de Quirós. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1902.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC). **Equipes Conjuntas de Investigação (ECI): Ferramenta Eficaz Para Combater o Tráfico de Pessoas Entre Brasil e Paraguai**. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2020/10/eci-uma-ferramenta-eficaz-para-combater-o-trafico-de-pessoas-entre-o-brasil-e-o-paraguai.html>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo de. **Crime Organizado e Sistema Jurídico Brasileiro: A Questão da Conformação Típica**. In SILVA FRANCO, Alberto; NUCCI, Guilherme de Souza (Org.) Doutrinas Essenciais – Direito Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. v. VII.

RIJKEN, Conny. **Joint Investigation Teams: Principles, Practice, and Problems Lessons Learnt from the First Efforts to Establish a JIT**. In Utrecht Law Review. Volume 2, Issue 2, December, 2006.

SECRETARIA DE COOPERAÇÃO INTERNACIONAL (MPF). **Equipes Conjuntas de Investigação**. Informativo nº 11, Fevereiro 2019. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/noticias/informativo-sci>>. Acesso em: 27 jul. 2021.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

STOICA, Ionel. **Transnational Organized Crime. An (Inter) National Security Perspective**. In Journal of Defense Resources Management. Vol. 7, Issue 2 (13)/2016. Disponível em: <http://journal.dresmara.ro/issues/volume7_issue2/02_stoica_vol7_issue2.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

UNITED NATIONS. United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). **Transnational Organized Crime: The Globalized Illegal Economy**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/toc/factsheets/TOC12_fs_general_EN_HIRES.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

UMA ANÁLISE ACERCA DA POSSIBILIDADE DE SUSPENSÃO DO DECRETO DE PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR DE ALIMENTOS EM TEMPOS DE PANDEMIA

LUIZ EDUARDO DE CARVALHO MEDEIROS

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade analisar a possibilidade de suspensão do decreto de prisão civil do devedor de alimentos em tempos de pandemia, bem como verificar a consequência jurídica que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça pode trazer para a vida do alimentando, tendo em vista que se trata de um problema muito sério, uma vez que a suspensão desse decreto poderá afetar diretamente a dignidade do alimentando, que necessita desses alimentos para manter sua sobrevivência. A temática vem assumindo uma grande repercussão na atualidade, pois com a chegada da pandemia de Covid-19, o Estado deixou de aplicar a medida coercitiva excepcional, e com isso, foram afetados direitos fundamentais inerentes ao indivíduo que depende dos alimentos para viver de forma digna, de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana que está previsto na Constituição Federal. A pesquisa aborda, de forma sucinta, os procedimentos de execução do devedor de alimentos. No que tange à metodologia utilizada, a pesquisa baseou-se a partir de livros, artigos científicos, leis, bem como jurisprudências que fizeram a abordagem da temática. Por fim, observou-se que a prisão civil do devedor de alimentos inadimplente é a medida mais eficaz, pois é através da prisão que o Estado busca coagir o devedor a cumprir a obrigação que lhe foi imposta.

PALAVRAS-CHAVE: prisão civil. suspensão. alimentos. obrigação.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the possibility of suspending the civil imprisonment decree of the debtor in times of pandemic, as well as to verify the legal consequence that the understanding of the STJ can bring to the life of the alimony party, considering that This is a very serious problem, since the suspension of this decree could directly affect the dignity of the person being fed, who needs these foods to maintain their survival. The theme has been taking on a great impact nowadays, as with the arrival of the Covid-19 pandemic, the State stopped applying the exceptional coercive measure, and with that, fundamental rights inherent to the individual who depends on food to live properly were affected. dignified, in accordance with the principle of the dignity of the human person that is provided for in the Federal Constitution. The research briefly addresses the maintenance debtor's enforcement procedures. Regarding the methodology used, the research was based on books, scientific articles, laws, as well as jurisprudence that addressed the theme. Finally, it was observed that the civil imprisonment of the non-paying maintenance debtor is the most effective measure, as it is through imprisonment that the State seeks to coerce the debtor to comply with the obligation imposed on him.

KEYWORDS: civil prison. suspension. foods. obligation

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Conceito de Alimentos: 2.1 Direito aos alimentos; 2.2 Características dos alimentos; 2.3 Pressupostos da Obrigação Alimentar; 3 Modos de execução da obrigação alimentar: 3.1 Da prisão civil do devedor de alimentos na pandemia; 3.2 Prorrogação da recomendação nº 62/2020; 3.3 Ineficácia da prisão civil em regime domiciliar. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como finalidade analisar a possibilidade de suspensão do decreto de prisão civil do devedor de alimentos em tempos de pandemia, bem como verificar a consequência jurídica que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça pode trazer para a vida do alimentando.

Com a delimitação pretende-se responder ao problema: Em tempos de pandemia, o que deve prevalecer: a necessidade do credor ou a flexibilização da prisão civil do devedor dos alimentos? Para responder essa questão, a doutrina entende que a prestação dos alimentos é essencial para que o ser humano viva de forma digna na sociedade, conforme o princípio da dignidade da pessoa humana que está previsto na Constituição Federal.

Para melhor entendimento das questões levantadas nesta pesquisa, serão abordadas na primeira sessão: conceito de alimentos, o direito a alimentos e suas características, bem como os pressupostos da obrigação alimentar de acordo com o entendimento da doutrina. Na segunda sessão, serão abordados a execução do devedor que deixa de prestar alimentos, a ineficácia da prisão em regime domiciliar e a prorrogação da recomendação nº 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça.

O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, onde foram analisadas diversas fontes de pesquisa, tais como: livros, artigos científicos, leis, bem como jurisprudência. A abordagem da temática é muito importante, tendo em vista que vem assumindo uma grande repercussão na atualidade, devido à pandemia de Covid-19, que afetou diretamente a dignidade do alimentando, pela falta de impunidade do Estado, que está deixando de impor a medida coercitiva excepcional que é a prisão civil.

É importante fazer-se a diferença entre as duas prisões, a prisão penal é quando o indivíduo é punido por praticar delitos no âmbito criminal, por outro lado, a prisão civil possui a finalidade de fazer como que o devedor cumpra a obrigação que lhe foi imposta.

2 DESENVOLVIMENTO

Rolf Madaleno (2018, p.1.144) aduz que os alimentos estão relacionados com o sagrado direito à vida e representam um dever de amparo dos parentes, cônjuges e conviventes, uns em relação aos outros, encontram seu principal fundamento na

Constituição Federal. Esse alimentos decorrem do princípio da solidariedade familiar que está previsto no art. 3º, I, da Carta Maior.

De acordo com Orlando Gomes (1999, p. 427). alimentos são prestações para satisfação das necessidades vitais de quem não pode provê-las por si. A expressão designa medida diversas. Ora significa o que é estritamente necessária à vida de uma pessoa, compreendendo tão somente, a alimentação, a cura, o vestuário e a habitação, ora abrange outras necessidades, compreendidas as intelectuais e morais, variando, variando conforme a posição social da pessoa necessitada.

Esse é o mesmo entendimento do doutrinador Yussef Said (2002, p. 16), no qual afirma que a palavra alimentos significa tudo aquilo que é necessário para satisfazer a exigências da vida, de modo mais abrangente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção.

Desse modo, é possível notar não haver discordância com a doutrina em relação ao conceito do termo *alimentos*, pois os alimentos são vocacionados para atender um interesse geral da sociedade e não apenas os interesses privados do alimentando.

2.1 Direito aos alimentos

O *direito ao alimento* é estabelecido em razão do poder familiar que deve ser realizado incondicionalmente: fala-se do **dever de sustento**, que é característico *dos pais* aos filhos. Tal dever de sustento dos pais para com os filhos é unilateral e exigível sempre, independentemente de possível reciprocidade ou do binômio necessidade x possibilidade. Por outro lado, a obrigação alimentar não se restringe somente aos filhos, haja vista que poderá existir entre os cônjuges, companheiros e parentes até o segundo grau, mesmo fora do poder familiar.

Segundo Cahali (1999, p. 16) basta acrescentar à citada noção a ideia de obrigação que é imposta em função de uma causa jurídica prevista em lei. É importante salientar que o termo "*alimentos*", além de designar a obrigação de sustento de uma pessoa, também designa o próprio conteúdo da obrigação a ser prestada. Assim, o termo "*alimentos*" pode ser utilizado no sentido de obrigação alimentar, assim como no sentido do seu respectivo conteúdo.

O valor da prestação dos alimentos deverá ser fixado com base nas necessidades do alimentando e nas possibilidades do alimentante, devendo o julgador, para equacionar tais critérios, levar em consideração o requisito da proporcionalidade e de razoabilidade. Confira:

Art. 1.694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.

§ 1º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada.

Conforme o exposto os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada ao pagamento.

Do mesmo modo aduz Yussef Said Cahali (2002, p. 721) sobre esta temática:

Para que exista a obrigação alimentar é necessário que a pessoa de quem se reclamam os alimentos possa fornecê-los sem privação do necessário ao seu sustento; se o devedor, assim, não dispõe senão do indispensável à própria manutenção, mostra-se injusto obrigá-lo a privações acrescidas tão-só para socorrer o parente necessário.

Caso os alimentos fixados em sentença sejam considerados altos pelo alimentante ou estejam fora de sua capacidade financeira, este pode pedir a sua revisão, isto porque a possibilidade de revisão dos valores fixados a títulos de alimentos, em sentença, além de ser direito da parte interessada previsto no art. 15 da Lei de Alimentos (nº 5.478/1968) vem sendo possibilitada pela pacífica jurisprudência, *mutatis mutandis*:

2.2 Característica dos alimentos

A obrigação de prestar alimentos estabelece um dever financeiro, bem como moral, daquele que é incapaz de se manter por conta própria. Tomando como base o princípio da dignidade da pessoa humana e da subsistência, a pensão alimentícia dispõe de várias características que serão abordadas nesta sessão. São elas em especial:

2.2.1 Direito personalíssimo

Pode-se afirmar que o caráter mais importante do direito a alimentos é o personalíssimo, tendo em vista que pretende atender as necessidades de uma determinada pessoa pelo vínculo existente entre o credor e a pessoa que está obrigada a prestar os alimentos.

Assim, em razão dessa característica, o direito ao recebimento dos alimentos não pode ser transferido a outrem, tampouco ser transmitido aos herdeiros do credor.

2.2.2 Irrenunciabilidade

A característica da irrenunciabilidade tem previsão legal no artigo 1.707 do Código Civil, em que é estabelecido a vedação ao credor de renunciar o direito aos alimentos, todavia, fica a critério deste de não o exercer.

Conforme leciona Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 349)

O direito a alimentos constitui uma modalidade do direito à vida. Por isso, o Estado protege-o com normas de ordem pública, decorrendo daí a sua irrenunciabilidade, que atinge, porém, somente o direito, não o seu exercício. Não se pode assim renunciar aos alimentos futuros. A não postulação em juízo é interpretada apenas como falta de exercício, não significando renúncia.

Diante do exposto, o credor dos alimentos pode deixar de exercer o seu direito por algum tempo em que eram devidos, porém, poderá a qualquer momento requerer a prestação que ele faz jus.

2.2.3 Intransmissibilidade

A intransmissibilidade do direitos aos alimentos é uma característica que decorre do caráter personalíssimo, isto quer dizer, no caso do falecimento do alimentando ou do alimentante a obrigação alimentar deve ser extinta. Em relação a obrigação alimentar, os herdeiros que ficarão responsáveis pela dívida, na sua devida proporção.

2.2.4 Impenhorabilidade

Segundo o artigo 1.707 do Código do Civil, pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora.

Sobre o assunto Yussef Cahali (2009, p.86) leciona:

Tratando-se de direito personalíssimo, destinado o respectivo crédito à subsistência da pessoa alimentada, que não dispõe de recursos para viver, nem pode prover às suas necessidades pelo próprio trabalho, não se compreende possam ser as prestações alimentícias penhoradas; inadmissível, assim, que qualquer credor do alimentando possa priva-lo do que é estritamente necessário a sua subsistência.

Desse modo, a impenhorabilidade dos alimentos é derivada de sua própria finalidade e do seu fundamento. Por esse motivo, seria um absurdo admitir que o credor dos alimentos privaria o alimentando de manter sua sobrevivência.

2.2.5 Irrepetibilidade

A irrepetibilidade é uma característica dos alimentos que diz respeito a não devolução de valores pagos a título da prestação alimentícia, em outras palavras se o alimentante realizar o pagamento de uma prestação alimentícia de forma indevida, não caberá restituição. Sobre o assunto o doutrinador Bittar (1989, p. 523) leciona: “quem pagou alimentos, pagou uma dívida, não se tratando de simples antecipação ou empréstimo.”

No entanto, este caráter não é mais absoluto, sendo que é admitido certa flexibilização na sua aplicação, a fim de repelir a prática da litigância de má-fé, conforme ensina o jurista Rodrigo da Cunha Pereira (2005, p. 12):

Uma tradicional característica dos alimentos é a proibição de que os alimentos sejam repetidos, ou seja, restituídos, caso se constate posteriormente que eles não eram devidos. Os casos mais comuns em que se busca a restituição é nas ações exoneratórias ou revisionais de alimentos. Por esta razão, e pelo princípio que veda o enriquecimento ilícito, a doutrina vem repensando esta característica, pois o credor dela se vale para protelar cada vez mais o processo judicial e, por conseguinte, prolongar o tempo em que o alimentando faz jus as prestações alimentícias, postergando uma sentença de mérito. A ilicitude do enriquecimento, repudiada pelo Direito, advém do recebimento da prestação alimentícia, quando inexistente a necessidade desta, isto é, quando o credor tem condições de arcar com próprio sustento.”

Diante do exposto, percebe-se que o princípio da irrepetibilidade não é absoluto e possui limites.

2.2.6 Imprescritibilidade

Os alimentos contam com a característica da imprescritibilidade que é fundamento muito importante para o instituto, pois o direito a alimentos não prescreve, o que prescreve é direito de cobrar as prestações alimentícias .

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona (2014, p. 690) possuem o seguinte entendimento:

Em outras palavras, o direito aos alimentos, enquanto o seu fundamento existir, poderá ser exercido a qualquer tempo, mas, se houver parcelas inadimplidas, essas comportarão prazo prescricional de exigibilidade.

Portanto, em conformidade com o entendimento dos autores, podemos entender que a prestação alimentar possui características próprias, as quais se encontram ligadas aos direitos fundamentais e tem como objetivo garantir ao alimentando o direito de receber os alimentos.

2.3 Pressupostos da obrigação alimentar

A obrigação alimentar deve obedecer a alguns requisitos para que então seja concedida. Tais requisitos são denominados pressupostos, e são eles:

2.3.1 A existência de um vínculo de parentesco:

O art. 1.696 do Código Civil, regula a obrigação de prestar alimentos entre ascendentes, descendentes, cônjuges e companheiros. Ademais, o art. 1.697 estabelece a obrigação alimentar entre irmãos, tanto germanos como unilaterais. Por fim, é importante ressaltar que a lei não permite a extensão da responsabilidade para tios, sobrinhos e primos.

2.3.2 A necessidade do reclamante:

Segundo esse pressuposto, o credor dos alimentos deve estar em estado de necessidade, demonstrando que caso não receba os alimentos ele colocaria sua subsistência em risco, fulcro no artigo 1.694, § 1º do Código Civil.

2.3.3 A possibilidade econômica-financeira da pessoa obrigada:

De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 536): *não se pode condenar ao pagamento de pensão alimentícia quem possui somente o estritamente necessário à própria subsistência*. Destarte, quando se trata de um conflito de alimentos, não se pode ignorar a necessidade do autor e de igual modo, não se deve esquecer da possibilidade financeira do requerido.

2.3.4 A proporcionalidade:

Diz o §1º do artigo 1.694 do Código Civil que “os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”.

Nesse sentido, ensina CAHALI (2006, *apud* SANTOS 2012) que durante o trâmite do processo, que ao final define a obrigação alimentícia, se exige do juiz uma deliberação que se embase em ponderação e prudência. Em outras palavras, é necessário que o magistrado se atenha aos fatos e às provas juntadas para que não defina uma obrigação desproporcional nem para o requerido.

Portanto, é necessário que haja a verificação da comprovação da pessoa que está obrigada, bem como da pessoa que irá se beneficiar dos alimentos, ao falar no dever de fixar tais alimentos deverá também analisar a “proporção”, ou seja, antes de arbitrar o valor de tais alimentos é necessário observar uma equidade dentro do binômio necessidade-possibilidade.

3 MODOS DE EXECUÇÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

A execução dos alimentos é, na verdade, execução de pagar quantia “que em razão da especial natureza do direito tutelado é tratada como execução especial”, havendo previsão de atos materiais próprios para satisfação do crédito alimentar.

O Código de Processo Civil prevê dois sistemas para a execução dos alimentos. O primeiro é destinado à execução dos alimentos que foram fixados em título judicial (v.g.: acórdão, decisão monocrática, sentença ou decisão interlocutória), sendo realizado em módulo executivo de processo sincrético ou híbrido, na forma do arts. 528 a 533 do CPC. O segundo é destinado à execução dos alimentos mencionados em título extrajudicial (v.g.: escritura pública de divórcio), caso em que a execução é tradicional e não imediata, sendo realizada, portanto, em processo autônomo, em conformidade com o disposto no arts. 911-913 do CPC.

Cabe trazer a lume algumas mudanças que o Código de Processo Civil trouxe no âmbito da execução de alimentos. Uma delas foi em relação ao antigo Rito do CPC de 1973, que diz respeito ao cumprimento de sentença, cuja regulamentação da obrigação alimentícia encontra-se prevista em seu art. 528. CPC/2015. Com a nova mudança, o alimentante que estiver em atraso nos pagamentos das prestações alimentícias, será intimado, pessoalmente, e terá prazo de, até, 3 (três) dias para pagar as prestações devidas, provar o que o fez ou justificara impossibilidade de efetuar o pagamento, como se observa no artigo abaixo:

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 efetuarlo.

Como podemos compreender através do dispositivo acima transcrito, se o alimentante não se manifestar, será decretada sua prisão civil com a pena de 1 (um) a 3 (três) meses, na qual a prisão será cumprida em regime fechado, separado dos presos comuns. O decreto da prisão civil somente será permitida quando o débito abranger até as 3 (três) parcelas anteriores ao ajuizamento da execução. Nesse diapasão, o Superior

Tribunal de Justiça compreendeu que a exigência de débito alimentar cumulada com a possibilidade da prisão civil deve ser atual. Com base em entendimento esposado na súmula 309, a prisão civil só poderá ser requerida quando o alimentante estiver em débito com as 3 (três) últimas prestações ao ajuizamento da execução.

Cabe salientar que a decretação da prisão civil não dispensa ou exonera a obrigação de pagar os alimentos, porém, comprovado o pagamento do débito alimentar, a prisão será suspensa. É o que se depreende do art. 528, nos seus parágrafos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º do Código de Processo Civil vigente:

Art. 528. [...]

§ 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.

Como se extrai da leitura do dispositivo acima, é possível, em sede de cumprimento de sentença de alimentos, ser decretada a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses, no qual o devedor ficará em regime fechado, separado dos presos comuns. Vale lembrar que somente poderá ser utilizado o rito da prisão para a cobrança das três parcelas anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 664) esclarecem que a impossibilidade que inibe a decretação da prisão civil do alimentante deve ser caracterizada como absoluta e temporária, sendo definitiva deve ser objeto de ação própria. Segundo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que possui entendimento nesse sentido, não cabe o devedor alegar em sua defesa a existência de causa exoneratória. Noutra banda, Christiano Chaves e Nelson

Rosenvald (2016, p. 812) apontam que o entendimento jurisprudencial é no sentido de que o desemprego não é motivo suficiente para justificar a impossibilidade de pagamento.

Insta mencionar que a execução de alimentos pode fundar-se em sentença condenatória ao pagamento de alimentos, em sentença que homologa transação, que determina o cumprimento de testamento (caso exista legado, art.1.920, CC), em sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça ou ainda em título executivo extrajudicial (pense-se, por exemplo, nos alimentos fixados extrajudicialmente na forma do art. 733, CPC). Nos quatro primeiros casos, a execução inicia-se mediante simples requerimento (arts. 523 e 524, CPC). No último é necessário propor ação de execução (art. 911 e ss., CPC) MARINONI, ARENHART & MITIDIERO, 2017, p. 663.

Desse modo, é possível haver execução de alimentos com base em título executivo extrajudicial, ou seja, pelo descumprimento de acordo firmado pelas partes, sem que tenha havido a homologação judicial do mesmo, é o que se depreende a leitura do dispositivo abaixo transcrito. Assim segue:

Art. 911. Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo.

Percebe-se, facilmente, que a previsão se assemelha bastante com a execução de alimentos por cumprimento de sentença e decisão interlocutória do artigo 528 do CPC.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero (2017, p. 978) abordam diversas técnicas processuais executivas para a tutela dos alimentos são elas: desconto em folha (arts.529 e 912, CPC), desconto em parcela de faturamento de empresa (art. 866, CPC), desconto em renda (arts. 867-869, CPC), constituição de capital (art.533, CPC), prisão civil (Art 5º LXVII, CF, e 528, CPC) ou expropriação (art. 913, CPC). Embora a lei silencie a respeito, é certo que cabe ainda o emprego de qualquer outra técnica sub-rogatória ou indutiva, a exemplo da multa coercitiva, paratutela do direito aos alimentos, pouco importando se fundados em título judicial ou extrajudicial (arts.139, IV, 537 e 814, CPC). Como é possível a utilização de prisão civil, obviamente é possível a utilização de multa coercitiva ou outra técnica de indução ou sub-rogação.

3.1 Da prisão civil do devedor de alimentos na pandemia

Atualmente o Brasil passa por um dos momentos mais dramáticos das últimas décadas, por conta da pandemia de Covid-19, que afetou diretamente a esfera econômica do país, elevando os índices de desemprego em todos os setores da sociedade,

especialmente a classe dos trabalhadores. Ademais, com a chegada do Covid-19 ao Brasil, o judiciário teve que se adaptar às medidas de distanciamento social, tanto que os tribunais foram acionados para enfrentar uma série de questões inéditas relacionadas à crise sanitária.

Desde o princípio, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) precisou se manifestar sobre as implicações da pandemia no sistema prisional, buscando o equilíbrio entre a prevenção da doença, a proteção dos direitos fundamentais do preso e o interesse social tutelado na decisão que levou ao encarceramento – seja para cumprimento de pena, seja em caráter provisório ou até mesmo pela falta de quitação de pensão alimentícia.

Diante dessa situação, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Recomendação 62/2020, que no seu art 6º aconselha o seguinte:

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.

O texto do dispositivo acima sugere a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pela Covid-19 no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional e do sistema socioeducativo. Segundo o CNJ, as recomendações têm como finalidades a proteção da vida e da saúde das pessoas, a redução dos fatores de propagação do vírus e a garantia da continuidade da prestação jurisdicional.

Imediatamente após a publicação da primeira recomendação, advogados de todo o país começaram a invocá-la em pedidos de habeas corpus, muitos dos quais chegaram ao STJ.

No dia 19 de março de 2020, a ministra Nancy Andrighi determinou que um devedor de pensão alimentícia deixasse a prisão civil em regime fechado, passando para a prisão domiciliar. Segundo a ministra, a Recomendação 62/2020 autorizou a substituição do regime fechado ao devedor de alimentos pelo regime domiciliar, para evitar a propagação da doença.

Diante desse cenário, é preciso dar imediato cumprimento à recomendação do CNJ, como medida de contenção da pandemia causada pelo coronavírus", afirmou a magistrada (*processo em segredo de Justiça*).

3.2 Prorrogação da recomendação nº 62/2020

No dia 10 de junho de 2020 foi sancionada a Lei nº 14.010/2020, cujo artigo 15, estabeleceu que até 30 de outubro de 2020, a prisão civil por dívida alimentícia deveria ser

cumprida exclusivamente sob a modalidade domiciliar, sem prejuízo da exigibilidade das respectivas obrigações"

Pode-se observar que a lei anterior perdeu sua eficácia em 30/10/2020, contudo, a Recomendação nº 91/2021 do CNJ prorrogou a vigência da Recomendação 62/2020 até 31/12/2021, senão veja-se:

Art. 1º Recomendar aos tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas adicionais à propagação da infecção pelo novo Coronavírus e suas variantes – Covid-19, no âmbito dos estabelecimentos do sistema prisional, do sistema socioeducativo e Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico (HCTPs), considerando o atual contexto epidemiológico no país.

§ 1º As disposições da Recomendação CNJ nº 62/2020 e suas atualizações permanecem aplicáveis no que couber, até 31 de dezembro de 2021, competindo a cada autoridade judicial e tribunal compatibilizá-las com o contexto epidemiológico local e a situação concreta dos casos analisados, devendo ser observado que as medidas previstas nos arts. 4º e 5º da Recomendação nº 62/2020 não se aplicam às pessoas condenadas por crimes previstos na Lei nº 12.850/2013 (organização criminosa), na Lei nº 9.613/1998 (lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores), contra a administração pública (corrupção, concussão, prevaricação etc.), por crimes hediondos ou por crimes de violência doméstica contra a mulher.

À vista disso, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) considerou que o contexto da pandemia da Covid-19 ainda não permite que o devedor de alimentos seja encarcerado.

Entretanto, o colegiado estabeleceu que o credor dos alimentos deve decidir se será adotado o regime domiciliar ou o adiamento da medida para posterior prisão fechada, isso porque a 3ª Turma entende que ele tem mais conhecimento sobre as características do devedor e o melhor modo de fazê-lo cumprir a obrigação.

Decisão essa que foi tomada no julgamento de um Habeas Corpus em que ficou estabelecido que o credor dos alimentos será intimado para indicar a sua escolha, sem prejuízo da aplicação das medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias previstas no artigo 139, inciso IV, do Código de Processo Civil.

A ministra Nancy Andrichi, relatora do HC, alertou para o fato de que também não se pode, em todas as hipóteses, simplesmente adiar o cumprimento da prisão fechada para um período futuro, pois não há previsão do momento em que ela poderá ser efetivada.

3.3 Ineficácia da prisão em regime domiciliar

Cumpra salientar o entendimento do STJ em decisão anterior, no qual o relator do caso, o ministro Villas Bôas Cueva, destacou que a concessão de prisão domiciliar aos alimentantes inadimplentes relativizaria o disposto no artigo 528, parágrafos 4º e 7º, do CPC/15, que autoriza a prisão civil em regime fechado quando devidas três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo.

Afirmou ainda, que, de fato, é necessário evitar a propagação do coronavírus, porém afirmou que "assegurar aos presos por dívidas alimentares o direito à prisão domiciliar é medida que não cumpre o mandamento legal e que fere, por vias transversas, a própria dignidade do alimentando"

Essa foi a justificativa apresentada pela 3ª Turma do STJ para que não fosse substituído o encarceramento pelo convívio social. Sendo que ainda se alegou por fim, que:

A excepcionalidade da situação emergencial de saúde pública permite o diferimento (adiamento) provisório da execução da obrigação cível enquanto durar a pandemia. A prisão civil suspensa terá seu cumprimento no momento processual oportuno, já que a dívida alimentar remanesce íntegra. Essa medida resguarda a dignidade do alimentando que, em regra, é vulnerável. STJ. 3ª Turma. HC 574.495-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 26/05/2020 (Info 673).

Ademais, a 1ª Câmara de Direito Privado do Tribunal Paulista, em sentido semelhante ao estabelecido pelo STJ, reconheceu que a pandemia do novo Coronavírus segue bastante crítica, "com números absurdamente crescentes de mortalidade, sendo mantido o estado de alerta frente à pandemia", exigindo o diferimento da ordem de prisão do devedor.

Assinalou, entretanto, que a prisão domiciliar não é eficaz, pois a maioria da população já cumpre confinamento social em prol da coletividade. Ou seja, no entendimento do Tribunal, faltaria à medida a coercitividade necessária para persuadir o devedor a adimplir o débito alimentar.

Nesse sentido, é o entendimento de Azevedo (2012, p. 35) que aduz:

A prisão civil por dívida é o ato de constrangimento pessoal, autorizado por lei, mediante segregação celular do devedor, para

forçar o cumprimento de um determinado dever ou de determinada obrigação.

Destarte, a prisão civil do devedor de alimentos se apresenta como a solução mais adequada, para a execução da obrigação alimentícia, posto que coage fisicamente o alimentante inadimplente ao cumprimento de sua obrigação.

4 CONCLUSÃO

No presente trabalho foi abordado algumas noções básicas sobre a definição dos alimentos, bem como foi demonstrado a importância desses alimentos para que o ser humano tenha uma vida digna. Conforme o deslinde do trabalho verificou-se que a palavra alimentos vai muito além do que uma simples alimentação, de modo que seu conceito é bem abrangente. Além disso, foi tratado a respeito sobre o direito aos alimentos, onde foi esclarecida a diferença entre o direito aos alimentos e obrigação alimentar.

Em seguida foi abordado de forma resumida as características dos alimentos, onde se observou que o caráter mais importante é o personalíssimo, pois visa atender as necessidades de uma determinada pessoa pelo vínculo existente entre ela e o alimentante. Logo após, foi apontado os pressupostos da obrigação alimentar, tendo em vista, que só poderá ser concedida se for obedecido alguns requisitos estabelecidos em lei.

No que tange aos modos da execução da obrigação alimentar, observou-se que existem dois procedimentos para a execução dos alimentos, sendo a execução através de títulos judiciais e extrajudiciais, em outras palavras, caso o alimentante deixe de cumprir a obrigação que lhe foi incumbida, caberá ao credor fazer a cobrança dos alimentos por meio dos procedimentos supracitados.

Posteriormente, com a chegada do Covid-19 ao Brasil, foi possível observar que os tribunais precisaram se manifestar acerca das implicações da pandemia no sistema prisional, visando proteger o interesse social, tanto do preso que estava cumprindo a pena em caráter provisório, quanto do indivíduo que foi preso pelo inadimplemento de pensão alimentícia.

Por fim, constatou-se que o entendimento da 3ª turma do STJ em suspender a prisão civil durante a pandemia fere diretamente a dignidade do alimentando, uma vez que não se sabe até quando a pandemia irá se perdurar, em razão disso, muitos devedores de pensão alimentícia estão em liberdade sem prestar a devida assistência ao alimentando. Diante disso, verificou-se que a melhor solução para o problema seria a manutenção da prisão civil, tendo em vista que é o meio coercitivo necessário para que o devedor do débito alimentar cumpra sua obrigação.

5 REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Prisão civil por dívida*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos de personalidade**. São Paulo-Rio de Janeiro: Forense, 1989.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 01 junh. 2021.

BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 26 mai. 2021.

BRASIL. Lei 13.105, 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 23 abr. 2021.

CNJ. Recomendação nº 62 de 17 de março de 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

CNJ. Recomendação nº 91 de 15 de março de 2020. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3785>. Acesso em 06 junh. 2021.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 16.

CAHALI, Yussef Said. *Dos alimentos*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pág. 16

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 4 ed. rev., ampl. e atual. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. Pág. 721.

CAHALI, Yussef Said. **Dos Alimentos**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Famílias**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze, FILHO, Rodolfo Pamplona. – **Novo curso de direito civil, volume 6: direito de família: as famílias em perspectiva constitucional** – 4. Ed. Ver. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Orlando. Direito de Família. 11^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Pág. 427

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Direito Civil brasileiro, volume 6: direito de família – de acordo com a Lei n. 12.874/2013** / – 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões**. 6. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MADALENO, Rolf, Direito de família. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro : Forense, 2018.

MARINONI, Luís Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 3 ed.rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1221.

REsp 1557248/MS, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 06.02.2018, DJe 15.02.2018).

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 349703 RS. Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ: 03/12/2008. **JusBrasil**, 2009. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716550/recurso-extraordinario-re-349703-rs>. Acesso em: 08 junh. 2021.

STJ. Pandemia trouxe novos desafios ao judiciário. 2021. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14032021-Pandemia-trouxe-novos-desafios-ao-Judiciario-na-analise-da-situacao-dos-presos.aspx>. Acesso em: 06 jun.2021.

STJ. HABEAS CORPUS: HC 53068 MS 2006/0013323-4. Relator: Ministra Nancy Andrighi. DJ:22/03/2006. **JusBrasil**, 2006. Disponível em:

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7166115/habeas-corpus-hc-53068-ms-2006-0013323-4-stj/relatorio-e-voto-12897123?ref=juris-tabs>. Acesso em: 09 junh. 2021.

STJ. HABEAS CORPUS: HC 645640 SC 2021/0044680-2. Relator: Ministra Nancy

Andrighi.DJe: 26/03/2021. **JusBrasil**, 2021. Disponível em:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1205680079/habeas-corporus-hc-645640-sc-2021-0044680-2/inteiro-teor-1205680101>. Acesso em: 09 junh. 2021

STJ. HABEAS CORPUS: HC 0090455 SP 2020/0090455-1. Relator: Ministro Ricardo Villas BôasCueva. DJe: 01/06/2020. **JusBrasil**, 2020. Disponível em:<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/868173449/habeas-corporus-hc-574495-sp-2020-0090455-1/inteiro-teor-868173457?ref=juris-tabs>. Acesso em 09 junh. 2021.

TJ-SP. HABEAS CORPUS: HC 2103015-19 SP 2021/210315-19. Relator Francisco Loureiro. 1ªCâmara de Direito Privado: 02/06/2021. **JusBrasil**, 2021. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1226346467/habeas-corporus-civel-hc2103015192021826000-sp-2103015-1920218260000/inteiro-teor-1226346489>. Acesso em 09 junh. 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha, **“Teoria Geral dos alimentos”** in Francisco José Cahali. **Alimentos no Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.12.

SAID CAHALI, Yussef – **Dos alimentos**– 6. ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009

SANTOS, Sérgio Nunes dos. Alimentos: obrigação alimentícia e dever de sustento face à súmula 358 do STJ. 2012. Disponível em: < <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-105/alimentos-obrigacao-alimenticia-e-dever-de-sustento-face-a-sumula-358-do-stj/>>. Acesso em: 27.outu.2021

O CRIME DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

MICHELLY DE JESUS GUIMARÃES:

Acadêmica de Direito na Universidade de Gurupi UnirG.

ANDRÉ HENRIQUE OLIVEIRA LEITE¹

(orientador)

RESUMO: Sancionada em 28 de julho de 2021, a Lei nº 14.188/2021 é mais uma norma que visa proporcionar a dignidade humana e os direitos das mulheres previstos nas leis nacionais e tratados internacionais de que o Brasil é signatário. Dentre seus dispositivos está a inclusão de um novo tipo ao Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940): o crime de violência psicológica contra a mulher, previsto no artigo 147-B. Esse tipo penal pune aquele ou aquela que causar à mulher algum dano emocional que prejudique sua saúde psicológica por meios diversos. Haja vista se tratar de um novo delito, o objetivo da pesquisa é estudar o crime de violência psicológica e apontar suas elementares e caracterização segundo o ordenamento jurídico posto. A elaboração da pesquisa foi pautada em material bibliográfico e desenvolvida através de método qualitativo e de natureza exploratória. A pesquisa, após analisar a tipificação legal foi conclusivo ao demonstrar em quais condições a conduta de um agente será caracterizada como violência de psicológica.

Palavras-chave: Mulher. Crime. Violência Psicológica. Lei 14.188/2021.

ABSTRACT: Sanctioned on July 28, 2021, Law No. 14.188/2021 is another rule that aims to provide human dignity and women's rights provided for in national and international laws to which Brazil is a signatory. Among its provisions is the inclusion of a new type to the Brazilian Penal Code (Decree-Law No. 2,848/1940): the crime of psychological violence against women, provided for in article 147-B. This criminal type punishes the person who causes the woman some emotional damage that harms her psychological health by different means. Since it is a recent crime, the objective of the research is to study the crime of psychological violence and point out its elementary and characterization according to the established legal system. The elaboration of the research was based on bibliographic material and developed through a qualitative and exploratory method. The research, after analyzing the legal classification, was conclusive in demonstrating under which conditions the behavior of an agent will be characterized as psychological violence.

¹ Professor Orientador do Curso de Direito na Universidade de Gurupi UnirG.

Keywords: Woman. Crime. Psychological violence. Law 14.188/2021.

Sumário: 1. Introdução - 2. Materiais e Método. 3. A Proteção Legal Dada à Mulher no Brasil. 4. Definição Legal de Violência Psicológica. 5. Aspectos que Ensejaram a Criação Da Lei 14.188/2021. 6. O Crime de Violência Psicológica. 7. Apontamentos Críticos Quanto a Tipificação e Caracterização do Crime de Violência Psicológica. 8. Considerações finais. 9. Referências.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro rechaça qualquer ato de violência praticado contra a mulher em qualquer ambiente, inclusive o doméstico. Estes atos, quando cometido dá ao depoimento da vítima maior relevância probatória, conforme disposições contidas na Lei Maria da Penha.

Além de reconhecer direitos e dispor sobre o procedimento de apuração de atos de violência e familiar, a Lei delimita e define as espécies de violência nela compreendidas: a física, moral, sexual, patrimonial e psicológica.

Quanto a esta última, apesar de ser reconhecida como uma espécie de violência contra a mulher desde o ano de 2006, quando sancionada a mencionada Lei, foi somente em 2021 que se tornou um crime específico, previsto no artigo 147-B do Código Penal.

Foi através da Lei 14.188 de julho de 2021 que o crime de violência psicológica contra a mulher passou a ser previsto no Código Penal. Antes dele, as condutas compreendidas no conceito de violência psicológica configuravam outros crimes como ameaça, injúria e etc.

A partir da nova lei, esse crime é próprio e pune com reclusão de seis meses a dois anos quem causa dano emocional e prejuízo à saúde psicológica da mulher por seu ato que pode ser variado.

Diante da recente previsão legal, a pesquisa objetiva estudar o crime de violência psicológica contra a mulher a pontar sua caracterização, procedimento e consequências penais na prática.

Para isso, a pesquisa foi desenvolvida segundo o método dedutivo, partindo das premissas gerais sobre o tema, que é a proteção legal dada à mulher no Brasil para depois definir o crime contido no artigo 147-B e apontar ao final os avanços da lei e os obstáculos que podem dificultar a aplicação prática do tipo penal.

MATERIAIS E MÉTODO

A pesquisa científica sobre o crime de violência psicológica foi elaborada através de materiais bibliográficos e teóricos, publicados em doutrinas, jurisprudências e artigos digitais já disponíveis na literatura, sem intervenção direta a outros seres humanos.

O método adotado foi o dedutivo, partindo dos aspectos gerais da violência psicológica para então abordar sua recente tipificação penal. Os materiais, publicados no Brasil nos últimos anos e obtidos de forma não onerosa, serão analisados segundo o método qualitativo de texto, com o estudo dos textos e confronto das informações coletadas.

Quanto ao seu objetivo, a pesquisa é de natureza exploratória, já que tem como intuito estudar o crime de violência psicológica, inserido recentemente no Código Penal Brasileiro.

1 A PROTEÇÃO LEGAL DADA À MULHER NO BRASIL

O artigo 5º da Constituição Federal reconhece expressamente que todos são iguais perante a lei e que cabe ao Estado garantir os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana de todos que estejam em território nacional (BRASIL, 1988).

Contudo é inegável que existem parcelas da população que, além das normas gerais, necessitam ainda de outras leis que garantam a efetivação de seus direitos, como é o caso das mulheres.

Isso porque a igualdade tratada na Carta Magna não é apenas a igualdade formal e sim a material, consubstanciada no ideal de “tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades” (LENZA, 2018, p. 1.106).

O ordenamento pátrio busca assegurar às mulheres seus direitos fundamentais, que por muitos anos foram negligenciados em razão dos costumes que permeavam a vida em sociedade.

Historicamente, as mulheres permaneciam à mercê de seus maridos e pais, que a tinham como propriedade. Este cenário mudou em razão da luta das mulheres pela igualdade de direitos.

Hoje em dia, as mulheres são reconhecidamente iguais em direitos e deveres e merecem a proteção do Poder Público e da sociedade em geral, dever este reconhecido internacionalmente por meio da Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher promulgada pela Organização das Nações Unidas no ano de 1979 e recepcionada em território nacional por meio do Decreto nº 4.377/2002.

Com o objetivo de compensar desigualdades históricas entre os gêneros masculino e feminino, e de modo a estimular a inserção e inclusão desse grupo socialmente vulnerável nos espaços sociais, promovendo-se, assim, a tão desejada isonomia constitucional entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I), esta Convenção passou a prever a possibilidade de adoção de ações afirmativas (“discriminação positiva”). Afinal, a promoção da igualdade entre os sexos passa não apenas pelo combate à discriminação contra a mulher, mas também pela adoção de políticas compensatórias capazes de acelerar a igualdade de gênero (LIMA, 2016, p. 897).

Conforme estabelecido em Convenção, os países devem condenar qualquer ato de discriminação contra as mulheres e criar políticas destinadas a eliminar tais situações (BRASIL, 2002).

Para atender a esta determinação, existem leis em vigor que tratam especificamente da criminalização de condutas de violência e discriminação contra a mulher. Dentre elas está a Lei Maria da Penha (11.340/2006), em vigor há 15 anos.

Ao criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, a Lei n. 11.340/2006, denominada popularmente “Lei Maria da Penha”, veio com a missão de proporcionar instrumentos adequados para enfrentar um problema que aflige grande parte das mulheres no Brasil e no mundo, que é a violência de gênero. A violência de gênero é uma das formas mais preocupantes de violência, já que, na maioria das vezes, ocorre no seio familiar, local onde deveriam imperar o respeito e o afeto mútuos (ANDREUCCI, 2017, p.783).

É por meio da Lei Maria da Penha que os atos de violência contra mulher praticados no âmbito doméstico e familiar são punidos de forma mais rigorosa, por meio de aplicação de penas privativas de liberdade que sejam condizentes à gravidade da conduta do agente delinquente.

Além das sanções penais, outra importante função da Lei 11.340/2006 é a de definir os tipos de violência contra mulher, dentre elas a violência psicológica.

2 DEFINIÇÃO LEGAL DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

A violência psicológica é uma das espécies de violência praticada contra a mulher compreendida pela Lei Maria da Penha e que foi por ela definida em seu artigo 7º, inciso II.

Eis sua definição legal:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

[...]

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;(Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018) (BRASIL, 2006).

Complementando a definição legal, Renato Brasileiro de Lima leciona:

Por meio desta espécie de violência, vez por outra inclusive mais grave que a violência física, o agressor procura causar danos emocionais à mulher, geralmente por meio de ameaças, rejeições, humilhações ou discriminações, objetivando não apenas diminuir sua auto-estima, como também prejudicar seu pleno desenvolvimento. Crimes como o constrangimento ilegal (CP art. 146), a ameaça (CP, art. 147), e o sequestro e cárcere privado (CP, art. 148), podem ser citados como exemplos de infrações penais que materializam essa violência psicológica (LIMA, 2016, p. 912).

Portanto, psicológica é aquela violência em que atos afetam a saúde emocional da mulher. São condutas que controlam, inibem e interferem no comportamento da vítima, que temendo seu agressor, deixa de praticar determinado ato ou conduta. Ela pode acontecer de formas variadas: através de ameaças, restrições, vigilância, perseguições, manipulação, constrangimento, dentre outros.

Apesar de já definida no ordenamento desde o ano de 2006, a violência psicológica tornou-se efetivamente um crime recentemente, por meio da aprovação da Lei nº 14.188/2021.

3 ASPECTOS QUE ENSEJARAM A CRIAÇÃO DA LEI 14.188/2021

Conforme já destacado anteriormente, a violência psicológica contra a mulher é uma conduta criminalizada pela Lei Maria da Penha desde o ano de 2006, contudo foi em 2021 que ela tornou-se um crime de fato, com previsão legal específica.

A Lei aprovada é oriunda do Projeto de Lei nº 741/2021 da Câmara dos Deputados, de iniciativa das Deputadas Federais Margarete Coelho (PP/PI) e Soraya Santos (PL/RJ) em março deste ano, propondo a alteração do Código Penal, da Lei de Crimes Hediondos e Lei Maria da Penha para dispor sobre outras medidas de combate à violência contra a mulher, que em sua justificativa continha os seguintes argumentos:

Sob esse intento, medidas no sentido de reprimir condutas atentatórias contra a saúde psicológica das mulheres e sua liberdade mostram-se essenciais, inclusive em razão do avanço das novas tecnologias e da multiplicidade de formas de cometimento de perseguição às mulheres — como os casos de perseguição e de *cyberstalking*, que se multiplicam em uma realidade na qual as pessoas estão cada vez mais conectadas. Nesse mesmo sentido, a violência psicológica, por não apresentar marcas físicas visíveis, é uma das formas mais frequentes de agressão à mulher, representando o segundo maior tipo de violência doméstica sofrida, segundo revela pesquisa realizada pelo Senado Federal.⁶ Por essas razões, tenciona-se a tipificação do crime de perseguição ("*stalking*"). Ademais, pretende-se a tipificação do crime de violência psicológica, bem como a previsão de que a possibilidade de ocorrência desta violência seja motivação suficiente a afastar o agressor do local de convivência com a ofendida (BRASIL, PL 741/2021).

Após tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, a Lei nº 14.188/2021 foi sancionada pelo Presidente da República no dia 28 de julho de 2021, trazendo em seu texto legal a inclusão de um novo tipo penal: o crime de violência psicológica, previsto no artigo 147-B do Código Penal; a alteração da pena de lesão corporal quando praticada contra vítima mulher em razão de sua condição de gênero e a definição do programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica, como um instrumento de enfrentamento da violência praticada contra a mulher no âmbito doméstico e familiar (BRASIL, 2021).

Dentre as inovações trazidas pela Lei 14.188/2021 está a criação do crime de violência psicológica contra a mulher, que é o tema analisado e debatido neste estudo científico.

Como se nota na justificativa do Projeto de Lei, o propósito da norma é criar novos mecanismos que punam o agressor e que iniba a prática de atos de violência contra a

mulher, que segundo dados oficiais, ocorrem no Brasil em índices elevados. No caso do crime de violência psicológica, o objetivo é de criminalizar uma conduta específica que antes não se encaixava completamente aos demais tipos penais.

A criação de um tipo penal específico se deu para tornar efetivamente passível de pena os atos de violência psicológica, que antes precisava se enquadrar nas condutas de injúria ou difamação, crimes contra a honra previstos no Código Penal que muitas vezes não correspondiam às situações enfrentadas pela vítima. Agora que existe o crime de violência psicológica, a mulher que for vítima dessa conduta terá condições de relatar o crime e dele ser processado e julgado pela autoridade competente (HOFLING apud SALIBA, 2021, p.1).

Embora a Lei Maria da Penha contemple a violência psicológica no art. 7º, inc. II, até a entrada em vigor da Lei n. 14.188/2021 não havia no ordenamento jurídico brasileiro um tipo penal correspondente. Era contraditório constar expressamente essa forma de violência em uma das leis mais conhecidas e importantes do país, que a define como uma “violação dos direitos humanos” (art. 6º) e, ao mesmo tempo, a conduta correspondente não configurar necessariamente um ilícito penal. Diversas condutas consistentes em violência psicológica – como manipulação, humilhação, ridicularização, rebaixamento, vigilância, isolamento – não configuravam, na imensa maioria dos casos, infração penal. Apesar de serem ilícitos civis, não configuravam crime. Não raras vezes, vítimas compareciam perante autoridades para registrar boletins de ocorrência por violência psicológica e eram informadas de que a conduta não configurava infração penal (sequer contravenção) (FERNANDES, ÁVILA E CUNHA, 2021, p.1).

A existência de um tipo específico que pune a violência psicológica praticada contra a mulher “evitará que a omissão normativa sirva de gatilho para impunidade, pois haverá literalidade da lei para contemplar tais condutas” (BIALSKI apud SALIBA, 2021, p.1).

Foi por esses motivos que a Lei 14.188/2021 foi sancionada e entrou em vigor no ordenamento jurídico, dispondo sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar e criando um tipo específico de crime de violência psicológica contra a mulher, cujos aspectos doutrinários e legais serão agora apontados.

4 O CRIME DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

O crime de violência psicológica inserido no Código Penal por meio da Lei nº 14.188/2021 está previsto no artigo 147-B da norma que dispõe:

Violência psicológica contra a mulher

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave (BRASIL, 1940).

O delito foi inserido no Código entre os delitos cometidos contra a liberdade pessoal do indivíduo e pode ser praticado fora do ambiente doméstico e familiar.

A liberdade que aqui se protege compreende o querer, o determinar-se, o agir, o movimentar-se, a casa, a correspondência, o segredo de certas formas de atividade individual e a essência civil do homem livre. O delito consiste na lesão ou exposição a perigo de qualquer dessas manifestações de liberdade. (NORONHA apud CAPEZ, 2018, p. 264).

O Crime previsto no artigo 147-B tem como bem jurídico tutelado é a saúde psicológica da vítima e busca impedir que a vítima sofra qualquer dano ou abalo mental.

São várias as situações que caracterizam o crime de violência psicológica, estando as principais delas enumeradas no tipo penal, assim explicadas por Rogério Sanches da Cunha:

mediante ameaça (promessa de mal injusto e grave), constrangimento (insistência importuna), humilhação (rebaixamento moral), manipulação (manobra para influenciar a vontade), isolamento (impedimento da convivência com outras pessoas), chantagem (pressão sob ameaça de utilização de fatos criminosos ou imorais, verdadeiros ou falsos), ridicularização (escarnecimento, zombaria, que não passa de uma forma de humilhação), limitação do direito de ir e vir (restrição da livre movimentação) ou qualquer outro meio que cause prejuízo à saúde psicológica e autodeterminação (FERNANDES, ÁVILA E CUNHA, 2021, p.1).

Este delito traz em seu texto um crime de natureza exemplificativa, cuja configuração pode se dar pelas condutas descritas no artigo 147-B e explicadas acima ou por “qualquer outro meio que cause prejuízo” (BRASIL, 1940) a saúde mental da mulher.

Qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do crime, contudo a vítima sempre será uma mulher, aqui compreendido o gênero feminino e não apenas o sexo biológico. Portanto, o sujeito passivo é próprio, não existindo hipótese de se configurar o delito de violência psicológica contra um homem já que o crime pune o ato cometido contra a mulher.

O crime será consumado quando o agente provocar o dano emocional à vítima, de modo que nada impede a sua caracterização na modalidade tentativa caso o agente seja impossibilitado de praticar a conduta por circunstâncias alheias que o impeça de consumir o ato. Trata-se de conduta punível apenas na modalidade dolosa, isto é, com o animus de humilhar, ameaçar, constranger e etc. a vítima (FERNANDES, ÁVILA E CUNHA, 2021).

Como não existe expressa previsão em contrário, o crime de violência psicológica é de ação penal pública incondicionada, em que “o Ministério Público, havendo prova da materialidade e indícios de autoria delitiva, puder ajuizar a ação penal independentemente da autorização de quem quer que seja (ESTEFAM, 2018, p.574)”.

Caso condenado, o autor do crime será punido com pena de reclusão que pode variar de mínima de 06 (seis) meses à máxima de 02 (dois) anos e multa. É importante ressaltar que a pena descrita no artigo 147-A somente será aplicada quando a violência psicológica não configurar outro delito que possua maior gravidade (BRASIL, 1940).

O crime será processado segundo as determinações da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95) apenas quando a violência doméstica não for praticada em âmbito doméstico e familiar, posto que o artigo 41 da Lei 9.099/95 veda a aplicação da Lei dos Juizados às condutas compreendidas pela Lei Maria da Penha (CALVACANTE, 2021).

5 APONTAMENTOS CRÍTICOS QUANTO A TIPIFICAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

Inserido recentemente no rol das condutas criminalizadas pelo ordenamento brasileiro, o crime de violência psicológica e sua aplicabilidade é um tema em debate entre os operadores do direito que atuam na área criminal.

O avanço que essa Lei trouxe para o ordenamento jurídico é reconhecido, diante do aumento de casos de violência contra a mulher nos últimos anos, situação que comprova a necessidade de se criar novos meios de coibir a sua ocorrência.

Apesar disso, existem críticas ao texto legal do crime de violência psicológica, que para alguns advogados criminalistas, foi aberta demais, correndo risco de ser declarada inconstitucional por afrontar o princípio da legalidade (MARANHAO apud SALIBA, 2021).

O texto do artigo 147 – B é muito abrangente, uma vez que não especifica os danos de maneira taxativa, abrindo margem às mais diversas interpretações, vejamos: o texto prevê que causar danos psicológicos à mulher que a prejudique ou perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio. O problema da configuração do texto em si, como já mencionado, é seu formato exemplificativo, por exemplo, como será provado que a vítima foi manipulada, ou qual o grau de constrangimento que será necessário para a adequação do delito? Além disso, o seguinte trecho: “em qualquer outro meio em que cause prejuízo a saúde psicológica e auto determinação da mulher” ratifica o rol, meramente taxativo e pode acabar por dificultar a individualização dos delitos (FERNANDES, 2021, p.1).

Para o Juiz Alexandre Morais da Rosa, o crime foi indevidamente inserido no rol dos crimes contra a liberdade individual enquanto que o bem jurídico protegido pelo tipo é a conduta de causar o dano psicológico, conduta que está além da restrição da sua liberdade e compreende a sua integridade mental (ROSA apud SALIBA, 2021).

Lado outro, ainda que possa ter erroneamente sido inserida no Capítulo VI do CP, a sua criação põe fim à lacuna antes existente e dá ao julgador o meio de aplicar a sanção ao agente que comete a violência psicológica e causa dano à mulher por meio de sua conduta.

No tocante à sua configuração, o crime irá se caracterizar através da prática dos atos de “ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio”(BRASIL, 1940), devendo estar comprovado nos autos o prejuízo causado à autodeterminação ou saúde psicológica da mulher.

Rogério Sanches da Cunha, ao dispor sobre as provas da violência psicológica aborda um aspecto essencial no processo de apuração do crime de violência psicológica que é comumente questionado pela acusação da defesa: a desnecessidade de realização de laudo técnico comprobatório de danos psicológicos. Assim argumenta o autor:

A prova do resultado pode ser feita pelo depoimento da ofendida, por depoimentos de testemunhas, relatórios de atendimento médico, relatórios psicológicos ou outros elementos que demonstrem o impacto do crime para o pleno desenvolvimento da mulher, o controle de suas ações, o abalo de sua saúde psicológica ou algum impedimento à sua autodeterminação. Considerando que o resultado do crime não é a lesão à saúde psíquica, mas o dano emocional (dor, sofrimento ou angústia significativos), laudos técnicos não são necessários (FERNANDES, ÁVILA E CUNHA, 2021, p.1).

Portanto, a prova da violência psicológica se dá por meio do contexto probatório coletado, sendo dispensável a existência de um laudo. Se o fato é comprovado por depoimentos da vítima e de testemunhas e se está demonstrado o abalo psicológico descrito no tipo penal não há motivo para exigir um laudo técnico na instrução processual.

Comprovada a prática dessas condutas, caracterizada estará a violência psicológica, que pode se dar por meio de uma conduta única por sua prática reiterada. Ainda que ocorra por mais de uma vez, não será necessário que a vítima registre várias notícias crime, basta que informe ao Delegado o período de tempo em que elas foram praticadas.

Uma vez processada e julgada a conduta do agente, se restar demonstrado pelas provas que o acusado cometeu o delito, ele será condenado às sanções legais estabelecidas no artigo 147-B do Código Penal. Entretanto, se a violência psicológica for praticada como meio de cometer um delito mais grave, afasta-se a pena do artigo 147-B para aplicar a sanção do outro delito.

São esses, grosso modo, os apontamentos doutrinários destacados pelos juristas brasileiros na interpretação do crime de violência psicológica, conduta que apesar de definida em lei há mais de 15 anos, somente foi reconhecida como crime específico há poucos meses atrás.

Com o passar do tempo, esses apontamentos iniciais irão ser solidificar com a análise do Julgador sobre os casos de violência psicológica que serão processados nas varas criminais de todo o Brasil. Por enquanto, espera-se que esse tipo penal e as demais inovações trazidas pela Lei 14.188/2021 sejam ferramentas efetivas no combate às violências praticadas contra a Mulher no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa científica destacou a preocupação do Constituinte em assegurar à mulher a igualdade em direitos em relação aos homens, igualdade esta que se consolida através de leis específicas que garantam a dignidade humana da mulher.

A mulher não pode ser vítima de violência alguma, direito que lhe deve ser resguardado dentro de sua casa. Para que isso ocorra, está em vigor no Brasil desde o ano de 2006 a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006), que pune com rigor os atos de violência física, patrimonial, moral, sexual e psicológica cometida no ambiente doméstico ou familiar.

Em 2021, outra lei foi sancionada para reforçar essa proteção: a Lei nº 14.188 traz em seu bojo outros dispositivos para coibir e punir com eficácia os atos de violência contra a mulher.

O índice elevado de casos e a impunidade do agressor foram os fatores que desencadearam a criação desta lei. Dentre suas inovações está a inclusão do artigo 147-B ao Código Penal, que criou o crime de violência psicológica contra a mulher.

Com pena de reclusão de dois meses a seis anos e multa, o delito acima citado objetiva proteger a saúde psicológica da vítima e pune aquele que causar à mulher um dano ou abalo psicológico que afete sua saúde mental.

A sua importância e necessidade é reconhecida pela doutrina, contudo ainda existem questionamentos práticos quando a sua caracterização, por ser um crime que possui um conceito aberto, já que pode se caracterizar através de várias condutas.

Decorridos apenas três meses de sua inclusão no Código Penal, as críticas permanecem ainda sem solução, contudo é certo que tais questionamentos serão solucionados pela jurisprudência através da análise dos casos concretos. O que se espera é que a Lei alcance seu objetivo e que a violência psicológica contra a mulher, quando praticada, seja punida segundo o rigor da Lei.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação penal especial**. – 12. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 25 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. **Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga**

o **Decreto nº 89.460, de 20 de março de 1984.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em: 28 set. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. **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; e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 27 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.188, de 28 de julho de 2021. **Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14188.htm>. Acesso em: 12 out. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 741, de 2021.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, e a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para dispor sobre medidas de combate à violência contra a mulher, e cria o Programa de Cooperação "Sinal Vermelho Contra a Violência Doméstica". NOVA EMENTA: Define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher previstas na Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), e no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), em todo o território nacional; e altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para modificar a modalidade da pena da lesão corporal simples cometida contra a mulher por razões da condição do sexo feminino e para criar o tipo penal de violência psicológica contra a mulher. Situação: Aprovado pelo Congresso Nacional e sancionado integralmente. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-741-2021>>. Acesso em: 12 out. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 2, parte especial** : arts. 121 a 212 — 18. ed. atual. — São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Comentários à Lei 14.188/2021: crime de violência psicológica, nova qualificadora para lesão corporal por razões da condição do sexo feminino e programa Sinal Vermelho. **Dizer o Direito**, 20 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2021/07/comentarios-lei-141882021-crime-de.html>>. Acesso em: 15 out. 2021.

ESTEFAM, André. **Direito penal**: parte geral (arts. 1º a 120). – 7. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

FERNANDES, Matheus Outeda. Aspectos jurídicos da lei 14.188 de 28 de julho de 2021. **Jus.com**, 2021. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/92209/aspectos-juridicos-da-lei-14-188-de-28-de-julho-de-2021>>. Acesso em: 19 out. 2021.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance; ÁVILA, Thiago Pierobom de; CUNHA, Rogério Sanches. Violência psicológica contra a mulher: comentários à Lei n. 14.188/2021. **Meu site jurídico**, 29 de julho de 2021. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/29/comentarios-lei-n-14-1882021/>>. Acesso em: 14 out. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. (Coleção esquematizado) – 22. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação criminal especial comentada**: volume único. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: JusPODIVM, 2016.

SALIBA, Ana Luiza. Especialistas comentam lei que criminaliza a violência psicológica contra a mulher. Revista **Consultor Jurídico**, 30 de julho de 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/especialistas-comentam-lei-criminaliza-violencia-psicologica>>. Acesso em: 12 out. 2021.

TERCEIRIZAÇÃO: CULPA IN VIGILANDO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM CONTRATOS COM AS PRESTADORAS DE SERVIÇOS TERCEIRIZADAS

LUANDREW GOMES MOURA:
Bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Fametro – CEUNI
FAMETRO

RESUMO: O presente estudo trata sobre a terceirização na Administração Pública, na hipótese de impossibilidade comprovada da prestadora dos serviços de satisfazer as obrigações trabalhistas em relação aos seus empregados, em que surge o dever do tomador e beneficiário direto do trabalho em responder subsidiariamente. De início, é apresentada a conceituação e um breve histórico sobre a terceirização no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo informações acerca das normas iniciais que consolidaram a ideia de responsabilização, inclusive no âmbito da Administração Pública, como o Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 e a edição da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que atribuiu responsabilidade subsidiária do tomador de serviços com relação ao inadimplemento dos direitos trabalhistas dos empregados terceirizados. Alterações posteriores dos termos da mencionada Súmula possibilitaram a responsabilização subsidiária da Administração Pública apenas na hipótese quando evidenciada sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, com a devida fiscalização e efetivo acompanhamento da execução do contrato quanto à quitação dos débitos trabalhistas. Após o que, foram analisadas as possibilidades de atribuição de culpa à Administração Pública, que deve ter muita cautela na licitação ao selecionar a empresa, especialmente na análise de exequibilidade da proposta. (*culpa in eligendo*). E a fiscalização dos contratos deve ter um acompanhamento e/ou fiscalização mensal pela empresa da quitação dos débitos trabalhistas. É o efetivo conhecimento e controle da execução do contrato que vai minimizar a responsabilidade da Administração Pública e possíveis condenações futuras na Justiça do Trabalho, almejando que seja afastada a culpa *in vigilando* e, conseqüentemente, sua condenação subsidiária ao pagamento dos créditos trabalhistas que decorrem da terceirização.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Terceirização. Responsabilidade subsidiária da Administração Pública.

ABSTRACT: This study deals with outsourcing in Public Administration, in the event of a proven impossibility of the service provider to meet the labor obligations in relation to its employees, in which the borrower and direct beneficiary of the work is obliged to respond in a subsidiary way. Initially, the concept and a brief history of outsourcing in the Brazilian legal system is presented, bringing information about the initial rules that consolidated the idea of accountability, including in the scope of Public Administration, such as Decree-Law No. 200, of 25th of February 1967 and the edition of Precedent No. 331 of the Superior

Labor Court, which attributed the subsidiary responsibility of the service taker in relation to the non-compliance with the labor rights of outsourced employees. Subsequent amendments to the terms of the aforementioned Precedent allowed the subsidiary liability of the Public Administration only in the event that its negligent conduct in complying with the obligations of Law No. 8666, of 06.21.1993, with due inspection and effective monitoring of the execution of the contract regarding the discharge is evidenced of labor debts. After that, the possibilities of attributing blame to the Public Administration were analyzed, which must be very cautious in the bidding process when selecting the company, especially in the analysis of the feasibility of the proposal. (guilt in eligendo). And the inspection of contracts must have monthly monitoring and/or inspection by the company of the settlement of labor debts. It is the effective knowledge and control of the execution of the contract that will minimize the responsibility of the Public Administration and possible future convictions in the Labor Court, aiming to remove the guilt in vigilando and, consequently, its subsidiary conviction to pay the labor claims arising from the outsourcing.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO – 1. DA TERCEIRIZAÇÃO. 2. CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO. 3. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 72/2013: 4. TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 5. A SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16/2007. 6. CONCLUSÃO. 7. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O tema do presente trabalho consiste em falar sobre terceirização, mais especificamente sobre culpa *in vigilando* da Administração Pública em contratos com as prestadoras de serviços terceirizadas. Pretende-se abordar e aprofundar a terceirização no setor público, quando os encargos trabalhistas não são adimplidos pela empresa prestadora dos serviços contratados pela Administração Pública.

O problema apresentado nesta pesquisa pode ser resumido da seguinte maneira: O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, porém de que forma a atuação do ente fiscalizador pode se mostrar suficiente e satisfatória para atender aos requisitos da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho? A hipótese explorada está na resposta positiva ao problema, em busca de demonstrar que a fiscalização efetiva do ente público pode inibir sua responsabilização, considerando que a Constituição Federal consagra o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil, não sendo razoável que alguém que se beneficiou de forma considerável do trabalho não responda, sob nenhum aspecto, pelos direitos trabalhistas desencadeados desse pacto laboral, o que seria abuso de direito, e vedado pelo ordenamento jurídico. A posição de responsável subsidiário do Ente Público existe para resguardar os direitos individuais e coletivos dos obreiros que colocaram a sua

força de trabalho à disposição e, também, do tomador, que assume, assim como a empresa prestadora de serviço, o risco do empreendimento.

O objetivo central do trabalho consiste em analisar a culpa *in vigilando*, que caracteriza a responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas não cumpridos na contratação de serviços terceirizados. Demonstrar as possibilidades de atribuição de culpa à Administração Pública, tendo em vista a má escolha do prestador de serviços (*culpa in eligendo*) ou a omissão estatal no cumprimento do dever legal de acompanhamento e fiscalização da execução dos contratos (*culpa in vigilando*). Verificar se o ônus de referida prova compete ao trabalhador, que alega a falta de fiscalização, ou ao Ente Público, que afirma que o inadimplemento ocorreu apesar da fiscalização realizada. Explicar que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública não é automática, sendo necessárias contundentes provas de falhas na atividade de fiscalização, as quais devem estar conectadas pelo nexo de causalidade aos danos sofridos pelos empregados terceirizados.

Como se trata de um tema recente, o legislador pátrio somente preocupou-se em disciplinar o fenômeno da terceirização diante do surgimento das novas formas de organização da atividade produtiva, como a amplitude da terceirização das atividades-meio da Administração Pública no Brasil com o intuito de facilitar a execução de suas atividades-fim justificam a importância do tema, de grande relevância no ramo do direito do trabalho e administrativo.

A diversidade de casos de condenação subsidiária de entes públicos nos contratos de terceirização, que depende da análise de cada caso separadamente, buscando a apuração da conduta culposa da Administração, confirmada pela má escolha do prestador de serviços ou pela ausência da adequada fiscalização da execução contratual, vem gerando uma série de iniciativas do Poder Público, como a edição constante de Instruções Normativas e outros instrumentos legais utilizados para regular a fiscalização e execução de contratos.

O efeito da terceirização passou a ser mais encontrado e "aceito" inicialmente nas instituições privadas, pois ficou permitida para além dos casos antes definidos, bastando a atividade não estar relacionada com a atividade-fim da empresa.

Já quando se fala em setor público, constata-se que a terceirização de serviços pela administração pública é aceita e dentro da legalidade quando diz respeito às atividades-meio, não sendo cabível quando for destinada ao exercício de atribuições próprias dos servidores de cargos efetivos próprios dos quadros do respectivo ente contratante, ou para o exercício de funções relativas ao poder de polícia administrativa ou prática de atos administrativos.

A responsabilização subsidiária da Administração Pública vem sendo constante em inúmeros casos sob análise da Justiça do Trabalho, o que merece estudo para que possa ser explicitado pela conduta culposa do órgão público na condução da fiscalização contratual.

1 DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização é uma ferramenta de gestão muito utilizada pelas instituições com vistas à redução de custos e aumento de produtividade e qualidade dos seus produtos ou serviços, pois permite uma maior concentração dos seus esforços em suas atividades-fim para as quais foram estabelecidas, considerando que as atividades-meio são repassadas a outras empresas especializadas na realização daqueles serviços secundários existentes.

Algumas atividades-fim, em casos específicos podem ser repassadas à terceirizadas, como nos casos de trabalho temporário, porém a essência da terceirização é repassar algumas ou todas as atividades acessórias da empresa, de modo que ela possa se dedicar integralmente ao escopo de sua constituição.

2 CONCEITO DE TERCEIRIZAÇÃO

Em todas as instituições, sejam públicas ou privadas, existem atividades a serem realizadas que, em conjunto, servem de “apoio” para a realização ou entrega dos seus serviços ou produtos finais. Atividades que são necessárias, mas que podem ser realizadas por “terceiros”, tais como manutenção, limpeza, conservação, segurança, vigilância, entre outras.

O conceito de terceirização pode ser definido como o processo pela qual a empresa deixar de fazer ou produzir algumas atividades secundárias que realizava diretamente e transferem essas atividades a outras empresas. Esse processo sempre ocorre com a contratação de uma empresa que, no caso, é a intermediária entre o tomador de serviço e a mão-de-obra, com um contrato de prestação de serviços.

É importante ressaltar que existe uma relação de emprego entre o trabalhador e a empresa terceirizada, prestadora de serviços, e não diretamente com quem contrata estes serviços.

O termo “terceirização” advém de um neologismo da expressão terceiro, no sentido de “intermediário”. Este termo foi evidenciado pelo setor de administração de empresas como forma de expressar a descentralização de atividades de uma empresa para outras especializadas naquele tipo de serviço. (DELGADO, 2017, p.502).

Segundo o mesmo autor, a terceirização caracteriza-se pela existência de três sujeitos, chamada de relação trilateral ou triangular, pois existe um terceiro sujeito, o

intermediador da mão de obra, mais conhecido como prestador de serviços. Pode-se verificar que a terceirização é resultado do que é feito pelo trabalhador, pelo intermediador dessa mão de obra (prestador de serviços) e pelo tomador dos serviços.

Caso não exista esse tripé, não há como ser considerada uma terceirização, passando a configurar uma relação de emprego diretamente com a instituição contratante.

Delgado (2017) diz ainda que a terceirização para o Direito do Trabalho pode ser conceituada como o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação jus trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços jus trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido.

Segundo os ensinamentos de Nascimento (2004, p. 559/560), a terceirização pode ocorrer na espécie terceirização de serviços e ou terceirização de mão de obra. Há uma diferença na terceirização da mão de obra para a de serviços, pois a empresa que terceiriza (tomadora dos serviços) contrata outra empresa (fornecedora dos serviços), para que esta lhe preste os serviços que foram repassados por meio de trabalhadores qualificados para o desenvolvimento das atividades dentro dos estabelecimentos da contratante. Já a terceirização de serviços é aquela em que uma empresa transfere à outra a execução de determinados serviços a serem prestados fora do seu estabelecimento.

Neste contexto, é possível compreender que o propósito existencial e histórico da terceirização é transferir à empresa prestadora de serviços as atividades que não representam o objetivo principal do tomador, e não toda e qualquer atividade deste último.

Assim, com a celebração do contrato entre as empresas tomadora e a prestadora de serviços, os empregados da terceirizada são direcionados para trabalhar em favor da primeira, formando-se a relação trilateral ou triangular.

3 HISTÓRICO DA TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização remete à época da revolução industrial, por volta do século XVIII, quando surgiram as primeiras leis trabalhistas e as entidades sindicais que buscavam melhorias nas condições precárias de trabalho a que eram submetidos os empregados.

A revolução industrial trouxe melhorias para o setor de produção, com a utilização de diversas máquinas que reduziram a necessidade de mão de obra e, logo, acarretaram o desemprego de milhares de pessoas. Em consequência, muitos obreiros que perderam seus empregos por terem sido substituídos pelas máquinas, passaram a ser opção para prestação de serviços sem vínculo empregatício para essas indústrias.

Após esse período da Revolução industrial e posteriormente com os avanços tecnológicos e a globalização foi que surgiu o movimento da terceirização do trabalho, que anteriormente era realizado pelos empregados da empresa e passaram a ser realizados por obreiros contratados sem vínculo empregatício.

Já no Brasil, o advento da terceirização explodiu no século XX com a indústria automobilística que cresceu no mercado interno, com as famosas linhas de montagem dos produtos e sendo chamadas de “montadoras”.

Devido à falta de regulamentação na época, além os incentivos recebidos do governo para alavancar a economia do país, essas empresas encontraram na terceirização um meio de aumentarem suas produções, mas com a diminuição dos encargos trabalhistas e previdenciários.

4 TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As empresas privadas enxergavam na terceirização a possibilidade de redução de custos bem como para aperfeiçoar as atividades presentes que culminam com seu produto final e aumentar suas produtividades, a qualidade dos seus produtos ou serviços e, principalmente, os seus lucros.

No caso da Administração Pública, o poder público buscou meios para “desafogar” o Estado de atividades que, supostamente, poderiam ser realizadas de modo mais eficiente por particulares, buscando descentralizar as atividades da alçada da Administração, que são consideradas como apoio para realização da atividade principal.

O Decreto-lei 200/67 trata da terceirização de atividade, de serviços (FERRAZ, Pag.2) e fala de desobrigar-se da realização material de tarefas, as quais não são típicas de órgão ou de entidades administrativas, podendo ser desempenhadas por terceiros, sem infringir a regra do artigo 37, II, da Constituição Federal.

As demandas trabalhistas que buscam comprovar a existência de responsabilidade subsidiária ou não do Ente Público pelos débitos trabalhistas de sua contratada, prescindem da existência do vínculo empregatício entre o trabalhador e o tomador do serviço, pois nesses casos o trabalhador não postula o reconhecimento do vínculo de emprego direto com o Ente Público, mas sim a sua condenação subsidiária, conforme o

que dispõe o art. 71, § 1º, da Lei 8.666/93, já que se presume como verdadeira a prestação de serviços, nos termos dos artigos 336 e 341 do Código de Processo Civil.

A contratação do reclamante nos casos de responsabilidade subsidiária se dá pela empresa prestadora do serviço e a atividade desempenhada é em prol do tomador, o contratante. Não é possível dispensar a Administração Pública da responsabilidade pelos encargos trabalhistas não quitados pela contratada, pois não pode usufruir da força de trabalho do empregado, mesmo que a relação de emprego se dê entre o trabalhador e a empresa prestadora do serviço, sem assumir nenhuma responsabilidade nas relações jurídicas das quais é parte.

Quando descumpridas as normas de fiscalização do contrato de prestação de serviços celebrado, fica configurada a culpa *in vigilando* do Ente Público, visto que não foram observadas as disposições acerca da fiscalização da execução, presentes nos artigos 58, III, e 67, §1º, da Lei nº 8.666/93, *in verbis*:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de

III - fiscalizar-lhes a execução;

(...)

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração anotarà em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

Essa é uma falha por parte da Administração Pública, prática administrativa que não compatibiliza com o art. 71 da Lei nº 8.666/1993, caracterizando a sua culpa e conseqüentemente não podendo se falar em transferência "automática" da responsabilidade ao Poder Público.

O Ente Público não pode se valer de suas prerrogativas para se eximir de suas obrigações legalmente previstas, enquanto beneficiário do serviço terceirizado, e sim, o Estado tem o dever de colaborar com todos os procedimentos necessários para evitar quaisquer violações trabalhistas provocados por seus contratados.

É importante ressaltar que mesmo que o contrato tenha sido celebrado após procedimento licitatório legítimo com a prestadora de serviços não se pode eliminar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelos créditos trabalhistas do trabalhador. Isso porque, se for comprovado o descumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada, deve o contratante ser responsabilizado, pois incide em culpa *in eligendo*, por conta da má escolha na contratação, ainda que tenha selecionado por meio licitatório.

Além do mais, a contratação dos empregados pela empresa prestadora de serviços é pelo interesse público, pois presta seus serviços em nome da Administração Pública, a favor de toda a coletividade.

A condição de responsável subsidiário do Ente Público serve para resguardar os direitos individuais e coletivos dos obreiros que colocam a sua força de trabalho à disposição, também, do tomador, que assume, assim como a empresa prestadora de serviço, o risco do negócio.

A Constituição Federal consagra o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana como fundamentos da República Federativa do Brasil, não sendo razoável que alguém que se beneficiou de forma considerável do trabalho não responda, sob nenhum aspecto, pelos direitos trabalhistas que se formaram desse pacto laboral, o que seria abuso de direito, vedado pelo ordenamento jurídico.

É importante ressaltar que no julgamento da ADC nº 16 - DF na sessão do dia 24 de novembro de 2010, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional o art. 71 da Lei nº 8.666/93, consignando expressamente a sua posição de que o citado dispositivo da Lei de Licitações não afasta o reconhecimento da responsabilidade subsidiária à administração pública nos casos em que fique comprovado que agiu com culpa *in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento dos direitos trabalhistas.

O Ministro Relator Cezar Peluso manifestou-se, por meio de fl. 1.225 da LTr, vol. 75, nº 10, de outubro/2011, no seguinte sentido:

Realmente, a mera inadimplência do contratado não transfere a responsabilidade nos termos do que está na lei, nesse dispositivo. Então esse dispositivo é constitucional. Mas isso não significa que eventual omissão da administração pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não gere a responsabilidade à administração. É outra matéria, são outros fatos, examinados à luz de outras normas constitucionais. Então, em outras palavras (...), nós não temos discordância sobre a substância da ação, eu reconheço a constitucionalidade da norma. Só estou advertindo ao tribunal que

isso não impedirá que a Justiça do Trabalho recorra a outros princípios constitucionais e, invocando fatos da causa, reconheça a responsabilidade da administração, não pela mera inadimplência, mas por outros fatos (...).

Nesse mesmo caminho, a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, nos itens V e VI, atribui responsabilidade ao Ente Público que, de alguma forma, beneficiou-se do trabalho, mesmo que tenha sido por intermédio de empresa terceirizada, senão vejamos:

V- Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666/93, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A observação dessa súmula é de primordial importância, pois representa o fruto da harmonização de vários princípios e da interpretação de dispositivos legais e constitucionais, não podendo se falar em qualquer violação à legislação federal ou à Carta Magna, sendo, assim, imprescindível para a efetivação dos direitos fundamentais do trabalhador.

A teoria do risco assumido pelo tomador ao contratar prestador de serviços que não é o mais preparado deve ser considerada, ainda que por meio de processo licitatório, e o princípio da proteção que justifica a preocupação de não deixar ao desabrigo o trabalhador que dispensou sua força de trabalho em prol do ente estatal. A responsabilidade do tomador de serviços deve ser analisada também à luz dos princípios e regras constitucionais que visam, no geral, à proteção do trabalhador na dupla qualidade de empregado e cidadão.

Ratificando esse entendimento, Arion Sayão Romita defende que:

...por ter a Constituição de 1988 elevado a dignidade da pessoa humana à categoria de valor supremo e fundante de todo o ordenamento brasileiro, fácil é atribuir aos direitos sociais a

característica de manifestações dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade material porque, encarados em sua vertente prestacional (...), tais direitos tem por objetivo assegurar ao trabalhador proteção contra necessidades de ordem material, além de uma existência digna.” (EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. A responsabilidade subsidiária da administração pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados - negritei.

Nesse caminho, essa situação atrai a incidência da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que nos seus incisos IV, V e VI, impõe a responsabilidade daquele que, de alguma forma, se beneficiou do trabalho humano, ainda que por intermédio de empresa terceirizada, senão vejamos:

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Por fim, é necessário registrar que a Súmula 331 do TST não colide com a Lei nº 8.666/93, na medida em que ambas devem estar em harmonia com o art. 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal de 1988, assim como a constitucionalidade do art. 71, da citada lei.

5 A SÚMULA Nº 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE Nº 16/2007

A Administração Pública não pode ser responsável pelas obrigações trabalhistas existentes de quem contratou para a prestação de determinados serviços, porém possui o dever e a obrigação de escolher dentre as opções uma empresa idônea, com a devida regularidade fiscal e trabalhista, além do dever de fiscalizar no decorrer do contrato de trabalho a continuidade da regularidade da empresa e, em caso de perda superveniente dos requisitos de habilitação do contratado, deve rescindir unilateralmente o contrato.

Seguindo essa premissa, o ente público atrai para si a responsabilização subsidiária pela não quitação dos créditos trabalhistas dos trabalhadores da terceirizada contratada, mas desde que seja comprovada a conduta culposa da Administração, nos termos do item V da Súmula 331 do TST, que prevê:

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

No caso de o ente estatal não apresentar documentos que comprovem a devida fiscalização da empresa contratada, configura-se a culpa *in vigilando* da Administração Pública, por conta da falta de fiscalização e tomada de medidas coercitivas para corrigir o inadimplemento trabalhista da prestadora de serviços. O inadimplemento da empresa pode ser verificado com uma simples fiscalização documental.

É importante ressaltar o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho de que cabe à Administração Pública provar que efetivamente fiscalizou os pagamentos das verbas trabalhistas dos empregados da empresa contratada. Eis a ementa:

[...] RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - CULPA CARACTERIZADA - SÚMULA Nº 331, V E VI, DO TST 1. O acórdão regional está em harmonia com o entendimento firmado na Súmula nº 331, item V, do TST, uma vez que a responsabilização subsidiária do ente público decorreu do reconhecimento de conduta culposa na fiscalização da empresa prestadora. 2. Compete à Administração Pública o ônus da prova quanto à fiscalização,

considerando que: (i) a existência de fiscalização do contrato é fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do Reclamante; (ii) a obrigação de fiscalizar a execução do contrato decorre da lei (artigos 58, III, e 67 da Lei nº 8.666/93); e (iii) não se pode exigir do trabalhador a prova de fato negativo ou que apresente documentos aos quais não tenha acesso, em atenção ao princípio da aptidão para a prova. Julgados. 3. O E. STF, ao julgar o Tema nº 246 de Repercussão Geral - responsabilidade subsidiária da Administração Pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa prestadora de serviço, RE 760931 -, não fixou tese específica sobre a distribuição do ônus da prova pertinente à fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas. 4. Nos termos do item VI da Súmula nº 331 do TST, "a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral". Agravo de Instrumento a que se nega provimento. (TST, 8ª Turma, AIRR - 10603-13.2015.5.15.0084, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, DEJT 19/12/2017).

Desta feita, cabe à Administração Pública, detentora dos meios e documentos necessários a demonstrar a devida verificação, provar o regular exercício do poder-dever de fiscalização, sendo injusto impor ao trabalhador o pesado encargo de apurar a execução dos procedimentos administrativos de acompanhamento dos contratos celebrados pelo poder público. Ressalta-se que a orientação contida no inciso IV da Súmula nº 331 do TST apenas visa a efetivar a aplicação da lei, tendo em vista os fins sociais a que ela se dirige e as exigências do bem comum, nos termos do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Imputar a responsabilidade subsidiária ao beneficiário dos serviços prestados por trabalhadores é forma de evitar a prática comum de contratar mão-de-obra através de empresas que não possuem idoneidade, por parte de empregadores privados e entes públicos, com o intuito de esquivarem-se do cumprimento da legislação trabalhista, de maneira que aqueles que vendem a sua força de trabalho ficam ao desabrigo de qualquer proteção no tocante à percepção dos serviços prestados.

Mesmo após a decisão do Excelso Supremo Tribunal Federal, proferida nos autos da Ação Direta de Constitucionalidade n. 16/DF, que declarou a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações), persiste a responsabilidade subsidiária da Administração Pública tomadora de serviços terceirizados quando, com base nos fatos de cada causa, constatar-se a sua omissão culposa, consubstanciada na sua culpa *in vigilando* quanto ao correto cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de

serviços que contratou. Com efeito, deve-se verificar a existência, ou não, da ausência de fiscalização pelo órgão público contratante.

A Súmula 16 do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região ainda prevê:

SÚMULA 16. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. A constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, declarada pelo STF na ADC nº 16, não obsta o reconhecimento da responsabilidade de ente público quando este não comprova o cumprimento de seu dever de fiscalização do prestador de serviços.

A culpa in *vigilando* do Ente Público é constatada por descumprimento das normas de fiscalização do contrato de prestação de serviços celebrado, porquanto não comprovado que sejam observadas quaisquer das disposições da Lei nº 8.666/93.

A Administração Pública deve analisar a qualificação econômico-financeira da prestadora de serviço até o final do cumprimento do contrato e, verificando as dificuldades financeiras da prestadora, deverá adotar medidas que viabilizem a execução do serviço e a quitação dos créditos trabalhistas.

Trata-se, na verdade, de responsabilidade subjetiva, o que se traduz da Súmula 331, IV, do TST, como bem analisado pelo STF, à luz do julgamento da ADC 16, em 24/11/2010.

A responsabilidade objetiva da Administração Pública não serve para imputar ao Ente Estatal responsabilidade subsidiária porque pressupõe a existência de ato ilícito praticado pelo Estado, o que não ocorre nas hipóteses em que se efetiva fiscalização da Administração Pública quanto à idoneidade financeira da prestadora de serviço.

Nessa esteira, deve-se dizer que, se o Estado, devendo agir por força de lei, for omissivo, ou realizar fiscalização deficiente, responde pela omissão perpetrada; por outro lado, se agir rigorosamente nos ditames da lei, fiscalizando, e mesmo assim ocorrer o evento danoso, não há como responsabilizá-lo, visto que o Estado não é o autor do dano.

Não se deve perder de vista o ensinamento da doutrina a respeito do tema, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em síntese: se o Estado, devendo agir por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por essa incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitando quando, de direito, devia sê-lo. Também não o

socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos (MELLO, 1997, p. 615)

Deve-se esclarecer que Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADC nº 16/DF, na sessão do dia 24 de novembro de 2010, considerou, de fato, constitucional o art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, de modo a afastar, em regra, a responsabilidade do Ente público contratante de empresa fornecedora de mão de obra pelos débitos trabalhistas de sua contratada, nos casos de inadimplemento das obrigações da terceirizada. Entretanto, ao se referir à terceirização lícita das atividades-meio da Administração Pública, deixou consignado expressamente sua posição de que o citado dispositivo da Lei de Licitações não afasta a possibilidade de a Justiça do Trabalho atribuir a responsabilidade subsidiária ao Poder público nos casos em que fique comprovado que agiu com culpa *in vigilando*, ao não fiscalizar o adimplemento daqueles direitos pelo prestador de serviços, que é o devedor principal.

Ademais, não se pode esquecer que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 760.931/DF, em 30 de março de 2017, em regime de repercussão geral (Tema nº 246), consolidou a tese jurídica no sentido de que: "*O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93*".

Ao estabelecer que a responsabilidade pelo inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não se transfere "automaticamente" ao Poder Público contratante, se por um lado não deixou explícita a total impossibilidade de transferência da responsabilidade aos Entes Públicos contratantes em qualquer cenário abrangendo a terceirização lícita, por outro, também não definiu com clareza se essa responsabilização poderia advir da comprovação efetiva da ausência ou falhas na fiscalização da execução do contrato. Discute-se que o ônus da prova da conduta culposa de deve recair sobre os empregadores, por ser prova excessivamente difícil, senão impossível, de ser produzida pelo trabalhador terceirizado, que em regra não tem acesso aos meandros da burocracia estatal, o que atrai a incidência do § 2º do art. 373 do CPC.

Entretanto, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal, em outros julgados, manifestou-se concluindo que a tese da repercussão geral fixada no bojo do mencionado RE 760.931/DF não afasta o reconhecimento da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nas hipóteses em que, examinado o caso concreto, restar evidenciada sua conduta omissiva culposa, a exemplo do seguinte aresto:

EMENTA: RECLAMAÇÃO. RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. TEMA 246. REPERCUSSÃO GERAL. RE 760931. TESE FIXADA: "O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do

contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. Responsabilidade Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, imputada ante a efetiva comprovação da conduta culposa – na modalidade in vigilando - no cumprimento e/ou na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais (Lei nº 8666/93), por parte da empresta prestadora dos serviços. Reconhecimento judicial da responsabilidade subsidiária do Poder Público em harmonia à tese da repercussão geral fixada no RE 760931 e ao quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADC 16. Seguimento negado. (Rcl 28300, Relator(a): Min. ROSA WEBER, julgado em 29/09/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-225 DIVULGADO 02-10-2017 PUBLICADO 03/10/2017)

A Ministra ROSA WEBER, ao negar seguimento à Reclamação Constitucional 28.300/SP, teceu os seguintes esclarecimentos a respeito da distribuição do ônus probatório em tais casos, *in verbis*:

(...)

7. Nesse sentir, observado o julgamento do RE 760.931, tenho por corroborada a minha compreensão acerca do quanto decidido por esta Suprema Corte já ao exame da ADC 16 – precisamente a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93 e a conseqüente inviabilidade da imputação automática da responsabilidade subsidiária à Administração Pública, como mera conseqüência do inadimplemento por parte da prestadora de serviços de direitos trabalhistas. A tese de repercussão geral fixada por esta Casa, além de reafirmar a constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei 8666/93, nos moldes em que decidido ao exame da ADC 16, assenta não a absoluta irresponsabilidade da Administração Pública, na qualidade de tomadora dos serviços, mas, sim, a possibilidade de a ela se imputar - desde que tal não se opere automaticamente - a responsabilidade subsidiária pelos encargos trabalhistas dos empregados. A vedação está, portanto, na imputação “automática” da responsabilidade, sem que reste evidenciada a conduta culposa – na modalidade in vigilando - da Administração Pública no cumprimento e/ou na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais (Lei nº 8.666/93), por parte da empresta prestadora. Obsta a tese da repercussão geral (Tema nº 246) que se

*impute a responsabilidade à Administração Pública tão somente como corolário do mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa contratada, entendimento por mim já adotado inúmeras vezes, à luz das balizas anteriormente firmadas por esta Casa ao exame da ADC 16. **Assim, entendo que o reconhecimento judicial da responsabilidade subsidiária da Administração Pública, nas hipóteses em que, examinado o caso concreto, restar evidenciada conduta omissiva culposa, opera-se não somente em perfeita harmonia à tese da repercussão geral fixada no bojo do RE 760.931, como também ao quanto decidido na ADC 16, e, nesse sentido, em estrita conformidade com o ordenamento jurídico (Lei nº 8.666/93).***

*8. Respeitadas tais premissas, entendo que a decisão reclamada - **ao contemplar o exame do caso concreto com base nas provas, bem como a conclusão pela conduta omissiva culposa do ente público na fiscalização da prestadora dos serviços - se encontra em absoluta consonância com o quanto decidido na ADC 16.** Nesse sentir, eventual acerto ou desacerto daquela conclusão há de ser apreciado por meio dos remédios processuais adequados, não se prestando a reclamação constitucional a reexame da prova.*

*Limitado, outrossim, **o julgamento da ADC 16 a obstaculizar a responsabilização subsidiária automática da Administração Pública - como mera decorrência do inadimplemento da prestadora de serviços -, não resultou enfrentada a questão da distribuição do ônus probatório, tampouco estabelecidas balizas para a apreciação da prova ao julgador,** a inviabilizar o manejo da reclamação com espeque em alegada afronta à ADC 16 sob tais enfoques, conforme já decidido em várias reclamações: Rcl 14832/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 19.11.2012, Rcl 15194/DF, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 18.3.2013, Rcl 15385/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJe 15.3.2013.*

*9. No ponto, cumpre igualmente assentar que, **ao julgamento do RE 760.931, esta Suprema Corte, muito embora tenha debatido aspectos acerca das regras de distribuição do ônus da prova na espécie, culminou por não fixar balizas, respeitada, a meu juízo, a soberania das instâncias ordinárias no exame do acervo fático-probatório, cujo revolvimento é de todo vedado na instância***

extraordinária, assim como no bojo da reclamação constitucional.

Mesmo com um procedimento licitatório regular para contratação da prestadora do serviço, se o poder público mostrar-se omissivo no seu dever de fiscalização do contrato administrativo, principalmente no momento da cessação do vínculo empregatício com a terceirizada (arts. 58, III, e 67, *caput* e §§ 1º e 2º, todos da Lei nº 8.666/1993), sem ter provas de que exercia efetivamente a fiscalização da execução do contrato, fica plenamente caracterizada sua responsabilidade em caso de inadimplência das verbas rescisórias devidos ao trabalhador.

O ente público apresenta um comportamento negligente agindo dessa maneira, comportamento administrativo que não se coaduna com a aplicação dos ditames da Lei nº 8.666/1993, caracterizando a sua culpa *in vigilando*, não podendo se falar em transferência automática da responsabilidade ao Poder Público.

Além do mais, não há como eximir a Entidade Pública da responsabilidade pelos encargos trabalhistas inadimplidos por empresa prestadora de serviços, pois não pode usufruir da força de trabalho de empregado, mesmo que vinculado à empresa terceirizada, sem assumir nenhuma responsabilidade nas relações jurídicas das quais participe. Ademais, a contratação de trabalhadores por empresa terceirizada é de interesse público, pois a prestação desses serviços favorece toda a coletividade.

Esses acontecimentos atraem a incidência da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho, que nos seus incisos IV, V e VI, impõe a responsabilidade daquele que se beneficiou, de alguma forma, do trabalho humano, ainda que por intermédio de empresa terceirizada, senão vejamos:

(...)

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das

obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

(...)

Ratificando essa linha de pensamento, o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região editou a Súmula 16 (publicada no dia 19 de agosto de 2016 no Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho), *in verbis*:

SÚMULA 16. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CULPA IN VIGILANDO. A constitucionalidade do art. 71, §1º, da Lei nº 8.666/93, declarada pelo STF na ADC nº 16, não obsta o reconhecimento da responsabilidade de ente público quando este não comprova o cumprimento de seu dever de fiscalização do prestador de serviços.

É importante ressaltar que este entendimento não transfere ao poder público a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, a qual concerne à empresa terceirizada. Apenas na ocasião de impossibilidade comprovada da prestadora dos serviços de satisfazer as obrigações trabalhistas em relação aos seus empregados, surge o dever do tomador e beneficiário direto do trabalho em responder subsidiariamente.

6 CONCLUSÃO

Com este estudo, é possível observar que é indispensável a atividade de fiscalização de contratos pela Administração Pública, enquanto obrigação de meio, só constituiria a culpa *in vigilando* do Estado quando não houvesse atuação adequada ao resguardo dos direitos do trabalhadores, demonstrando-se claramente que o órgão público não agiu face à violação de obrigações trabalhistas das empresas com as quais contrata. Estender esta responsabilização de maneira irrestrita violaria a própria ideia de terceirização, fazendo-se imprescindível que haja um claro regramento jurídico para a matéria, de modo que se possam sanar as divergências vislumbradas na jurisprudência e, ainda, impedir a utilização de teses jurídicas genéricas para a condenação direta da Administração Pública sem a efetiva análise do caso concreto.

Sendo assim, é de extrema importância a fiscalização desses contratos com prestadoras de serviços terceirizados pelo Estado e seus agentes. A Administração Pública deve ter muita cautela na licitação ao selecionar qual empresa contratar, principalmente quando da análise de exequibilidade da proposta.

Além do que, esta fiscalização dos contratos deve ter um acompanhamento e/ou fiscalização mensal pela empresa da quitação dos débitos trabalhistas. É o efetivo conhecimento e controle da execução do contrato que vai minimizar a responsabilidade da Administração Pública e possíveis condenações futuras na Justiça do Trabalho, almejando que seja afastada a culpa *in vigilando* e, conseqüentemente, sua condenação subsidiária ao pagamento dos créditos trabalhistas que decorrem da terceirização.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRR-1000022-12019.5.01.05317ª Turma. Sessão de 10/11/2021. Relator: Renato de Lacerda Paiva. Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, DF, 19/11/2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRR: 10197927-2017.5.01.0205, Relator: Jose Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 04/08/2021, 2ª Turma, Data de Publicação: 06/08/2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº AIRR - 10603-13.2015.5.15.0084, Relatora Ministra: Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, 8ª Turma, Data de Publicação: 19/12/2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº RR: 676720195110001, Relator: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 20/10/2021, 8ª Turma, Data de Publicação: 22/10/2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região, ROT - 0010122-64.2019.5.18.0104, Rel. ROSA NAIR DA SILVA NOGUEIRA REIS, 3ª TURMA, Data de Publicação: 18/10/2019.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região, ROT – 0001092-56.2018.5.23.0021.-64.2019.5.18.0104, Relator JOÃO CARLOS RIBEIRO DE SOUZA, Gabinete da Presidência, Data de Publicação: 02/06/2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.** Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13/11/2021.

BRASIL. Lei 13.429, de 31 de março de 2017. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 07 out. 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm> Acesso em 10 out. 2021.

BRASIL. Lei 13.467, 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e as Leis n. 6.019/74, n. 8.036/90, e n. 8.212/91, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm>. Acesso em: 17 out. 2021.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das Leis do Trabalho*. 32. ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTR, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

EBERT, Paulo Roberto Lemgruber. A responsabilidade subsidiária da administração pública por obrigações trabalhistas devidas a terceirizados. Inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 e constitucionalidade da Súmula nº 331 do TST. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1631, 19 dez. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10779>. Acesso em: 14/11/2021.

FERRAZ, Luciano – A terceirização na administração pública depois das decisões do STF. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-31/interesse-publico-terceirizacao-administracao-publica-depois-decisoes-stf?imprimir=1>> Acesso em 13 de outubro de 2021.

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16/11/2021.

Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria pública-privada e outras formas*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MARTINS, Sérgio Pinto. *A Terceirização e o Direito do Trabalho*. 11ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Ordenamento Jurídico Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2013. p. 322.

OLIVEIRA, Rodrigo Montenegro de. **A Terceirização na Administração Pública: Súmula 331 do TST versus julgamento da ADC 16/DF. Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2849, 20 abr. 2011

ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2014, p. 310.

Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 16. ADC Nº 16/DF*. Tribunal Pleno. Requerente: Governador do Distrito Federal. Relator (a): Min. Cezar Peluso. Brasília, 24 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2497093>>. Acesso em 18/10/2021.

CONTROLE DA JORNADA DE TRABALHO E O HOME OFFICE: DIFICULDADES E PERSPECTIVAS

REBECA DA SILVA MATEUS:
Graduanda do Curso de Direito do
Centro Universitário Fametro

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar a relação de emprego home office bem como o seu controle de jornada de trabalho, a fim de debater sobre as perspectivas e dificuldades. Quanto aos objetivos, realizou-se uma abordagem de cunho exploratório, qualitativo e descritivo. Quanto ao tipo, o estudo analítico-descritivo de viés bibliográfico. A pesquisa torna-se relevante pelo fato de buscar compreender uma relação de emprego, o qual vem se tornando cada vez mais prático no cotidiano das empresas, sendo necessário realizar uma avaliação sobre os aspectos jurídicos. No desenvolvimento delineou-se a pesquisa em 04 seguimentos: primeiramente debateu-se sobre o home office e seus conceitos; por conseguinte, denotou-se sobre as diferenças entre relação de emprego e relação de trabalho, para então delinear caracteristicamente o home office; em seguida, debruçou-se sobre a jornada de trabalho; por fim, analisou sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro, aludindo as perspectivas e dificuldades.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Jornada; Home Office; Relação de emprego.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. HOME OFFICE: CONCEITO E CARACTERÍSTICA - 3. RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO - 4. JORNADA DE TRABALHO HOME OFFICE - 5. REGULAÇÃO DO HOME OFFICE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - 6. CONCLUSÃO - 7. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

É notório que a cada ano que passa, inovações são presenciadas cotidianamente no que tange a forma de trabalhar. O home office passou a ser regulamentado juridicamente nos últimos anos, e nesse período pandêmico, foi crucial para que alguns serviços continuassem à disposição. Ocorre que, é inegável que a sua aplicação deva ser aprimorada, principalmente no que diz respeito a jornada de trabalho, pois geralmente esse tipo de trabalho exige apenas metas e produtividade, o que necessariamente deve ser colocado em prática determinados horários específicos.

Denota-se que, novas configurações em escala global levaram a diferentes mudanças no fluxo de trabalho, rotinas e gerenciamento de informações. A fim de projetar novas formas de trabalho e aproveitar mais as capacidades do trabalhador, algumas empresas adaptaram suas culturas e estruturas organizacionais. Dentre as novas formas de

trabalho, o surgimento do home office – caracterizado como uma forma de trabalho flexível, decorrente das evoluções tecnológicas que aconteceram ao longo dos anos.

Por outro lado, a literatura sobre o tema destaca que o home office há tempos era comum à sociedade civil, apenas não regulamentada até recentemente com a aplicação da Lei 13.467/2017 - popularmente conhecida como Reforma Trabalhista - que o modelo de home office entrou em vigor na Consolidação das Leis do Trabalho com a fundamentação de adaptar a antiga legislação às modernidades que rodeiam o novo contexto social. Entretanto, apontam como uma das desvantagens o aumento desordenado da jornada extraordinária de trabalho. Considerando esse aspecto, o que se pretende com esse estudo é esclarecer o conceito de home office e os parâmetros para o controle da jornada desse modelo trabalho.

Diante do atual contexto social, o home office deixou de ser uma exceção e passou a ser realidade em várias atividades profissionais. O trabalho home office no Brasil foi recentemente regulamentado pela Lei 13.467/2017.

Ocorre que por determinação do artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal a jornada de trabalho compreende o limite de duração do trabalho não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Ao ultrapassar a jornada estipulada pela Constituição, contrato de trabalho ou norma coletiva, o funcionário deve desfrutar do pagamento das horas extraordinárias trabalhadas.

Entretanto, com a implementação da Reforma Trabalhista ao sistema jurídico brasileiro, houve uma exceção acerca da mencionada regra de horas extras aos empregados contratados em regime de home office.

Considerando que a peculiaridade específica é que a regra prevista na CLT atribui ao empregador a obrigação em controlar a jornada do seu empregado e esse controle é extremamente difícil de ser realizado quando o funcionário presta serviços longe da sede da empresa.

Objetiva-se verificar na legislação constitucional e infraconstitucional acerca do controle da jornada de trabalho no âmbito do trabalho home office.

2. HOME OFFICE: CONCEITO E CARACTERÍSTICA

A Organização Internacional do Trabalho normatizou o home office como espécie de gênero do “teletrabalho à distância”, encontra-se regido pela Convenção 177, de 1996, e pela Recomendação 184, não ratificadas pelo Brasil.

Em suma, a OIT definiu o home office como aquele executado em um local distante do escritório central ou instalação de produção, onde o trabalhador não mantém contato

pessoal com colegas, devendo, ainda, ser desenvolvido com o auxílio de tecnologias de comunicação e transmissão de dados (art. 1º). Previu ainda que deve haver igualdade de tratamento com os outros empregados com respeito à remuneração, aos direitos previdenciários, idade mínima de admissão e proteção à maternidade (art. 4º).

Manuel Martin Pino Estrada (2014, p. 26) define como:

[...] aquele trabalho realizado com ou sem subordinação, usando novas e antigas tecnologias de telecomunicações em virtude de uma relação de trabalho, permitindo sua execução à distância, prescindindo da presença física do trabalhador em lugar específico de trabalho.

O art. 75-B da Consolidação das Leis do Trabalho, incluído com a Lei n. 13.467/2017, no Capítulo II-A, vem anunciar a criação deste regime de trabalho, ao dispor:

Art. 75-B. Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Partindo-se de uma análise do conceito de teletrabalho, infere-se que, apesar de sua proximidade, não se confunde com o trabalho em domicílio, porque este, apesar de executado à distância, não necessariamente o emprego de tecnologias de informação e comunicação.

O teletrabalho pressupõe a realização de funções mais complexas e intelectuais, diferindo-o do trabalho em domicílio tradicional, cujas atividades são preponderantemente manuais.

Quanto às características, essas são agrupadas por vários critérios. Com relação ao critério locativo, tem-se: o trabalho em domicílio – do empregado ou qualquer outro local por ele escolhido; No que tange ao critério temporal, o trabalho home office pode se dar de maneira integral, quando o tempo do trabalho exceda a 90% do tempo na semana; o alternado é aquele em que consome menos de 90% da carga horária no mesmo local e, por fim, o suplementar, que ocorre quando o trabalho é frequente, mas não diário, sendo pelo menos uma vez por semana (dia completo). Pelo critério comunicativo, tem-se o trabalho é off-line (desconectado) ou on-line (conectado).

Esclareça-se que tais características não podem ser consideradas estáticas, em face da própria complexidade do fenômeno home office e porque pode haver diversas características que se entrelaçam.

3 RELAÇÃO DE TRABALHO X RELAÇÃO DE EMPREGO

Os vínculos laborais, geralmente, são estabelecidos sobre duas modalidades, a relação de trabalho e a relação de emprego, do ponto de vista técnico tais institutos guardam entre si uma destacável distinção, que por ser relevante a compreensão da temática levantada, faz-se importante fazer sua análise.

A justiça do trabalho possuía certa limitação quanto as questões relativas a matérias trabalhistas, sendo alguma reservadas a ela, enquanto outras estariam reservadas a jurisdição comum, todavia, após a edição da Emenda Constitucional (EC) 45/2004, o art. 1142 da Constituição Brasileira de 1988 teve uma nova redação, sendo, a partir de então, matéria de competência da Justiça do Trabalho todas aquelas que envolvem questões laborais, inclusive as relações de trabalho, antes não definidas como sendo de sua competência, em razão de só ter sido recepcionado expressamente as matérias envolvendo as relações de emprego, contingência que acarretou uma ampliação substancial da competência e demandas trabalhistas.

Neste cenário, observando a ampliação ocorrida na competência da justiça do trabalho após a edição da EC acima mencionada, faz-se importante estabelecer as distinções de relação de trabalho e de relação de emprego.

A relação de trabalho é aquele vínculo formado com características gerais de modo a compreender todo e qualquer tipo de relação que possua, em sua natureza, a contraprestação por um serviço prestado ou que ainda será realizado, na qual se exige a força do trabalho humano, sendo, por isso entendido como se fosse gênero, enquanto a relação de emprego seria espécie, haja vista que além de compreender este tipo de relação, também engloba as relações de trabalho autônomo, de trabalho eventual, avulso e temporário.

Tendo Delgado (2012, p. 279/280) aduzido o seguinte sobre o assunto:

A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. Refere-se, pois, a toda modalidade de contratação de trabalho humano modernamente admissível. A expressão relação de trabalho englobaria, desse modo, a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.). Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. Evidentemente que a palavra

trabalho, embora ampla, tem uma inquestionável delimitação: refere-se a dispêndio de energia pelo ser humano, objetivando resultado útil (e não dispêndio de energia por seres irracionais ou pessoa jurídica). Trabalho é atividade inerente à pessoa humana, compondo o conteúdo físico e psíquico dos integrantes da humanidade. É, em síntese, o conjunto de atividades, produtivas ou criativas, que o homem exerce para atingir determinado fim.

Dessa forma, torna-se notório a intrínseca relação mantida entre os dois institutos, de modo tornar possível, prático e explícito a diferenciação existente entre eles. Na seara trabalhista, juristas e doutrinadores as distinguem aduzindo que toda relação de emprego é relação de trabalho, no entanto, nem toda relação de trabalho expressa ser uma relação de emprego

Entendido isto, passa-se a caracterização desta relação laboral, em seus aspectos, a começar com aquela bem explanada por Calvet na qual é dito:

[...] outro aspecto que define a relação de trabalho é que o tomador do serviço (pessoa natural ou jurídica, ou mesmo um ente despersonalizado) é sempre um intermediário nesta relação. O prestador do serviço/trabalhador, aquele que despense sua energia, nunca o faz diretamente ao tomador, mas a um usuário final (cliente/consumidor), sob pena de descaracterizar-se a natureza da relação: Por outro lado, ao se falar em relação de trabalho tem-se em foco o fato de uma pessoa, natural ou jurídica, ou mesmo um ente despersonalizado, figurar como tomador do serviço, auferindo a energia de trabalho da pessoa natural que se coloca na posição de trabalhador com a finalidade de, utilizando essa energia como incremento de sua produção ou melhoria de suas atividades, agregar valor para exploração de seus próprios produtos ou serviços junto ao usuário final. Percebe-se, assim, que entre o trabalhador e o usuário final existe uma outra pessoa, o tomador dos serviços, que usa da energia do trabalhador para impulsionar sua atividade empresarial, buscando no usuário final o pagamento pelo fornecimento do produto ou da prestação do serviço. Numa relação de trabalho, portanto, nunca pode aparecer como tomador do serviço o usuário final, este mero cliente consumidor, mas sempre alguém que, utilizando do labor adquirido pela relação de trabalho, realiza sua função social perante os usuários finais. (CALVET, 2011, apud, BOULHOSA, 2012, não paginado

Assim, o aspecto principal da relação de trabalho seria a existência de um intermediador de serviço que com o tomador mantém relação, impedindo o contato direto com este, assim, não há relação direta do empregado com o empregador, mas sim deste com o intermediador, e este intermediador com o empregado.

Há, também, outro ponto relevante característico deste tipo de relação, que é a ausência de algum dos requisitos elencados no art. 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas³, sendo estas melhor explicadas quando tratar da outra modalidade de relação labora, a relação de emprego

Como dito acima, a relação de emprego é uma espécie de relação de trabalho que encontra amparo na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), no artigo supra citado, quando se fazem presentes os requisitos que nesse dispositivo encontra-se contido, quais sejam, subordinação, não eventualidade ou prestação contínua do trabalho, onerosidade, a prestação da atividade por pessoa física e a pessoalidade.

A subordinação é aquela característica que dita a necessidade de submissão da força de trabalho a um empregador, ficando ele, assim, sujeito a qualquer tipo de poder que possa ser emanado deste, como, por exemplo, os poderes diretivo, disciplinar, fiscalizatório e regulamentar, tendo Nascimento, e Delgado mencionado que:

Como se percebe, no Direito do Trabalho a subordinação é encarada sob um prisma objetivo: ela atua sobre o modo de realização da prestação e não sobre a pessoa do trabalhador. É, portanto, incorreta, do ponto de vista jurídico, a visão subjetiva do fenômeno, isto é, que se compreenda a subordinação como atuante sobre a pessoa do trabalhador, criando-lhe certo estado de sujeição (status subjectiones). Não obstante essa situação de sujeição possa concretamente ocorrer, inclusive com inaceitável frequência, ela não explica, do ponto de vista sociojurídico, o conceito e a dinâmica essencial da relação de subordinação. Observe-se que a visão subjetiva, por exemplo, é incapaz de captar a presença de (NASCIMENTO, 1989, apud, DELGADO, 2012, p. 295).

A prestação continuada do serviço, também denominada de não eventualidade ou habitualidade, diz respeito à característica da atividade laboral tem de ser realizada com frequência e repetitivamente, ou seja, necessita-se de previsão de ocorrência da atividade de forma a ser perpetuar enquanto durar o vínculo laboral, tendo Delgado, explicado que:

Nesse sentido, para que haja relação empregatícia é necessário que o Trabalho prestado tenha caráter de permanência (ainda que por um curto período determinado), não se qualificando como trabalho esporádico. A continuidade da prestação (antítese à

eventualidade) é, inclusive, expressão acolhida pela Lei n. 5.859/72 (Lei do Trabalho Doméstico), que se refere a —serviços de natureza contínua. (DELGADO, 2012, p. 287).

Já a onerosidade é aquela característica que estabelece a necessidade de uma contraprestação, geralmente pecuniária, devida pelo empregador ao empregado em decorrência da atividade por ele exercida, sendo a ausência de ônus considerada como causa suficiente para a retirada do quadro de relação de emprego para a de trabalho, tendo Delgado corroborado dizendo:

A relação empregatícia é uma relação de essencial fundo econômico. Através dessa relação sociojurídica é que o moderno sistema econômico consegue garantir a modalidade principal de: conexão do trabalhador ao processo produtivo, dando origem ao largo universo de bens econômicos característicos do mercado atual. Desse modo, ao valor econômico da força de trabalho colocada à disposição do empregador deve corresponder uma contrapartida econômica em benefício obreiro, consubstanciada no conjunto salarial, isto é, o complexo de verbas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em virtude da relação empregatícia pactuada. (DELGADO, 2012, p. 291)

Quanto a pessoalidade, pode-se destacar que representa a característica que estabelece a necessidade do serviço prestado ser feita diretamente pelo empregado, sendo por isso também denominada de *intuitu personae*, podendo, de maneira excepcional, fazer-se substituir se o empregado concordar, lembrando que essa substituição só será contada como exceção em casos excepcionais, caso ocorra sem essa previsão, poderá ser descaracterizada a relação de emprego para relação de trabalho.

A prestação do serviço ao empregador também deverá ser prestados por pessoa física, na feita que o cerne da exploração da força de trabalho deriva da energia de trabalho humano, sendo, por isso, vedado o enquadramento da pessoa jurídica na situação de empregada.

Sendo estas características essenciais à qualificação do vínculo empregatício como relação de emprego, entretanto, parte da doutrina costuma também incluir a alteridade como se requisito fosse da relação de emprego, merecendo, por isso, ser mencionada.

3.1 Relação de emprego no trabalho home office

Conforme explicitado no primeiro capítulo da pesquisa, o conceito de home office é nítido e evidentemente está atrelado a questão da relação de emprego. Porém é necessário que passemos a analisar como se dá essa relação.

Denota-se que mesmo que esta modalidade de exercer a função do trabalho seja realizada em local distinto da parte física da empresa, é possível que monitoração e fiscalização das atividades desenvolvidas. Podendo ser monitorado através do horário estabelecido pela empresa, bem como as entregas de atividades.

É importante ressaltar que a maioria dos casos em que forma de trabalhar trata-se de home office não um horário fixo especificado pelas empresas, mas que o colaborador desenvolve suas atividades a partir de demandas e metas, o que notadamente faz com que não receba horas extras por atividades eventualmente laboradas acima do legal permitido.

Assim, quando não se tem horário de trabalho, entende-se que o colaborador pode ser que trabalhe mais horas por dia em determinada situação, e menos horas dependendo do desenvolvimento no dia. Como bem está expresso no artigo 62, III da CLT. "Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: [...] III - os empregados em regime de teletrabalho".

É fundamental ressaltar que caso haja por parte da empresa, o controle da jornada do empregado, caso haja atividades laboradas fora do horário específico de trabalho, as horas extras devem ser pagas como bem demonstra a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da Terceira Região ao tratar do assunto:

INTEIRO TEOR: com relação à jornada de trabalho fixada e a consequente condenação ao pagamento de horas extras excedentes da 8ª hora diária e/ou 44ª hora semanal ...), contém omissões e contradições com relação à jornada de trabalho fixada e a consequente condenação ao pagamento de horas extras excedentes da 8ª hora ... de trabalho fixada e da condenação da embargante ao pagamento das horas extras excedentes da 8ª hora diária e/ou 44ª hora semanal, mediante adequada ... pessoal, o autor assim se pronunciou (ID 9a6e3b0): (...) O autor confirma que trabalhava externamente e em home office, e que não comparecia ... e em casa, mas informa que fazia check in e check out no trabalho realizado em home office e depois fazia check in e check out no cliente; que acredita. (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010081-58.2018.5.03.0134 (RO); Disponibilização: 16/12/2020; Órgão Julgador: Primeira Turma; Redator: Adriana Goulart de Sena Orsini)" (TRT 3, 2020)

Na CLT, é claro que tendo a realização de atividades que haja o controle de jornada, o pagamento das horas extras quando extrapolado o período da labuta realizado em home office se torna obrigatório. Por outro lado, caso não haja esse controle por parte da empresa, a ultrapassagem de horário não necessariamente obriga a empresa a pagar a hora extraS.

De acordo o entendimento de Caren Benevento Viani, sobre os materiais utilizado no trabalho home office:

De qualquer forma, é importante frisar que, diante de uma situação de normalidade, é ideal que todos os custos assumidos pelo empregado sejam antevistos, especificados em contrato e reembolsados pela empresa, que por sua vez, deverá avaliar seu investimento, bem como especificar as obrigações do empregado de zelar pelos bens que a ele forem disponibilizados, com possível previsão de indenização em situações de mau uso. (SANTANDER NEGOCIO, 2020)

Diante desses fatos, a responsabilidade por equipamentos e ferramentas para a realização das atividades na realização do home office é do empregador e, quando aplicável, deve ser documentado o tratamento integral da estrutura e das taxas necessárias para a realização das atividades.

4. JORNADA DE TRABALHO HOME OFFICE

A jornada de trabalho é aquele lapso temporal em que o trabalhador fica a disposição do empregador.

Como bem conceitua o doutrinador Delgado:

Jornada de trabalho é o lapso temporal diário em que o empregado se coloca à disposição do empregador em virtude do respectivo contrato. E, desse modo, a medida principal do tempo diário de disponibilidade do obreiro em face de seu empregador como resultado do cumprimento do contrato de trabalho que os vincula. A jornada mede a principal obrigação do empregado no contrato — o tempo de prestação de trabalho ou, pelo menos, de disponibilidade perante o empregador. (2016.p.953).

As preocupações com o desenvolvimento e implementação do home office parecem, à partida, justificadas: tanto mais que o fenômeno não corresponde a uma “moda”, antes tem raízes profundas na atual organização e dinâmica socioeconômica, sendo a vertente mais relevante que assume a Sociedade da Informação no contexto das alterações que têm ocorrido nos mercados da força de trabalho. As preocupações com o desenvolvimento e implementação do teletrabalho parecem, à partida, justificadas: tanto mais que o fenômeno não corresponde a uma “moda”, antes tem raízes profundas na atual organização e dinâmica socioeconômica, sendo a vertente mais relevante que assume a

Sociedade da Informação no contexto das alterações que têm ocorrido nos mercados da força de trabalho (TYBUSCH; NUNES, 2017, p. 71).

O home office pode ser realizado em qualquer lugar e qualquer hora, sem que se faça presente um controle preciso da jornada ou das horas extras, as empresas são dotadas de poder de fazer os seus trabalhadores permanecerem conectados com seus equipamentos de TICs o tempo inteiro, seja para cumprimento de uma tarefa ou a delegação de algum trabalho.

Por essa razão, os teletrabalhadores ficam mais expostos a esse tipo de abuso, uma vez que fica mais difícil uma fiscalização, por qualquer medida protetiva, seja por parte de sindicato ou de órgãos protetivos dos direitos, humanos e sociais. Reconhece-se, assim, que essa modalidade de trabalho ultrapassa as delimitações costumeiras do direito do trabalho no que se refere ao tempo de trabalho, exigindo-se uma vigilância especial por parte do ordenamento jurídico, a fim de se garantir aos teletrabalhadores o descanso entre jornadas, os tempos de ócio e de férias, assim como o controle das jornadas controladas à distância, adaptando as regras legais e convencionais de tempo de trabalho às peculiaridades dessa forma de labor.

Para o fortalecimento da classe operária, Silvana Souza Netto Mandalozzo e Luiz Eduardo Gunther (2014, p. 98-104) apontam que isso pode se dar através da integração de convenções da OIT no nosso ordenamento jurídico e do fortalecimento dos sindicatos, aptos a entabularem negociações com resultados positivos aos trabalhadores.

E que, aliado a esses elementos, A manutenção do poder estatal, quer para editar normas heterônomas, quer para fiscalizar o cumprimento da legislação, ou até mesmo mantendo um Poder Judiciário forte e independente quando verifica descumprimento das normas de proteção ao trabalhador, são medidas elementares que garantem a manutenção de direitos sociais.

Ocorre que, no momento que a jurisprudência tendia a limitar as possibilidades de aplicação do art. 62, que exclui alguns trabalhadores, de forma artificial e inconstitucional, do direito ao limite da jornada de trabalho, vem a Lei n. 13.467/2017 em direção contrária, e não só reforça a aplicabilidade desse dispositivo, como amplia o seu alcance pela inclusão dos “empregados em regime de teletrabalho”, no inciso III no art. 62, Capítulo II – Da Duração do Trabalho.

Para o CESIT (2017), a falta de controle dos horários do teletrabalhador faz com que “na prática, não haja limites para sua jornada diária”. Ressaltando, todavia, que “as empresas façam, para os seus interesses, esse controle para efeito de gestão da força de trabalho, não haverá contrapartida e limitação do poder patronal no

que concerne à proteção do trabalho.” Logo, o que se pode aferir é que mesmo que algum controle seja realizado pelas empresas, esse dar-se-á primordialmente com o intuito de satisfazer seus interesses próprios.

Dessa maneira, para o legislador, o teletrabalhador, regulado pela CLT, possui rotina incompatível com o controle de horário, sendo excluído, a priori, do direito às horas extras, adicional noturno, hora noturna, intervalo intrajornada e intervalo interjornada. Pode-se arguir, contudo, que o intuito da inexistência da aferição da jornada de trabalho se dá para que o trabalhador remoto possa exercer suas funções em horários e lugares que lhes sejam mais convenientes.

Nestes casos, Maurício e Gabriela Delgado (2017) acreditam que a ação trabalhista será capaz de atestar a existência de uma jornada de trabalho:

De fato, em várias situações de teletrabalho mostra-se difícil enxergar controle estrito da duração do trabalho, em face da ampla liberdade que o empregado ostenta, longe das vistas de seu empregador, quanto à escolha dos melhores horários para cumprir os seus misteres provenientes do contrato empregatício. Dessa maneira, a presunção jurídica lançada pelo art. 62, III, da CLT não se mostra desarrazoada.

Conforme se pôde observar, a reforma trabalhista advinda com a Lei 13.467/2017 de fato regulamentou o teletrabalho na legislação brasileira. Contudo, ao se analisar criticamente os dispositivos trazidos pela supramencionada lei, percebe-se que esta “não cria qualquer direito específico para o empregado enquadrado nesse novo regime laboral.

5. REGULAÇÃO DO HOME OFFICE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Decorrente do crescimento do home office no Brasil, a Lei n. 12.551/2011, de 15 de dezembro de 2011, alterou o art. 6º da CLT e incorporou a figura do teletrabalho no ordenamento jurídico, ao dispor:

Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado, e o realizado à distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego.

Devido às constantes transformações que ocorrem no mundo do trabalho dentro de uma sociedade, a CLT vai sendo alterada, ou seja, modernizada, a fim de atender aos comandos constitucionais e aos próprios anseios da classe trabalhadora e também da

classe empregadora, amoldando-se às novas realidades (MANDALOZZO; GUNTHER, 2014, p. 97).

Nessa linha, a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro a regulamentação específica sobre o teletrabalho, com a inclusão do Capítulo II-A da CLT, através dos arts. 75-A a 75-E.

Cumprе salientar que não se pretende, pelo menos neste tópico, apresentar uma discussão, bem como realizar uma análise crítica sobre cada artigo, mas apenas trazer um esboço geral sobre a regulamentação do instituto.

Para tanto, serão utilizados os apontamentos realizados por Homero Batista Mateus da Silva (2017) quanto ao conteúdo de cada artigo:

a) o 75-B, caput e parágrafo, estabelece que o teletrabalho pode incluir algumas atividades eventuais nas dependências do empregador, como reuniões, treinamentos ou prestação de contas;

b) o art. 75-C prevê a cláusula contratual expressa, com descrição das atribuições; os §§ 1º e 2º admitem a conversão do presencial para o teletrabalho e vice-versa, mediante "aditivo contratual"; no caso do deslocamento dos serviços para a casa do trabalhador, um prazo de 15 dias deve ser assegurado para sua organização;

c) o art. 75-D toca num ponto bastante sensível do teletrabalho - de quem são os custos dos equipamentos e, sobretudo, da manutenção dos insumos, como a conta de energia elétrica e rede de dados; caso o empregador concorra com as despesas, os bens corpóreos e incorpóreos não assumem natureza salarial; e, por fim, d) o art. 75-E determina que o empregador instrua os empregados de "maneira expressa e ostensiva" quanto às precauções para evitarem doenças e acidentes, ao passo que o empregado deve se comprometer a seguir todas as instruções.

Para o Juiz do Trabalho da 4ª Região, Átila Da Rold Roesler (2017), a inclusão desse inciso provoca um retrocesso, pois o empregado, sem o controle das horas trabalhadas, pode ser cobrado apenas por metas estabelecidas independentemente da carga horária semanal que tenha que realizar para atingi-las. Dessa maneira, a modalidade de teletrabalho é significativamente alterada, e as condições de trabalho realizado nessa situação são profundamente precarizadas.

Magela Melo (2017), compartilhando do mesmo posicionamento, aduz que o legislador de forma perversa desconsiderou o grande avanço tecnológico, que permite atualmente aos empregadores controlar a localização exata do trabalhador, as atividades que estão sendo desempenhadas e os horários de início e fim.

Para Homero Batista Mateus da Silva, o teletrabalho somente retira o direito às horas extras se for incompatível com o controle da jornada - inacessível, inatingível, inexecutável -, e ainda não serve como justificativa para cassar as horas extras do empregado o simples desinteresse do empregador, os custos dos aplicativos e programas específicos para a mensuração ou a necessidade de prestação de contas. Como se observa num momento em que se exige uma ampliação de normas protetivas, o legislador vem restringir direitos.

No entanto, a regra no direito brasileiro é a jornada de 8 horas diárias e 44 horas semanais, prevista no art. 7º da Constituição Federal de 1988, sem distinção. Além disso, há o parágrafo único do art. 6º da CLT, que equipara o controle telemático e informatizado à supervisão direta do empregador. Nesses termos, para se atribuir uma interpretação conforme à Constituição, de modo a compatibilizar os dispositivos da CLT, o inciso III do art. 62 deve ser compreendido como: encontram-se excluídos da proteção da jornada os teletrabalhadores que não possuem nenhuma forma de controle do tempo de trabalho. Isto é, aqueles empregados que iniciam e terminam suas atividades no horário que bem entenderem, com total liberdade.

A cobrança patronal é feita por meio de metas e resultados, sem acompanhar os momentos em que a atividade está efetivamente sendo desempenhada (MELO, 2017). Ao contrário, aqueles teletrabalhadores que sofrerem vigilância dos períodos de conexão, controle de login e logout, localização física, pausas ou ligações ininterruptas para saber o andamento dos trabalhos, especialmente se de forma periódica, estão enquadrados na disposição do art. 7º da CF/1988 e no art. 6º, parágrafo único, da CLT, e possuem direito à proteção da jornada, inclusive eventuais horas extras. Para Jorge Souto Maior (2003), Juiz do Trabalho da 15ª Região, não se pode barrar a ideia do direito ao limite da jornada com o argumento das dificuldades de se quantificar, sob o prisma da prova. Esta é uma dificuldade instrumental que não interfere na declaração, em tese, do direito.

Abaixo seguir-se-á dois entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho, a primeira sob relatoria da Dra. Ana Claudia Torre Vianna, o segundo sob relatoria da Dra. Delaine Mirante Arantes, sobre o home office e o deferimento de adicional de horas extras:

JORNADA PASSÍVEL DE CONTROLE. A reclamante tinha o horário controlado, quando executou trabalho interno, mas a reclamada não apresentou os controles e, considerando que contava com mais de 10 empregados, era ônus seu o registro da jornada de trabalho, nos termos da súmula 338 do C. TST. Quando a reclamante laborou no sistema de home office restou claro a possibilidade da aferição da jornada, uma vez que quase todo o trabalho, dava-se através de sistema informatizado, o qual permitia saber o horário de logon e logoff do usuário, irreparável a sentença no que toca à fixação da jornada, com base no princípio da razoabilidade, inclusive aos

feriados, que também está em harmonia com as atividades atribuídas à autora. O intervalo não era regularmente usufruído, justificando a condenação, na forma do § 4º do artigo 71 da CLT. Sobre os adicionais extraordinários, procede o apelo da autora, na forma do artigo 20, § 2º, da Lei 8.906/94, conforme recente precedente do TST. (TRT-15 - RO: 00104458420155150042, relator: Ana Claudia Torres Vianna, 6ª Câmara, Data de Publicação: 21/5/19)

CONTROLE DE JORNADA. POSSIBILIDADE. HORAS EXTRAS DEVIDAS. O mero exercício de atividade externa não induz, por si só, o enquadramento da hipótese na regra do art. 62, I, da CLT. Aliás, o entendimento uniformizado por esta Corte é de que, além de ser admissível o controle indireto da jornada de trabalho, basta a mera possibilidade de que tal controle seja exercido, para que se exclua a hipótese do dispositivo legal em questão. Logo, não é a ausência de fiscalização direta que caracteriza a exceção do art. 62, I, da CLT, e sim a impossibilidade de controle, hipótese não configurada no caso em análise, tendo em vista que a leitura do acórdão recorrido revela que a jornada de trabalho autoral era passível de fiscalização indireta, por meio dos Relatórios Semanais de Promotores de Vendas. Assim, constatada a possibilidade de controle, são devidas as horas extras pleiteadas. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 8872120145120038, relator: Delaíde Miranda Arantes, data de julgamento: 26/6/19, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 28/6/19)

Portanto, observa-se que há o reconhecimento por este Tribunal Superior sobre o pagamento de horas extras, em casos em que havia trabalho fora do horário determinado de trabalho, inclusive nos feriados.

No Tribunal Regional do Trabalho, também há precedentes sobre a possibilidade pagar adicionais de horas extras:

HORAS EXTRAS. TELETRABALHO. Como corolário do desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação, constata-se a evolução nos modos de prestação do trabalho e, num misto de vantagens e desvantagens sob a ótica jus trabalhista, surgiu o teletrabalho. Assim, havendo a menor possibilidade de aferição da jornada trabalhada por esse empregado, ainda que de forma mista (em ambiente institucional e home Office), as horas prestadas em sobrejornada devem ser devidamente remuneradas, na forma do art. 7º, XVI, da Constituição da República. (TRT-3 – Recurso Ordinário:

00101320520165030178/ 0010132-05.2016.5.03.0178 – Minas Gerais
– 2ª Turma – Publicação em 13.03.2017)

Por tanto, em vista dos precedentes acima elencados tanto do Tribunal Regional do Trabalho como do Tribunal Superior do Trabalho, é fundamental que haja uma atualização do artigo que diz respeito ao home office, para que este, venha a fazer uma abordagem específica sobre a jornada do trabalho, proporcionando, desse modo, um amparo jurídico.

Roesler (2017) é crítico ao dizer que nada justifica a ausência de controle de jornada diária e semanal nos limites Constitucionais e sua efetiva fiscalização pelo empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação de forma comprometida com o princípio da proteção. Para ele:

[...] a institucionalização e o incentivo ao regime home office podem gerar complexas situações de terceirização, formas irregulares de trabalho e que culminam no desvirtuamento da relação de emprego garantido constitucionalmente abrindo espaço para o trabalho explorado em situação análoga à de escravo, como se nota frequentemente na grande indústria têxtil.

Assim, percebe-se que apesar de regulamentado, o trabalho em home office não foi abordado de forma satisfatória pelo legislador e, ainda, foi discriminado se comparado ao trabalho presencial. Portanto, observa-se um desrespeito a princípios trabalhistas e até mesmo constitucionais como o direito à igualdade formal e material entre os trabalhadores.

6. CONCLUSÃO

Na pesquisa em questão foi possível compreender que o trabalho home office tem se tornado cada vez mais presente na vida das empresas, principalmente durante o período pandêmico, a qual o isolamento social tornou-se necessário. Porém, é fundamental dinamizar a questão da jornada de trabalho, visto que, geralmente o teletrabalho está ligado com a produtividade e metas.

Denotou-se com riqueza teórica as conceituações e características do trabalho home office. Por conseguinte, debruçou-se tecnicamente sobre a relação de trabalho e relação de emprego, para então, discutir especificamente sobre o teletrabalho. Notadamente, com o objetivo de cumprir os objetivos estabelecidos, discutiu-se sobre a jornada de trabalho, apontando as suas especificidades jurídicas, onde mesmo que o cumprimento do trabalho na seja na parte física da empresa, é fundamental que as horas sejam computadas, e que não necessariamente ligada a questão do cumprimento das

metas, visto que, nem sempre esse cumprimento se dar dentro do horário comercial pretendido.

O home office veio pra transformar a forma de trabalhar, principalmente em serviços que depende apenas do computador e do telefone. É interessante notar que a pandemia foi um dos pilares para o aumento significativo dessa forma de trabalho, o que mesmo atravessando esse período, ainda permanecerá sendo utilizado, principalmente porque, muitas empresas acabam considerando economicamente mais viável.

No mais, a pesquisa foi de suma importância para a compreensão desse modo de trabalhar, a qual vem ganhando a cada ano que passa mais espaço nas empresas, o que, mesmo regulamentada juridicamente deve ser aprimorada.

7. REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília: Senado Federal. In: Vade Mecum. 27ª ed. Editora Rideel, 2018. BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. Disponível em Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/Del5452.htm.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho, 11 ed., São Paulo: Ltr, 2012.

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

JUNIOR, José Eduardo de Resende; PINO ESTRADA, Manuel Martin (Coord.). Teletrabalho. São Paulo: LTr, 2017.

MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; GUNTHER, Luiz Eduardo. Proteção trabalhista no Brasil. In: SILVA, Lenir Aparecida Mainardes;

MANDALOZZO, Silvana Souza Netto; MENDES, Jussara Maria Rosa. Trabalho e proteção social. Ponta Grossa: Estúdio Texto, 2014.

MELO, Geraldo Magela. Teletrabalho na nova CLT. Anamatra, 28 jul. 2017. Disponível em: <https://www.anamatra.org.br/artigos/25552-oteletrabalho-na-nova-clt>. Acesso em: 5 nov. 2017.

PINO ESTRADA, Manuel Martin. Teletrabalho & direito: o trabalho à distância e sua análise jurídica em face dos avanços tecnológicos. Curitiba: Juruá, 2014

ROESLER, Átila Da Rold. Reforma trabalhista prejudicou muito a vida de quem “trabalha de casa”. Justificando, 29 ago. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/08/29/reformatrabalhista-prejudicou-muito-vida-dequem-trabalha-de-casa/>. Acesso em: 30 out. 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. Comentários à reforma trabalhista. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

TRT3. **Recurso Ordinário**: PJE: 0010933-06.2016.5.03.0182. Relator: Manoel Barbosa da Silva. D: 08/11/2017. TRT3. Disponível em: <<https://juris.trt3.jus.br/juris/consultaBaseCompleta.htm>>. acesso em 05 de maio de 2021.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira; NUNES, Denise Silva. O teletrabalho sob o enfoque da sustentabilidade multidimensional. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende; CHAVES

AS APLICAÇÕES INDIRETAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO À LUZ DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE

RICARDO DA SILVA MACÊDO JÚNIOR:

Graduando no Curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

RESUMO: O tema aborda o conceito do Direito Penal do Inimigo, estabelecido na doutrina de autoria de Gunther Jakobs, sendo o inimigo, um indivíduo que pratica atos delituosos de grande impacto na sociedade e que podem causar danos futuros, de modo que, passam a não possuírem as garantias de um cidadão, sendo necessária a prevenção, a fim de que seja estabelecida a ordem da norma jurídica, dessa maneira, é estudada a aplicação da doutrina no âmbito de um ordenamento jurídico democratizado, à luz de que a constituição garante a todos direitos a dignidade da pessoa humana, assim, é elucidado como é possível aplicar o direito penal do inimigo, pois mesmo sendo uma ideologia de desenvolvimento recentemente, em 1985, é possível perceber conceitos de sua aplicação, sendo um tema abordado por penalistas com o intuito de lapidar a teoria para que se evitem extremismos, de certo modo apresentados pelo autor, assim, veremos muito mais em prática o conceito do inimigo, que acaba sendo utilizado fortemente para o combate de organizações criminosas e terroristas, como medida de evitar que pratiquem mais atos ilícitos contra o ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Doutrina. Inimigo. Cidadão. Constituição. Aplicação.

ABSTRACT: The theme addresses the concept of the Criminal Law of the Enemy, established in the doctrine authored by Gunther Jakobs, being the enemy, an individual who commits criminal acts of great impact on society and that can cause future damage, so that they no longer possess the guarantees of a citizen, with prevention being necessary, in order to establish the order of the legal norm, in this way, the application of the doctrine is studied within the scope of a democratized legal system, in light of the fact that the constitution guarantees all rights the dignity of the human person, thus, it is elucidated how it is possible to apply the criminal law of the enemy, because even though it is a recently developed ideology, in 1985, it is possible to perceive concepts of its application, being a topic addressed by criminalists in order to polishing the theory to avoid extremism, in a way presented by the author, thus, we will see much more in practice the concept of the enemy, which ends up being used heavily for the combat of criminal and terrorist organizations, as a measure to prevent them from practicing more illegal acts against the legal system.

Keywords: Doctrine. Enemy. Citizen. Constitution. Application.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. APRESENTAÇÃO BREVE DA HISTÓRIA DO DIREITO PENAL ATÉ O DIREITO PENAL DO INIMIGO. 1.1. CONTEXTUALIZAÇÕES DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DIANTE DA HISTÓRIA. 2. CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO. 2.1. DIREITO PENAL DO CIDADÃO E APRESENTAÇÃO DA FIGURA DO CIDADÃO. 2.2. DIREITO PENAL DO INIMIGO E A APRESENTAÇÃO DA FIGURA DO INIMIGO. 2.3. CORRENTES FILOSÓFICAS USADAS PARA A CRIAÇÃO DO CONCEITO INIMIGO E CIDADÃO. 2.4. MEDIDAS DE COMBATE AO INIMIGO EM CONJUNTO COM O PROCESSO PENAL

ADOTADO PARA COMBATÊ-LO À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO. 3. O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. 3.1 O ENCONTRO ENTRE PRINCÍPIOS CONSAGRADOS E O DIREITO PENAL DO INIMIGO. 3.2 APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL DO INIMIGO EM ANÁLISE A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA. 3.3. APLICAÇÃO INDIRETA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO EM ANÁLISE AS LEIS BRASILEIRAS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Direito Penal do Inimigo, teoria elaborada pelo jurista Gunther Jakobs, aborda preceitos de como devem ser mantidas as relações com os indivíduos que vierem a cometer atos ilícitos na sociedade, tendo como embasamento as correntes iusfilosóficas apresentadas por Fichte, Rousseau, Hobbes e Kant, e que a partir destes busca-se a distinção entre Direito Penal do Cidadão e o Direito Penal do Inimigo.

O Direito Penal do Cidadão é o direito penal comum, o qual se encaixa na 1ª e 2ª velocidade do direito penal, sendo a primeira aplicada para pena mais graves e a segunda para crimes de menor pena, deste modo será considerado cidadão aquele que se encaixa nas regras do contrato de bem estar social, que no ordenamento jurídico de Estado Democratizado é a sua Constituição, porém o cidadão está exposto a erros e que ocasionalmente podem vim a se tornar crimes, mas são crimes de grau reparável considerado os riscos futuros ao Estado e suas Instituições.

Por outra ótica, o Direito Penal do Inimigo é a terceira velocidade do direito penal ou uma velocidade híbrida, pois será considerado inimigo do estado aquele que não quiser minimamente contribuir para o bem estar e que negligenciar a constituição vigente, vivendo em apenas seu estado natural ignorando qualquer regra imposta gerando perigos futuros, assim como membros de facções, grupos terrorista, grupos de crimes financeiros, pois sempre esperasse um perigo em potencial vindo desde indivíduos, portanto estes, de acordo com a doutrina de Jakobs, devem ser impedidos previamente em forma de guerra, pois podem acabar com a garantia da norma jurídica, desse modo perdem as garantias de cidadãos, eliminando seus direitos até mesmo dentro do processo penal.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 estabelece as condições garantidas pelo estado e o seu amplo funcionamento, assim como apresenta ao cidadão o seus direitos e deveres, deste modo em consonância com a constituição a figura do Inimigo não é percebida pelo estado em sua constituição, pois todos mesmo cometendo crimes têm direitos, sendo assegurado o devido processo legal, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa, onde ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado, portanto é notório que todos os indivíduos têm garantias constitucionais e que o conceito de que o inimigo deve ser julgado antes da prática delituosa é obscuro e vai de encontro contra os direitos humanos.

O inimigo apesar de afrontar o ordenamento jurídico tem garantias, porém existem brechas nas legislações penais em que podemos ver resquícios da doutrina, pois existem e sempre vão existir indivíduos que não concordam com a norma jurídica, agindo de maneira desordenada fazendo com que atinja o bem jurídico tutelado de outro indivíduo.

1 APRESENTAÇÃO BREVE DA HISTÓRIA DO DIREITO PENAL ATÉ O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal tem por característica a necessidade de passar por mudanças de acordo com o desenvolvimento da sociedade, desde os primórdios existem medidas punitivas para indivíduos que cometessem delitos, muitas vezes esses delitos não tinha certa gravidade olhando pela ótica atual, além disso, eram punições bem mais severas envolvendo até tortura ou a morte direta, e na maioria vezes sem ter algum direito de defesa, sendo muitas das infrações relacionadas à religião, como as punições do código de Hamurabi, as inquisições propostas pela igreja católica, ou até mesmo as vinganças.

Apesar disso, a sociedade percebeu que as medidas eram severas demais e desenvolveram métodos para tornar mais justo com indivíduos que cometeram crimes de menor reprovação social, surgindo o conceito de dolo no direito romano, ou no direito germânico que estabeleceu o conceito de contrato social e o indivíduo que cometesse crimes estaria realizando a quebra deste contrato, até que chega o período do iluminismo no século XVII, aonde veio com ideais mais humanitários, principalmente com os ideais de Beccaria, que estabeleceu seus pensamentos ligados à legalidade, havendo a necessidade da existência de leis tanto para humanizar os indivíduos como para o combate da criminalidade.

[...] com boas leis podem impedir-se tais abusos. Mas, de ordinário, os homens abandonam a leis provisórias e à prudência do momento o cuidado de regular os negócios mais importantes, quando não os confiam à discricção daqueles mesmos cujo interesse é oporem-se às melhores instituições e às leis mais sábias. (BECCARIA, 2001, p. 7).

Desse modo, foi um princípio até chegamos ao direito penal atual, que passa por diversas mudanças, com várias teorias e polêmicas, pois um direito penal não baseado em princípios de direitos humanos pode tornar um estado autoritário como medida de impor ordem, porém este não vem a ser o intuito, sendo apenas para remediar a criminalidade, já dizia Rogério Greco (2015), "Não se educa a sociedade por intermédio do Direito Penal. O raciocínio do Direito Penal Máximo nos conduz, obrigatoriamente, à sua falta de credibilidade".

1.1 Contextualizações do Direito Penal do Inimigo Diante da História

Dito isto, é notório que o direito penal é extremamente mutável, dessa forma existem várias teorias e doutrinas para renova-lo, e uma desta é o Direito Penal do Inimigo, doutrina estabelecida por Gunther Jakobs, a fim de expor o inimigo como figura contra ao estado de direito, inimigo este que durante a história muda de figura.

Como podemos citar o próprio nazismo, como um dos principais inimigos durante a história após e durante a segunda guerra mundial, fato este, que serviu de inspiração para a criação do Direito Penal do Inimigo, considerando o antigo direito penal do autor, pois a partir desta doutrina tivemos a configuração dos julgamentos dos nazistas em Nuremberg, onde julgava o então inimigo pela sua participação no governo nazista e por sua questão principiologia, não somente pelos atos praticados

(VANI, 2020), sendo suprimidos direitos e princípios do direito penal, com julgamentos extremamente parciais.

Desse modo, a doutrina foi estabelecida, com várias inspirações filosóficas de Fichte, Rousseau, Kant e Hobbes, e analisando o contexto histórico, foi criada em um período de finda da guerra fria, aonde diversos regimes democráticos foram criados com o fim da União Soviética, porém só foi ganhar força após os atentados terroristas de 11 de setembro, sendo utilizado por Jakobs como forma de ilustrar quem são os verdadeiros inimigos da ordem jurídica.

2 CARACTERÍSTICAS DO DIREITO PENAL DO INIMIGO

2.1 Direito Penal do Cidadão e Apresentação da Figura do Cidadão

Deste ponto, o direito penal do inimigo busca distinção entre o cidadão e o inimigo, onde é estabelecido por Jakobs com quem devem funcionar estes conceitos, assim, existindo um direito para ambos, de modo, que as garantias não sejam as mesmas.

[...] não se trata de contrapor duas esferas isoladas do Direito Penal, mas de descrever dois pólos de um só mundo ou de mostrar duas tendências opostas em um só contexto jurídico-penal. [...] possível que estas tendências se sobreponham, isto é, que se ocultem aquelas que tratam o autor como pessoa e aquelas outras que tratam como fonte de perigo ou como meio para intimidar os demais [...] (JAKOBS; MELIÁ, 2007, pg. 21, grifo do autor).

O direito penal do cidadão consiste no direito penal comum, onde todos os indivíduos têm seus direitos e garantias processuais e penais, uma vez que, o cidadão está sujeito a erros, assim, sendo passível de cometer algum um delito, de tal modo que, vislumbrando o ordenamento jurídico brasileiro, existem mais de 1000 tipos penais com as mais diversas infrações.

Esta condição de ser considerado cidadão é relacionada a crimes de reparação social, de modo, que não venha a ocasionar danos futuros, o que significa que não darão continuidade a práticas delituosas, concordando com os termos que expõe a Constituição. Sobre o direito penal do cidadão, Jakobs (JAKOBS; MELIÁ, 2007, pg. 42) afirma que “[...] o Estado pode proceder de dois modos com os delinquentes: pode vê-los como pessoas que delinquem, pessoas que tenham cometido um erro [...]”.

O cidadão garante o ordenamento jurídico e a vigência da norma, mesmo que cometa algum delito, porém estas infrações não estão relacionadas ao jeito e maneira que indivíduo vive, considerando que não cometerá novamente. O cidadão que erra terá suas garantias processuais, pois, está dentro do que é estabelecido pela norma jurídica mesmo que em algum dado momento tenha falhado, mas para isto existem as medidas coercitivas, a fim de estabelecer uma sociedade ordenada e a reparação para o cidadão, que ao cumprir pena e estar preso está automaticamente impedido de cometer outros crimes. Seguindo esta linha, Castro afirma que “No campo do processo penal, o cidadão fará jus ao exercício

de diversos direitos, como o direito a tutela judicial, o de produzir provas e o de não ser coagido ilegalmente, entre outros [...]”. (apud RUBIS; SOUTO; MACÊDO, 2016, pg. 37).

Imperioso de esclarecer a questão do cidadão Jakobs cita um exemplo prático idealizando como seria um delito socialmente reparável para que um indivíduo seja considerado cidadão, de modo que, não afete o Estado e suas instituições e preserve o bem estar social.

[...] pense no sobrinho que mata seu tio, com o objetivo de acelerar o recebimento da herança, a qual tem direito. Nenhum Estado sucumbe por um caso destas características. Ademais, o ato não se dirige contra a permanência do Estado, e nem sequer contra a de suas instituições. O malvado sobrinho pretende amparar-se na proteção da vida e da propriedade dispensadas pelo Estado; isto é, se comporta, evidentemente, de maneira autocontraditória. (JAKOBS; MELIÁ, 2007, pg. 32)

2.2 Direito Penal do Inimigo e a Apresentação da Figura do Inimigo

Em contrapartida, vem à baila a figura do Direito Penal do Inimigo, que após entender a figura do cidadão, existe o inimigo, este que deve ser combatido pelo o Estado de maneira ferrenha, pois sempre representa uma ameaça ao bem estar social, já que em qualquer momento pode cometer algum delito contra o Estado e suas instituições, assim, estarão contra a vigência da norma.

Doutra banda, uma das principais peculiaridades que difere o cidadão do inimigo é que por seu estado natural, não segue a norma imposta pelo ordenamento jurídico e nunca seguirá. O Direito Penal do Inimigo carimba esta figura como vilão, portanto não se deve utilizar o direito penal tradicional que é aplicado ao cidadão, para que assim possam ser evitadas grandes catástrofes, como a do atentado terrorista de 11 de setembro.

Dito isto, Jakobs (2007) deixa claro qual seria a figura do inimigo, sendo, membros de grupos terroristas, membros de associações criminosas, indivíduos que praticam crimes econômicos, indivíduos que praticam crimes sexuais. Todos estes crimes configuram o inimigo, pois já não ligam para ordenamento jurídico vigente e não dá valor a norma, fazendo com que ela não tenha eficácia afetando diretamente ao cidadão que vive de bem, pois tais infrações penais afetarão o bem-jurídico coletivo, que é tutelado pelo o direito penal.

Sobre o bem-jurídico e sua importância para a formação da sociedade NETO E AZEVEDO (2013, pg. 16) afirmam que: “[...] direito penal contemporâneo é também um direito penal do bem jurídico, alinhado às novas pautas da sociedade, preocupado em proteger aqueles bens indispensáveis ao livre desenvolvimento do inimigo [...]”.

Não obstante, para a proteção deste bem jurídico tutelado o inimigo deve ser impedido de maneira prospectiva, ou seja, antes da prática, para isto a punibilidade deverá ocorrer durante a preparação do ato, a fim de que esteja a frente dos acontecimentos, punindo o autor não pelo fato cometido (JAKOBS; MELIÁ, 2007). Para melhor explicar o Código penal Brasileiro traz conceitos de

inimigo na forma de inibir antes da prática do ato, sendo punidos os indivíduos que “Associarem-se 3 (três) ou mais pessoas, para o fim específico de cometer crimes” (BRASIL, 1940 art. 288.).

2.3 Correntes Filosóficas Usadas Para a Criação do Conceito Inimigo e Cidadão

Ademais, este conceito de inimigo não vem unicamente de Jakobs, houve um processo de adaptação para chegar à prevenção do inimigo nos termos acima citados, para isto foram utilizadas correntes filosóficas de Rousseau, Fichte, Hobbes e Kant, onde cada um expõe os primórdios do conceito do inimigo do estado, com visões diferentes e até mesmo extremistas.

Rousseau e Fichte tinham a visão mais extremista em relação ao inimigo, este chamando de indivíduo delinquente, ambos pautaram suas ideias no contrato social, aonde qualquer indivíduo que viesse a quebra-lo não estaria concordando com o estabelecido, assim, não teria direito ao convívio com os demais, perdendo suas garantias, uma vez que, qualquer malfeitor deve ser considerado “inimigo”, porém tal visão é notadamente fora da realidade imposta historicamente que necessitou de um caráter mais humanitário.

Nesta linha do contrato social e que qualquer indivíduo delinquente deve ser penalizado com a falta de direitos, esboça Fichte:

[...] ‘quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos’. [...] a execução do criminoso ‘ não é uma pena, mas só instrumento de segurança’ (apud JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 26).

Neste tocante, Jakobs percebe a existência do inimigo e o seu conceito, porém nota que os conceitos de Fichte e Rousseau são extremistas demais e que um cidadão de bem que veio a delinquir por um erro deve ter garantias, pois não é sua questão principiológica a vida no crime, sendo assim, não seria humanizada e simplesmente totalitária para um estado democrático de direito.

Não quero seguir a concepção de Rousseau e de Fichte, pois na separação radical entre o cidadão e seu Direito, por um lado, e o injusto do inimigo, por outro lado, e o injusto do inimigo, por outro, é demasiadamente abstrata. Em princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do Direito também o criminoso, e isso por uma dupla razão: um por lado, o delinquente tem direito a voltar a ajustar-se com a sociedade, e para isso deve manter seu status de pessoa de cidadão [...] (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 26).

Por outra ótica, surgem Hobbes e Kant que percebem que dentro da criminalidade se tem a figura de alguém que apenas errou ou cometeu um pequeno delito, ou seja, o cidadão, ambos usam o conceito contratual, assim, só será considerado inimigo aquele que se negar em viver em sociedade, negando as regras de uma sociedade ordenada por questão de princípios. Sobre tais princípios e

questões naturais Hobbes, cita que todo ser humano tem um estado natural, ou *ius naturale*, que é o nosso estado puro deste que nascemos, mas que indivíduos utilizam-se deste estado para não cumprir uma *obligatio*, fazendo o que quiser sem regras (apud JAKOBS; MELIÁ, 2007, grifo nosso).

Com os conceitos elaborados por Hobbes e Kant, estabelecendo o cidadão na sociedade, Jakobs deixou cristalino qual caminho queria seguir e mostrar em sua doutrina, mostrando como o indivíduo é, e como deve ser tratado o cidadão, sobre isto trouxe algumas características adaptadas de como é o verdadeiro direito penal do inimigo, com as responsabilidades do Estado.

[...] o Estado, não necessariamente, excluirá o inimigo de todos os direitos. Nesse sentido, o sujeito submetido à custódia de segurança fica incólume em seu papel de proprietário de coisas. E, em segundo lugar, o Estado não tem por que fazer tudo que é permitido fazer, mas pode conter-se em especial, para não fechar a porta a um posterior acordo de paz (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 30).

2.4 Medidas de Combate ao Inimigo em Conjunto com o Processo Penal Adotado Para Combatê-lo à Luz do Estado Democrático

Perante o exposto, um estado democrático de direito tem por ordem dar garantia a todos os indivíduos, assim, todos devem ter um devido processo legal, sendo garantidas as fases processuais, porém quando falamos do inimigo, não se trata deste ponto, pois é um sujeito que pode colapsar a sociedade, pois vai contra a ordem econômica, o direito a vida e a liberdade sexual. Para este, o combate é necessário antes mesmo do ato praticado, a fim de não causar os danos ao bem-jurídico, nesse conceito Jakobs (2007) afirma que “[...] é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade”. (p.41).

Sendo assim, não serão apenas os fatos ocorridos levados em conta, pois existe a medida de coação contrassujeitos que se agrupam em associações criminosas, mesmo sem a consumação de algum delito, sendo uma medida de segurança, visto que são um estado de guerra adotado pelo autor contra estas possíveis ameaças, pois é cristalino que o indivíduo que faz parte de um grupo criminoso tem a intenção de cometer delitos.

A respeito disto, Jesús-Maria Silva Sánchez (2013), penalista espanhol, acredita em uma terceira velocidade do direito penal que seria a de prevenção contra os futuros riscos para a ordem jurídica, afirmando que:

[...] o Direito Penal, que reagia a *posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está ‘administrativizado’. (SÁNCHEZ, 2013, p.148, grifo do autor).

Desse modo é perceptível que se encaixa em uma das características da teoria exposta por Jakobs, a fim de impedir o perigo, diferentemente das outras velocidades do direito penal, que seriam as tradicionalistas, sendo a primeira usada em sanções mais graves envolvendo penas que culminam na

privação de liberdade, e a segunda a respeito de infrações mais brandas, não sendo crimes de pena privativa de liberdade.

Em segunda concepção para o combate do inimigo, Malan (2006) afirma que “[...] a acentuada desproporção das penas cominadas, pois o legislador não leva em consideração o adiantamento da punibilidade [...]”. (p.3). Assim deve ser conduzida a mesma pena que seria aplicada com a consumação do ato, mesmo ele sendo meramente preparatório, em outras palavras, seria o mesmo que estivesse praticado o delito, dessa maneira será aumentado a pena tanto pelo ato preparatório, tanto pela consumação que poderia acontecer se não fosse à antecipação da punibilidade.

Em outro plano, o inimigo, que ao adquirir esta condição, perde suas garantias, como já fora mostrado, então mais uma das formas para caracterizar o combate do inimigo, é a supressão de algumas de suas garantias fundamentais, tais como os preceitos apresentados por Hobbes e Kant, em que Jakobs segue a mesma linha, pois este indivíduo perigoso não necessita de todas as garantias processuais dispostas, um exemplo de que as garantias são suprimidas é antecipação da punibilidade, pois se levamos em consideração a Constituição Brasileira, onde afirma que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, Art. 5. LVII). Resta cristalino uma supressão de direitos uma vez que o réu já está sendo considerado culpado por mera suspeita de ser um inimigo.

Ademais, Jakobs explica como que Estado deve lidar na questão da supressão de direitos:

[...] no Direito Penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervém em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado. (JAKOBS; MELIÁ, 2007, p. 40).

A vista destas características de combate ao inimigo, o processo penal necessita de adaptações frente ao inimigo, o que também foi desenvolvido por Jakobs, assim José Miguel Sardinha apresentou o plano das restrições de direitos fundamentais em caso de restrições à luz de um processo penal do inimigo.

[...] (i) prisões para averiguação decretadas com base em mera suspeita, com dispensa de autorização judicial; (ii) mecanismos de delação premiada; (iii) julgadores de exceção, ou seja, casuisticamente, após a prática da infração penal, muitas vezes com identidade sigilosa (juízes sem rosto); (iv) regimes de execução penal sem quaisquer direitos para o apenado. (SARDINHA, 1989, apud MALAN, 2006, p. 4).

É perceptível que por meio das garantias suprimidas o inimigo não vai ter a amplitude do processo penal, até mesmo durante a execução penal e enquanto estiver preso, pois é necessário que a sociedade seja mantida fora do perigo eminente que eles proporcionam por isto não se deve levar

em conta um regime aberto ou semiaberto para o inimigo, pois mesmo com o monitoramento existe a representação do risco.

3 O DIREITO PENAL DO INIMIGO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

3.1 O Encontro Entre Princípios Consagrados e o Direito Penal do Inimigo

Por sua vez, nas medidas de combate do inimigo vemos que estas supressões de garantias padecem de inconstitucionalidade, pois por mais que Jakobs insira o conceito do inimigo no Estado Democrático de Direito é um método não consagrado pelos tratados de direitos humanos, estes que compõem a Constituição Federal Brasileira de 1988, onde expõe os direitos e deveres de todos os cidadãos, mesmo que cometam crimes, sendo assim, é necessário analisar como alguns princípios inerentes da Constituição e do direito penal se comportam diante da teoria do Direito penal do Inimigo, pois há várias divergências com a doutrina, sendo de certo modo até inaplicável no Estado Brasileiro.

Logo nas primeiras páginas do Código Penal Brasileiro é visto os princípios e garantias que cada indivíduo possui como o princípio da Legalidade, amplamente consagrado, onde diz que “Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1940, Art. 1). Vendo que a doutrina do inimigo de antemão tem objetivo de penalizar o inimigo antes mesmo de qualquer ato de maneira prospectiva, assim claramente é supressão de direito incluída por Jakobs.

Dentre outro princípio Constitucional há o da Dignidade da Pessoa Humana, que já é possível ser visto no art. 1 da Constituição Federal Brasileira de 1988:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...] III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988)

Desse ponto é notável que todo Estado-parte das convenções e tratados de direitos humanos, devem garantir o mínimo para subsistência dos cidadãos que há compõe, a fim de evitar as barbarizes da segunda guerra mundial, onde não houve dignidade alguma ao ser humano no holocausto, em vista disto foi criada a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que apresenta o seguinte em seu preâmbulo “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis [...].

O Brasil, por sua vez, apresenta elementos desta declaração em sua Constituição, sendo assim, a figura do inimigo por mais que tenha renunciado as garantias do Estado para viver em uma vida criminosa tem direitos inalienáveis tais estes como as garantias processuais, sendo percebível em “[...] a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;” (BRASIL, 1988, Art. 5. XLI). Não se podem suprimir direitos fundamentais como o do processo legal, além disto, a obtenção de provas para identificar o inimigo não pode se dar por mera suspeita. Desse modo, seguindo

os parâmetros do conceito de inimigo, não haverá garantias durante a execução da pena, o que vai de controvérsia com a Constituição Brasileira “[...] é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL, 1988, Art. 5. XLIX).

É notório que a dignidade da pessoa humana vai de encontro com os direitos humanos e constituição, pois nenhum indivíduo deve passar por um momento degradante durante a sua subsistência, sobre isto a Constituição Brasileira de 1988 aborda “III – ninguém será submetido à tortura nem tratamento desumano ou degradante” (BRASIL, 1988, Art. 5).

Além disto, o princípio da presunção da inocência, onde que o indivíduo só é considerado culpado após o trânsito em julgado, a fim de manter todas as garantias processuais do cidadão, pois para o Estado não há inimigo, levando em conta este princípio, a aplicação do direito penal só acontecerá em *ultima ratio*, não devendo haver toda esta antecipação proposta no combate até mesmo suprimindo a defesa dos mesmos, sendo de maneira completamente retrospectiva aos fatos.

3.2 Aplicação do Direito Penal do Inimigo em Análise a Constituição Brasileira

Analisando brevemente estes princípios percebe-se que o Direito Penal do Inimigo não tem como ser aplicado no Ordenamento Jurídico Brasileiro, pois claramente vai de encontro com a constituição e aplica-lo poderia gerar sanções, mas existem influências em leis brasileiras e até mesmo na Constituição, não para a aplicação de fato, mas resquícios do estabelecido na doutrina, principalmente quando se trata de impedir os atos preparatórios, devendo se levar em conta o princípio da ofensividade que divide os crimes entre perigo concreto e o perigo abstrato, este, em que a lei presume a lesão, ocorrendo em modo prospectivo dos fatos, muito disto é visto na legislação brasileira para impedir as organizações criminosas, grupos terroristas, o tráfico de drogas, sendo que todos estes atos delituosos dos “inimigos” do Estado Brasileiro necessitam da preparação e para evitar danos futuros o legislador utiliza-se de métodos para impedi-los.

A Constituição Brasileira apresenta aspectos da doutrina de Jakobs, presente no artigo 5º, alguns exemplos seriam:

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

[...]

XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. (BRASIL, 1988)

A partir disto é possível perceber que, que indivíduos que tem a intenção de se reunirem com armas devem ser impedidos preventivamente, para evitar maiores danos, pois se presume o perigo do indivíduo armado e o poder de uma arma de fogo. Outro ponto de consideração de sinais da doutrina do inimigo é que os crimes de tortura, terrorismo, crimes hediondos, de tráfico são insuscetíveis de graça, pois, quem comete este tipo de delito deve ser restritamente penalizado, sendo considerados inimigos, além, da antecipação para os atos preparatórios. E por fim deixando claro o que é inimigo na constituição, vemos que grupos com intuitos de ir contra a ordem constitucional, ou seja, na visão de Hobbes indivíduos de alta traição que atuam através de seu estado natural não concordando com as regras estabelecidas pelo instrumento maior de leis do país.

3.3 Aplicação Indireta do Direito Penal do Inimigo em Análise as Leis Brasileiras

Não é somente a constituição que dá brechas ao Direito Penal do Inimigo, pois a há meras semelhanças ao exposto por Jakobs, considerando o cenário de 1988 em que não se tinha a amplitude da doutrina, por conta disto, às leis que antecederam trouxeram mais referências e uma destas é a Lei 12.850, de 12 de agosto de 2013, que dispõe das organizações criminosas, que dispõe da seguinte redação:

Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Assim, os indivíduos que se juntarem a uma organização criminosa estão renunciando uma parte de seu direito em liberdade e passando a ser inimigo concorrendo a uma pena ou coação, para evitar danos futuros, então o Estado irá agir de maneira anterior aos fatos, uma vez que, o sujeito já se juntou a uma organização e provavelmente estará planejando atos contra o bem-jurídico alheio, para isto é permitido até mesmo à infiltração de agentes policiais, a fim de obter provas para interromper a prática.

Art. 10. A infiltração de agentes de polícia em tarefas de investigação, representada pelo delegado de polícia ou requerida pelo Ministério Público, após manifestação técnica do delegado de polícia quando solicitada no curso de inquérito policial, será precedida de circunstanciada, motivada e sigilosa autorização judicial, que estabelecerá seus limites.

[...]

Art. 15. O delegado de polícia e o Ministério Público terão acesso, independentemente de autorização judicial, apenas aos dados cadastrais do investigado que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito. (BRASIL, 2013)

Seguindo, temos a Lei 13.260, de 16 de março de 2016, esta lei dispõe sobre as práticas terroristas, até antes mesmo apresentadas pela Constituição como crimes inafiançáveis, sendo assim o Estado considera o inimigo aquele que venha apenas planejar a prática ou consumir o ato, deste de que haja provas para tal, assim agirá antes que os fatos aconteçam para manter a ordem na sociedade.

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito: Pena - a correspondente ao delito consumado, diminuída de um quarto até a metade.

§ 1º Incorre nas mesmas penas o agente que, com o propósito de praticar atos de terrorismo:

I - recrutar, organizar, transportar ou municiar indivíduos que viajem para país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade; ou

II - fornecer ou receber treinamento em país distinto daquele de sua residência ou nacionalidade. (BRASIL, 2016)

Além disto, o juiz pode suprimir certos direitos já nos atos antecedentes, como de bens, a fim de reparar os danos futuros, para isto deste que haja provas suficientes, assim data a redação da Lei 13.260/16:

Art. 12. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de crime previsto nesta Lei, poderá decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei.

[...]

§ 4º Poderão ser decretadas medidas assecuratórias sobre bens, direitos ou valores para reparação do dano decorrente da infração penal antecedente ou da prevista nesta Lei ou para pagamento de prestação pecuniária, multa e custas. (BRASIL, 2016)

Nesse tocante, a Lei 11.346, de 23 de agosto de 2006, a famosa Lei de prevenção do uso indevido e venda proibida de drogas. O Estado vê a venda de drogas como um perigo abstrato, pois sabe os danos que podem causar na sociedade, aumentando a marginalidade, por isto a própria lei não contempla a distinção entre o chefe de uma organização e o seu laçao, o que gera uma supressão de direitos ao inimigo citado por Jakobs, pois há certa desproporcionalidade.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (BRASIL, 2006)

Por fim, os Crimes Hediondos entram no rol de vistas do Direito Penal do Inimigo, visto que terá garantias suprimidas ao cometimento de um dos crimes considerados hediondos, visto que o Estado tenta afastar ao máximo indivíduo de tal periculosidade, e para isto a Lei 8072, de 25 de Julho de 1990 em seu artigo 2º, cita que os sujeitos que vierem a cometer a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de graça e indulto de acordo com o parágrafo primeiro (BRASIL, 1990). É visível a figura do inimigo para o Estado Brasileiro, porém existia tal supressão de direitos nos moldes do processo penal do inimigo, no inciso segundo do mesmo artigo, onde os sujeitos que cometessem tais delitos não seriam passíveis de liberdade provisória, mas o que foi logo vedado, além disto, eram inicialmente ordenados ao regime fechado, para isto do Supremo Tribunal Federal dispões o Habeas Corpus nº 82.959-7/SP, declarando inconstitucional. Mesmo com todas essas medidas o legislador se utilizou de benefícios para tornar as normas para estes crimes mais rigorosa, utilizando-se do Direito Penal do Inimigo.

CONCLUSÃO

Esse trabalho pretendeu entender sobre o Direito Penal do Inimigo, considerando a figura do inimigo, analisando a sua aplicação indireta em um Estado Democratizado, sendo este a República Federativa do Brasil, tendo em vista, que o inimigo é um sujeito que por conta de sua questão principiologica comete crimes sem repúdio pelos seus atos, gerando grande impacto na sociedade, dessa maneira, deve ser impedido de maneira prospectiva indo além até mesmo do que a Constituição expõe relativo aos direitos e garantias que cada indivíduo possui.

Para se atingir uma compreensão do conceito da doutrina do Direito Penal do Inimigo e como ele é regido no ordenamento jurídico brasileiro, definiu-se três objetivos específicos. O primeiro demonstrar a doutrina do Direito Penal do Inimigo. Verificou-se que a presente doutrina se divide no direito penal do cidadão, que insere o cidadão como o sujeito que segue um regramento e está de acordo com o contrato social, estabelecido por Hobbes, assim, é passível de cometer erros, mas não são de maneira reprovável a sociedade, de modo que, podem conviver e serem integrados ao Estado de maneira pacífica, doutra banda, o inimigo atua por princípio, é natural dele não seguir as regras coercitivas impostas, sendo assim, gera impactos coletivos diversos, como o de atentados terroristas, organizações criminosas, assim, devem ser detidos de maneira anterior para não ocasionar futuros danos, suprimindo direitos com intuito de proteger o bem jurídico tutelado.

Depois, verificou-se os princípios regidos pelo Direito Penal em conjunto com a Constituição Brasileira à luz do conceito de inimigo e sua falta de garantias considerando o estabelecido pela doutrina, ao tocante de que foi analisado, é perceptível supressão de direitos e garantias individuais, que até mesmo o inimigo possui, pois só será considerado culpado após o trânsito em julgado, devendo ter a garantia de um devido processo legal, da presunção de inocência, além, da utilização do direito penal em *ultima ratio*.

Adiante, foi avaliado como é possível ver resquícios do direito penal do inimigo no Brasil, mesmo que indiretamente, tendo vista que o conceito de inimigo carrega a inconstitucionalidade. A análise permitiu concluir que a teoria se aplica de maneira indireta no nosso ordenamento jurídico, sendo perceptivo em algumas legislações, essas que tendem a evitar atos preparatórios, como a lei antiterrorismo, além, da lei de organizações criminosas, que prevê que os sujeitos que se associarem com o intuito de cometer delitos, são “inimigos”, fora isto, há a lei antidrogas e de crimes hediondos,

Com isso, a hipótese do trabalho de que o Direito Penal do Inimigo não é aplicável no ordenamento jurídico brasileiro, pois, é inconstitucional, tendo em vista os princípios e garantias essenciais para o ser humano em sociedade se confirmou, devido ao fato que a supressão de garantias, mesmo sendo inimigo, não é cabível à luz da Constituição e os tratados de direitos humanos, com fim de evitar condições degradantes a qualquer ser humano.

Sendo assim, o direito penal do inimigo não pode ser aplicado no Ordenamento jurídico Brasileiro, por conta dos princípios regidos pela Constituição, mas existem maneiras de perceber resquícios da doutrina no Brasil, sendo ela indireta, principalmente relativo aos atos preparatórios, com intuito de evitar atos futuros, pôr da sua inconstitucionalidade.

E, por fim, em pesquisas futuras devem ser avaliados critérios de lapidação da doutrina para que não ocorra de maneira extremistas, assim, podendo ocorrer até a possível aplicação direta, pois, como já visto, existem resquícios indiretos, devendo ser evitada qualquer supressão de garantias constitucionais, mas sendo aproveitada a política de evitar danos futuros e possíveis atentados.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO Andre Mauro Lacerda; NETO Orlando Faccini. **O Bem Jurídico-Penal: Duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2ª edição. São Paulo: Ridendo Castigat Mores, 2001.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro: Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 11 de jun. de 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de jun. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em 13 de jun. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em 13 de jun. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm>. Acesso em 13 de jun. de 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em 13 de jun. de 2021.

CAVALCANTE, Karla Karênina Andrade Carlos. **Evolução histórica do direito penal.** Âmbito Jurídico. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/evolucao-historica-do-direito-penal-e-escolas-penais/>>. Acesso em 01 de jun. de 2021.

CZOVNY, Vinicius Justus; MARTINS, Boris. **O aniversário de 50 anos do Tribunal de Nuremberg e as relações entre Direito e Moral.** Jus.com.br. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/11799/o-aniversario-de-50-anos-do-tribunal-de-nuremberg-e-as-relacoes-entre-direito-e-moral>>. Acesso em 01 de jun. de 2021.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do inimigo.** Jusbrasil. Disponível em <<https://rogeriogreco.jusbrasil.com.br/artigos/121819866/direito-penal-do-inimigo>>. Acesso em 01 de jun. de 2021.

JAKOBS, Gunther; CANCIO MELIÀ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas.** 4ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JUNIOR, Edvaldo dos Santos Veiga. **O direito penal do inimigo: suas influências no ordenamento jurídico brasileiro e a revelação do verdadeiro inimigo.** Âmbito Jurídico. Disponível em <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-direito-penal-do-inimigo-suas-influencias-no-ordenamento-juridico-brasileiro-e-a-revelacao-do-verdadeiro-inimigo/>>. Acesso em 01 de jun. de 2021.

MALAN, Diogo Rudge. Processo Penal do Inimigo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, volume 56, Mar/Abr, 2006, p. 223 – 259. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/341000847_Processo_penal_do_inimigo>. Acesso em 09 de jun. de 2021.

MORETTI, Isabela. **Como fazer citações no TCC (Normas ABNT).** Viacarreira. Disponível em <<https://viacarreira.com/como-fazer-citacoes-no-tcc-normas-abnt/>>. Acesso em 01 de jun. de 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos do Humanos**. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 12 de jun. de 2021.

ORTEGA, Flávia Texeira. **As velocidades do direito penal**. Jusbrasil. Disponível em <<https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/noticias/344640749/as-velocidades-do-direito-penal>>. Acesso em 01 de jun. de 2021.

REDLER, Ivana. **Conheça os principais princípios do direito penal**. Master juris. Disponível em <<https://masterjuris.com.br/conheca-os-principais-principios-do-direito-penal/>>. Acesso em 12 de jun. de 2021.

RUBIS, Israel Lima Braga; SOUTO, Marcos Virginio; MACÊDO, Wendel Alves Sales. Análise da teoria do direito penal do inimigo. **Revista Direito e Dialogicidade**, Ceará, volume 07, Jan/Jul, 2016, p. 30 – 44.

SÁNCHEZ Jésus-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal**: Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Luiz Otavio de Oliveira Rocha (trad.). 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

VANI, João Paulo. O Direito Penal do Inimigo: uma perspectiva histórico-literária acerca dos julgamentos aos nazistas e do ato patriótico. **Revista Themis**, São Paulo, volume 01, Ano 01, Jan-Jun. 2020, p. 60 – 76. Disponível em <http://www.revistathemis.com.br/arquivos/revista01/ThemisV01A01_Article04.pdf>. Acesso em 02 de jun. de 2021.

UMA ANÁLISE JURÍDICA DO INSTITUTO DO *HOMESCHOOLING* NO BRASIL E O TIPO PENAL DO ABANDONO INTELECTUAL

WYNARANA BARROSO GONÇALVES:

Graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho.

GUSTAVO LUÍS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES 2

(orientador)

RESUMO: O *homeschooling* é uma modalidade de educação desescolarizada que vem ganhando um espaço cada vez maior entre as famílias brasileiras. Há, porém, um questionamento acerca dessa modalidade de ensino, que traz debates sobre a configuração do crime de abandono intelectual. A metodologia utilizada deu-se através de pesquisa bibliográfica, empregando o método de abordagem dedutivo. Em um primeiro momento, cuidou-se de analisar o *homeschooling* no contexto brasileiro, trazendo discussões sobre o instituto, como a preocupação com o bem-estar da criança, a não obrigatoriedade da matrícula em uma instituição de ensino e modelos de socialização, além de trazer à baila projetos de lei sobre a regulamentação do instituto do *homeschooling* no Brasil. Em um segundo momento, tratou-se da educação domiciliar como um direito social. O último momento, reservou-se à tarefa de expor sobre o crime de abandono intelectual e sua possível incidência com o instituto do *homeschooling*. Todavia, por falta de regulamentação sobre o tema, há uma insegurança jurídica em relação à educação domiciliar no Brasil. Mediante o exposto, o presente artigo tem o propósito de analisar se a prática do *homeschooling* constitui crime de abandono intelectual, ou seja, se os pais que decidem ensinar os filhos no âmbito familiar estão deixando de prover a instrução dos mesmos.

Palavras-chave: *Homeschooling*, crime de abandono intelectual, ensino domiciliar, Recurso Extraordinário nº 888.815/15.

ABSTRACT: Homeschooling is a form of unschooled education that has been gaining more and more space among Brazilian families, however, there is a question whether this type of education constitutes the crime of intellectual abandonment. The methodology used was through bibliographical research, using the deductive approach method. At first, we took care to analyze homeschooling in the Brazilian context, bringing discussions about the institute, such as the concern with the child's well-being, the non-mandatory enrollment in a teaching institution and socialization models, in addition to bring up bills on the

2 Professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. *E-mail:* gustavomtradv@hotmail.com.

regulation of the homeschooling institute in Brazil. In a second moment, home education was dealt with as a social right. Finally, the task of exposing about the crime of intellectual abandonment and its possible impact on the homeschooling institute was reserved. However, due to the lack of regulation on the subject, there is a legal uncertainty in relation to home education in Brazil. Based on the above, this article aims to analyze whether the practice of homeschooling constitutes a crime of intellectual abandonment, that is, whether parents who decide to teach their children in the family environment are failing to provide instruction for them.

Key-words: Homeschooling, intellectual abandonment crime, extraordinary resource.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo o instituto do *homeschooling*, ou educação domiciliar, como é conhecido aqui no Brasil, como direito dos pais e/ou familiares a optarem por uma educação desescolarizada, sem prejuízo de incorrer no crime de abandono intelectual, à luz do **Decreto-lei nº 2.848/1940** - Código Penal Brasileiro, da Lei nº. 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), da Lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (LDB) e da Constituição Federal de 1988.

O *homeschooling* é uma modalidade educacional pela qual os pais optam por educar seus filhos em casa, sem a obrigatoriedade de matriculá-los em uma instituição de ensino formal. Dessa forma, os próprios pais podem se responsabilizar por serem seus educadores ou até mesmo contratar professores para educá-los em casa.

Quanto ao que será estudado por essas crianças, questiona-se sobre a definição do currículo a ser utilizado, se este seria de acordo com as crenças e valores dos pais, ou devendo optar pelo currículo nacional comum ou, ainda, utilizar-se do modelo da educação clássica. A educação clássica, muito influente na cultura ocidental, tem seu currículo educacional baseado no *trivium*, que é formado por três estágios: a gramática, a lógica e a retórica, sendo esses estágios relacionados entre si. Entretanto, o comum entre as famílias que fazem ensino domiciliar é optarem pelo currículo definido nacionalmente pelos órgãos e sistemas nacionais responsáveis.

A prática dessa modalidade de ensino ainda não foi regulamentada em todos os Estados do Brasil. Nesse percurso, houve constituições federais que previam a autonomia da família para promover a educação dos filhos com liberdade na escolha dos meios pedagógicos, no entanto, foi com a Constituição de 1988 e com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/90) que a inserção das crianças em idade escolar nas instituições de ensino regulares passou a ser obrigatória. Embora a Constituição Federal estabeleça a educação como um dever da família juntamente com o Estado, o ECA e a LDB

instituem a matrícula obrigatória nas instituições de ensino, tirando a autonomia da família de escolher dirigir à instrução os seus próprios filhos.

Quanto ao crime de abandono intelectual, referido no art.246 do Código Penal, o tipo penal exige uma condição para que se incorra no crime, a de deixar, “sem justa causa”, de prover a educação dos filhos. O tipo de instrução a que a redação se refere não deixa claro se a educação doméstica pode suprir o provimento educacional ofertado em instituições de ensino e, caso seja, em quais condições seriam.

Nessa acepção, emerge o questionamento: os pais que deixam de matricular seus filhos numa instituição de ensino para serem os responsáveis diretos por sua educação, incorrem no crime de abandono intelectual?

Por se tratar de um tema ainda não aceito amplamente no Brasil, tendo sido aprovadas apenas duas Leis recentemente, a Lei nº 6.759 de 16 de dezembro de 2020, no Distrito Federal, e a Lei nº 20.739 de 4 de outubro de 2021, no Paraná, surgem, assim, dúvidas a respeito de sua legalidade.

A escolha do tema do presente estudo se deu através do contato com famílias apoiadoras e praticantes do *homeschooling*, tendo como destaque as crianças *homeschoolers*, suas desenvolvuras e perspicácia, surgindo, assim, o intento de contribuir no meio acadêmico e jurídico com este tema tão relevante e tão pouco explorado no contexto brasileiro, pois se trata de uma forma de educação paralela à educação regular desenvolvida no Brasil.

Mister se faz assinalar que em razão da pandemia do coronavírus que se alastrou no ano de 2020 e a necessidade de adequação da educação escolar, o tema do *homeschooling* no Brasil foi evidenciado, visto que uma das formas de adequação escolar para contenção do vírus foi o ensino remoto, principalmente através de aulas virtuais. Diante disso, o presente artigo tem relevância social por se tratar de um tema atual, que ainda tem sido alvo de debate no Supremo e entre famílias que desejam aderir a esse tipo de educação, mas têm receio de sanções Estatais.

Por fim, para o bom desenvolvimento do presente artigo, analisou-se o instituto do *Homeschooling* no Brasil e o tipo penal do abandono intelectual, revisando a bibliografia em Direito Penal sobre o *Homeschooling*, da Lei nº. 8.069/1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), da Lei nº 9.394/96 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) e da Constituição Federal de 1988. Identificou-se, ainda, o instituto do *Homeschooling* no ordenamento brasileiro como legal ou não; ou como um direito constitucional ou não.

2 UMA BREVE ANÁLISE DO HOMESCHOOLING NO CONTEXTO BRASILEIRO

O *homeschooling* se trata de um termo em inglês utilizado para se referir ao ensino domiciliar ou educação no lar. Acerca disso, para empreender as discussões, primeiramente é necessário que se faça a distinção entre educação e ensino. Conforme aduz Moreira (2017), a educação se trata de um processo abrangente que não se restringe apenas ao ambiente escolar e que se desenvolve conforme as mudanças individuais de cada um, resultando da participação do educador, do estudante e da sociedade. Por outro lado, o ensino “pressupõe necessariamente a intenção (objetivo a ser alcançado por quem se submete ao ensino) e o caráter triádico, pois se refere a quem ensina, a quem se ensina e ao que é ensinado” (MOREIRA, 2017, p.23).

Trazendo o tema estritamente ao âmbito nacional, essa prática tem sido alvo de discussão cada vez mais crescente em razão da notável decadência da educação brasileira, onde as escolas têm formado, em sua grande maioria, analfabetos funcionais. Além disso, em um país onde a polarização política tem se tornado gradativa, a escola, como principal condutora de conhecimentos, pode ser considerada como uma forte influenciadora de ideologias nefastas, motivo ainda mais preocupante para os pais que prezam por uma boa educação com princípios.

Embora tais discussões tenham surgido recentemente, não é novidade alguma essa modalidade de ensino no Ocidente, pois trata-se de uma prática antiga muito comum à Inglaterra e aos Estados Unidos e que, atualmente, vem sendo cada vez mais debatida. A isso corrobora o que bem ressalta Cabreira (2020), trazendo que “os Estados Unidos da América são considerados o berço do *homeschooling*, vez que nele se localiza o maior número de crianças e adolescentes em ensino domiciliar”.

Conforme Callihan, Jones e Wilson (2017, p.15), “a educação clássica começava no lar ou na escola de gramática, e, para alguns, continuava se aprofundando nos anos de faculdade.” A escola de gramática a que o texto se refere era um tipo de escola no Reino Unido na qual ensinava-se o latim. Não era necessário, portanto, a obrigatoriedade de se estudar em uma instituição de ensino para ser admitido em uma faculdade, como por exemplo, em Harvard e Yale, bastava seguir certas exigências de conhecimentos para o ingresso nas faculdades.

Não é de se desprezar de todo os pensamentos contrários à educação domiciliar, pois há uma preocupação legítima, por parte de alguns, quanto ao bem estar da criança, visto que, infelizmente, há muitos casos de maus tratos não só no Brasil, mas pelo mundo afora. Em razão disso, é necessário pensar além, levando em consideração não somente o melhor interesse da criança e do adolescente, mas o interesse dos pais em dirigir sua instrução ao mesmo tempo em que estes são fiscalizados pelo Estado, para garantir a segurança dessas crianças e adolescentes que são adeptas do *Homeschooling*.

Além disso, aqueles que são contrários à educação domiciliar questionam também a respeito da socialização das crianças *homeschoolers*, já que elas estariam sendo cerceadas da socialização escolar. Além disso, a respeito dessa questão, Moreira (2017) destaca com propriedade alguns agentes de socialização, elencando-os em primários e secundários. Os agentes primários de socialização são aquelas pessoas do convívio do indivíduo, ou seja, os familiares e os amigos. Já os agentes secundários, são as instituições sociais, por exemplo, a igreja.

Assim, os pais ou responsáveis pela criança ou adolescente adepta à educação domiciliar não teria apenas a escola como único meio de socialização, mas a família, amigos, espaços de lazer como clubes, parquinhos, escolas de artes marciais, escolas de música *etc.*

Segundo Cinthya Oliveira (2021), a educação domiciliar pode estar sendo praticada por mais de 30 mil famílias brasileiras, isso porque, segundo a ANED – Associação Nacional de Educação Domiciliar, houve um aumento nos contatos feitos pelas famílias interessadas na prática do ensino domiciliar no período de pandemia, tendo recebido uma média diária de 30 pedidos de informações a respeito da educação domiciliar.

Como bem demonstra Dourado (2020), no Brasil, no período entre 2001 a 2018, vários projetos de Lei foram apresentados na tentativa de regulamentar a educação fora do ambiente das escolas. Entretanto, após várias tentativas frustradas, foi sancionada recentemente a Lei nº 20739 de 04 de outubro de 2021 que regulamenta o ensino domiciliar no Estado do Paraná, e a Lei nº 6.759 de 16 de dezembro de 2020, que regulamenta o ensino domiciliar no Distrito Federal. Diante disso, constata-se que não foi por falta de iniciativas para regulamentar essa modalidade de ensino, em âmbito geral, que ainda não foi legalizada.

Vale ressaltar que as leis que regulamentam o ensino domiciliar no Paraná e no Distrito Federal não foram de todo positivas para as famílias adeptas do *homeschooling*, pois traz muita interferência estatal, cerceando o pouco da liberdade dos pais e responsáveis adeptos da prática.

A Lei nº 6.759 de 16 de dezembro de 2020, que regulamenta o ensino domiciliar no Distrito Federal, limita a liberdade dos pais quanto aos conteúdos que serão ministrados no contexto de educação domiciliar. É o que prega o seu art. 8º, *caput*: "O desempenho do discente é avaliado com base nos conteúdos ministrados na rede pública de ensino do Distrito Federal, devendo ser equivalente ao do aluno inscrito no regime regular de ensino." Desse modo, os adeptos da modalidade estariam limitados ao conteúdo programático das instituições de ensino públicas.

Paralelamente, a Lei nº 20739 de 04 de outubro de 2021 que regulamenta o ensino domiciliar no Estado do Paraná, traz ainda mais cerceamento de liberdade, pois obriga os pais a submeterem seus filhos periodicamente à avaliações de aprendizagens aplicadas pelo sistema público de ensino e à participação dos alunos em atividades públicas ou privadas, sendo obrigatória a comprovação de uma carga horária de 8h mensais.

Porém, um ponto em comum entre as duas leis que se mostra bastante positivo é a impossibilidade de praticar o ensino domiciliar os pais que foram condenados por crimes dolosos contra a vida ou por violência doméstica ou contra a criança e adolescente. É o que diz o art. 3º da Lei nº 20739 de 04 de outubro de 2021:

Art. 3º Veda a opção pelo ensino domiciliar aos pais ou responsáveis dos alunos que:

I - tenham sofrido condenação pela prática de qualquer crime doloso contra a vida e os crimes cometidos na modalidade dolosa, previstos na:

a) Parte Especial do Decreto-Lei Federal nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940;

b) Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

c) Lei Federal nº 8.072, de 25 de julho de 1990;

d) Lei Federal nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, e

e) Lei Federal nº 11.343, de 23 de agosto de 2006;

II - tenham sofrido as determinações cabíveis previstas no art. 101 da Lei Federal nº 8.069, de 1990; ou

III - que estejam respondendo administrativa ou judicialmente por falta, omissão ou abuso à criança e ao adolescente, nos termos do que preceitua o inciso II do art. 98 da Lei Federal nº 8.069, de 1990.

Em vista disso, nota-se que houve uma preocupação por parte do legislador de proteger a criança e o adolescente de possíveis abusos no âmbito familiar, haja vista que, além de impossibilitar o ensino domiciliar por quem houver praticado tais crimes, há também a obrigatoriedade de acompanhamento pelo Conselho Tutelar para aqueles pais que forem considerados aptos para praticarem o *homeschooling*.

Em uma pesquisa feita pela ANED (2021) entre 26 de junho de 2021 e 02 de julho de 2021, foram feitos alguns questionamentos quando à educação domiciliar no Brasil e à

sua regulamentação. A maioria, com uma porcentagem de 94%, concorda que a educação domiciliar precisa ser regulamentada urgentemente, porém, mesmo concordando que se trata de uma questão de urgência, 75% dessas famílias preferem ficar sem leis do que ter leis ruins e muito restritivas.

Por conseguinte, o que se pode concluir através dessa pesquisa é que é preferível estar em um limbo jurídico a ter uma lei que regulamenta o tema, e que, ao mesmo tempo, restringe muito os pais a exercerem plenamente o direito de dirigir a instrução de seus filhos.

3 A EDUCAÇÃO COMO DIREITO SOCIAL

Conforme Souza (2015), os direitos sociais se caracterizam como liberdades positivas, sendo condições indispensáveis para o gozo dos direitos de cada cidadão no Estado Social de Direito, concretiza-se através da atuação do Estado com a finalidade de diminuir as desigualdades sociais.

A Constituição Federal, em seu artigo 6º, classifica a educação como direito social, ou seja, como prestação que pode ser exigida pelo cidadão ao Estado. Os direitos sociais têm como objetivo proporcionar melhores condições de vida aos setores mais enfraquecidos da sociedade e isso decorre do princípio da igualdade substancial contido no caput do art. 5º e do objetivo da República Federativa do Brasil de erradicar a pobreza, a marginalização, além de reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Embora seja um direito social garantido pela Constituição Federal, bem se sabe que nem todos têm acesso à educação. Existe ainda muita desigualdade em nossa sociedade e, apesar de haver um esforço estatal para suprir tais necessidades, restam muitas lacunas.

A escola é um dos principais lugares com essa carência em questões de adequação às necessidades dos alunos, principalmente em se tratando da escola pública. Não basta apenas construir rampas de acesso à cadeirantes nas instituições de ensino para dar um ar de inclusão, deve haver formação docente para atender de fato tais necessidades. Por conseguinte, isso levaria a uma questão muito mais complexa: a individualidade.

Segundo Vilma Medina (2018), "a individualidade do ser humano consiste em reconhecer sua originalidade, particularidade e peculiaridade" e que "reconhecer e respeitar a individualidade nos nossos filhos implica em uma das principais tarefas da educação". Diante disso, é imprescindível que haja um bom aproveitamento das faculdades cognitivas de uma criança, respeitando as suas individualidades, sejam elas físicas ou mentais.

O Portal Educação (2020) cita alguns dos grupos que mais têm dificuldades educacionais, dentre eles estão crianças com condições físicas, intelectuais, sociais,

emocionais e sensoriais diferenciadas, com deficiência ou bem dotadas, de grupos desfavorecidos, minorias linguísticas, grupos desfavorecidos ou marginalizados.

Nesse sentido, deve-se levar em conta que a atuação do Estado varia conforme a necessidade específica de cada cidadão, por exemplo, quando o Estado constrói moradias, direta ou indiretamente, elas devem ser destinadas prioritariamente às pessoas mais necessitadas financeiramente.

Conforme o artigo 205, a Constituição Federal determina que as instituições responsáveis por prover o direito à educação são o Estado e a Família. No entanto, essas instituições devem receber a colaboração da sociedade, que tem o papel de promover e incentivar a educação. Importante elucidar que, além de determinar que os responsáveis pela educação dos filhos são o Estado juntamente com a família, a Constituição Federal não veda o ensino domiciliar, nem determina a matrícula obrigatória em instituição de ensino.

No artigo 208, a Constituição explicita detalhadamente quais são os deveres do Estado relativos à educação, entretanto, não existe nenhum artigo que descreva como será o dever da família para com a educação, além de não especificar qual a relação que uma instituição tem com outra, já que é dever comum do Estado e da família de prover a educação.

Embora a Constituição Federal não determine a matrícula obrigatória, o art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira - LDB, juntamente com o art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, os pais tem a obrigatoriedade de matricular os filhos na instituição escolar a partir dos 4 (quatro) anos de idade. Porém, relembra-se que, na hierarquia das normas, o ECA e a LDB se tratam de leis infraconstitucionais, portanto, hierarquicamente inferiores à Carta Maior. Desta forma, há de se questionar se somente o ECA e a LDB têm o condão de realmente obrigar os pais ou responsáveis a matricularem os filhos em uma instituição de ensino, visto que a Constituição Federal institui a família como provedora da educação juntamente com o Estado.

Diante disso, o ECA e a LDB, ao estabelecerem a obrigatoriedade da matrícula, tiram a autonomia dos pais de escolherem a forma como vão prover a educação dos filhos. Como bem preconiza Gandalf (2018), "o alcance do vocábulo "educar" não está limitado apenas à educação formal fornecida pelas instituições de ensino, sob pena de ofensa ao princípio da autonomia familiar."

Nessa mesma linha de raciocínio, explicita o art. 26 da Declaração Universal de Direitos Humanos – DUDIH (1948), que a prioridade de escolher o modelo de educação que os filhos terão é dos pais, exclusivamente. Ora, é indubitável que a DUDIH e a

Constituição Federal são hierarquicamente superiores às leis que obrigam a matrícula dos filhos em idade escolar.

Dessa forma, surgem lacunas no meio jurídico com relação ao *homeschooling*, pois, por falta de regulamentação em âmbito nacional, surge uma dicotomia: de um lado, a possibilidade da responsabilização dos pais por não matricular os filhos em uma instituição de ensino em razão da obrigatoriedade da matrícula, por outro, surge a possibilidade de lesão do direito de liberdade dos pais em escolherem o modelo que julgarem mais adequado para a educação dos filhos.

Destarte, não há que se questionar o direito dos pais em escolherem o modelo de educação que será dado aos filhos, muito menos cabe ao Estado interferir nessa escolha. Porém, o ativismo judicial no Brasil tem gerado consequências negativas em razão da não observância desses direitos inerentes aos pais, quando se faz uma inversão de hierarquia de normas, gerando, assim, uma insegurança jurídica.

4 O HOMESCHOOLING DIANTE DO CRIME DE ABANDONO INTELECTUAL

Para que uma conduta seja considerada como um crime, é necessário que ela seja tipificada como tal no Código Penal Brasileiro. Para tanto, ela precisa ser típica, ou seja, é necessário que esteja descrita por lei como uma infração penal, seja ilícita ou antijurídica e culpável. Portanto, “para que se possa falar em crime é preciso que o agente tenha praticado uma ação típica, ilícita e culpável”, logo, inexistindo um desses elementos, a conduta não será considerada como crime (GRECO, 2013, p.144).

Nesse sentido, para que possa ocorrer o crime de abandono intelectual é necessário que haja a adequação ao tipo penal devidamente tipificado no Código Penal, em seu artigo 246, caput: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena - detenção, de quinze dias a um mês, ou multa.” (BRASIL, 1940).

Conforme o artigo 246 do Código Penal Brasileiro, para que haja o crime de abandono intelectual, é necessário que os pais deixem de prover a educação dos filhos sem uma causa que justifique. Há que se questionar, à guisa disso, se o interesse dos pais em prover diretamente a instrução dos filhos seria uma causa legítima.

Para os adeptos e simpatizantes do ensino domiciliar, optar pelo *homeschooling* não significa dizer que os pais deixaram de educar os filhos, apenas que eles decidiram que a educação de seus filhos seria provida por um meio diverso do usual, ou seja, matriculando em uma instituição de ensino.

Nessa acepção, faz-se oportuno lembrar da recente pandemia do covid-19 que se alastrou entre o final de 2019 e início de 2020 no mundo inteiro, impactando a vida de todos, tendo comércios fechados, aulas presenciais suspensas, além de uma série de

medidas e restrições na tentativa de conter o vírus. Em virtude disso, vários são os questionamentos que surgem a respeito da obrigatoriedade de se frequentar uma sala de aula.

Não há que se falar em lesão ao bem jurídico tutelado pelo art. 246 do Código Penal se o menor em idade escolar está recebendo a instrução primária dentro de casa. O que ocorre no Brasil é que, por não haver regulamentação de forma geral dessa modalidade de ensino, os pais que optam pelo ensino domiciliar estão sujeitos a não somente responder judicialmente por um crime, como não conseguirem êxito quanto ao ingresso do filho em um Ensino Superior por falta de diploma do Ensino Médio.

É precípua mencionar, como destaca Machado (2021), o recente caso em que uma praticante de *homeschooling* foi impedida de ingressar na faculdade de Engenharia Civil após ter sido aprovada em 5º lugar, através da prova do Enem (Exame Nacional do Ensino Médio). A partir de exemplos como este, questiona-se se o país está realmente interessado no desenvolvimento intelectual dos seus cidadãos ou se apenas está preocupado em manter crianças e adolescentes dentro dos muros da escola.

Nesse diapasão, para melhor análise do instituto do *homeschooling* no âmbito penal, é preciso fazer uma distinção entre deixar de prover a instrução e deixar de matricular em uma instituição de ensino. Segundo Moreira (2017), a instrução manifesta-se pela transmissão de conhecimentos, de modo que possibilite a atuação do indivíduo no mercado de trabalho.

Portanto, deve-se ponderar se os pais que decidem optar pela educação domiciliar estão realmente deixando de prover a instrução do filho, ou se estão apenas preocupados com o que seu filho vai aprender e se realmente vai aprender, de tal modo que prefiram participar da educação de seus filhos de forma ativa e direta.

Faz-se oportuno trazer à discussão o Recurso Extraordinário 888.815 que teve repercussão geral, foi interposto na Suprema Corte em 2015, sendo julgado apenas em setembro de 2018, onde, infelizmente, foi negado o direito à educação domiciliar. O recurso foi submetido ao Supremo Tribunal Federal a partir de um Mandado de Segurança impetrado contra a Secretaria Municipal de Educação do município de Canela-RS.

Conforme o voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso, em relação ao *homeschooling* e o crime de abandono intelectual, "o tipo não se aplica, porque os pais de crianças que estão em ensino domiciliar estão provendo instrução aos seus filhos, apenas por um método diferente do convencional ou do que é adotado pela maioria das pessoas." O Ministro ainda continua dizendo que "a tese do abandono intelectual é mais infundada ainda se nós nos dermos conta de que a educação domiciliar dá muito mais trabalho e

impõe muito mais ônus aos pais e responsáveis do que a educação em instituição formal de ensino.” (STF, 2018, p. 7).

Acrescenta-se, ainda, que, para o Ministro Barroso, os pais que optam por essa modalidade não o fazem por preguiça, capricho ou desfastio, visto que se trata de uma opção muito mais trabalhosa (STF, 2018). Apesar das sábias argumentações do Ministro em favor do *homeschooling*, o Recurso Extraordinário foi desprovido por maioria dos votos, entretanto, o Supremo não julgou o ensino domiciliar inconstitucional, o que dificultaria a aprovação de lei nesse sentido.

Imperioso é destacar aqui um ponto importante levantado pelo ministro Barroso, que é comumente atacado por pessoas que são contra o ensino domiciliar, que diz respeito à socialização da criança. Nas palavras do Ministro, “as crianças que estão em educação domiciliar [...] não apenas têm melhor desempenho acadêmico, o que é indisputado, como também apresentam um nível elevado de socialização, acima da média.” (STF, 2018, p.8).

O ministro Edson Fachin, afirma em seu posicionamento que “desde que atendidos os princípios constitucionais relativos à educação, nenhuma concepção pedagógica pode ser aprioristicamente afastada.” (STF, 2018, p. 13), e continua em seu voto:

[...] “na experiência comparada, o ensino domiciliar foi estudado e, do que se tem dos autos, é possível afirmar que não haveria disparidades entre os alunos que estudaram pelo método domiciliar e os que tiveram educação formal na escola. Muitos alegam que não há qualquer dificuldade com a socialização e que as crianças que passaram pelo ensino domiciliar são plenamente integradas na sociedade.” (STF, 2018, p. 97).

No que tange à socialização, a ANED (2019) afirma que a escola não é o principal meio de socialização, visto que a socialização está ligada aos relacionamentos entre pessoas das mais variadas faixas etárias, o que não ocorre no ambiente escolar, onde as turmas são separadas de acordo com suas idades.

Ex positis, analisando o *homeschooling* em um contexto jurídico-penal, não há que se falar em adequação ao tipo penal, uma vez que os pais adeptos do ensino domiciliar não deixam de prover a instrução dos filhos em idade escolar.

5 CONCLUSÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso teve como propósito abordar o instituto do *homeschooling* no contexto brasileiro, ou educação domiciliar, como é conhecido no Brasil, analisando o crime de abandono intelectual e sua possível incidência no tipo penal.

Como foi possível observar, embora possa haver uma insatisfação das famílias adeptas do *homeschooling* com o sistema de ensino no Brasil, não se trata de uma oposição às instituições de ensino, mas apenas de uma análise do direito dos pais de optarem por essa modalidade de ensino sem que eles possam correr o risco de serem penalizados por tal escolha, levando sempre em consideração o melhor interesse da criança e do adolescente e a liberdade de escolha.

A discussão sobre tema foi se expandindo no Brasil em razão da pandemia do coronavírus que se alastrou no mundo no final de 2019 para o início de 2020, pois vários estabelecimentos e instituições, inclusive as escolas e universidades tiveram que ser fechadas, adotando o modelo de trabalho *home-office* e aulas *online*.

Com isso, surgiu uma maior procura e curiosidade por parte das famílias brasileiras por essa modalidade de ensino, conforme foi demonstrado em pesquisa feita pela ANED entre o período de 26 de junho de 2021 e 02 de julho de 2021.

Não obstante que a Constituição Federal traga explicitamente o dever-direito dos pais como principais provedores da educação de seus filhos, o ECA e a LDB, leis infraconstitucionais, trazem a obrigatoriedade da matrícula em uma instituição de ensino, tirando a possibilidade dos pais de optarem por uma educação desescolarizada.

Em razão dessa brecha legislativa e, principalmente, por não haver regulamentação do *homeschooling* em âmbito nacional, tendo, até o momento, apenas duas leis como pioneiras na sua regulamentação, a Lei nº 20739 de 04 de outubro de 2021 que regulamenta o ensino domiciliar no Estado do Paraná, e a Lei nº 6.759 de 16 de dezembro de 2020 que regulamenta o ensino domiciliar no Distrito Federal, surge a ideia da possibilidade de se atribuir o crime de abandono intelectual aos pais que não matriculam os filhos em uma instituição de ensino e decidem ensiná-los em casa.

Fez-se oportuno ainda trazer na presente pesquisa o entendimento do Ministro Relator Luís Roberto Barroso em relação ao *homeschooling* e o crime de abandono intelectual no Recurso Extraordinário 888.815 com repercussão geral, em que preconiza em seu voto que o crime de abandono intelectual não se aplica ao *homeschooling*, pois se trata apenas de uma modalidade de ensino diferente da convencional, e que, apesar de não matricular os filhos em uma instituição de ensino, no ensino domiciliar, os pais não deixam de prover a instrução dos mesmos.

Diante do que foi exposto, foi possível chegar à conclusão de que o *homeschooling* ou ensino domiciliar não constitui crime de abandono intelectual, pois, para que possa haver a prática do crime, é necessário que haja uma adequação ao tipo penal, qual seja, deixar de prover a instrução do filho em idade escolar. Logo, os pais que optam por essa

modalidade de ensino estão apenas exercendo seu direito constitucional de promover a educação de seus filhos para sua formação profissional e para a vida.

REFERÊNCIAS

ANED - Associação Nacional de Educação Domiciliar. **Histórico**. 2018. Disponível em: <https://www.aned.org.br/index.php/conheca-educacao-domiciliar/socializacao>.

Acessado em 04 maio 2021

ANED - Associação Nacional de Educação Domiciliar, *et al.* **Enquete sobre a regulamentação da educação domiciliar**: Resultados da Avaliação das Famílias Educadoras sobre aspectos do Projeto de Lei que está em debate no Congresso Nacional. [S.l.]. 2020. Apresentação em *slide share*. 14 *slides*. *Color*. Disponível em: <https://www.aned.org.br/images/Juridico/Enquete Sobre a Regulamentacao.pdf>. Acesso em: 23 out. 2021.

BRASIL, Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 de outubro de 1988. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

BRASIL, **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL, **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Brasília: Presidência da República, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 28 maio 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário** 888815/RS – Canela – Rio Grande do Sul. constitucional. educação. direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à efetividade da cidadania. dever solidário do estado e da família na prestação do ensino fundamental. necessidade de lei formal, editada pelo congresso nacional, para regulamentar o ensino domiciliar. recurso desprovido. Recorrente: V. D. representada por MPD. Recorrido: Município de Canela. Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 12/09/2018, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-055 21-03-2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur400233/false>. Acesso em 28 abr. 2021.

BRASIL. **Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 28 abr. 2021.

CABREIRA, Thiago Guimarães. Homeschooling: ensino domiciliar no Brasil. **Revista Âmbito Jurídico**, São Paulo, abr. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/homeschooling-ensino-domiciliar-no-brasil/>. Acesso em: 1 maio 2021.

CALLIHAN, Wesley; JONES, Douglas; WILSON, Douglas. **Educação clássica e educação domiciliar**. 1. ed. Brasília: Monergismo, 2017.

CARDOSO, Nardejane Martins. **O direito de optar pela educação domiciliar no Brasil**. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional e Teoria Política). PPGD, Universidade de Fortaleza, 2016.

DISTRITO FEDERAL. **Lei nº 6.759, de 16 de dezembro de 2020**. Institui a educação domiciliar no Distrito Federal e dá outras providências. Brasília: Palácio do Buriti, 2020. Disponível em: http://www.buriti.df.gov.br/ftp/diariooficial/2020/12_Dezembro/DODF%20237%2017-12-2020/DODF%20237%2017-12-2020%20INTEGRA.pdf. Acesso em: 23 out. 2021.

DOURADO, Loriene. **Ensino domiciliar no Brasil**: aspectos jurídicos e educacionais. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

GANDOLF, Lucas. O direito fundamental ao *homeschooling*. *In*: Jusbrasil. 2018. Disponível em: <https://lucasgandolfe9.jusbrasil.com.br/artigos/622961673/o-direito-fundamental-ao-homeschooling>. Acesso em: 29 maio 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 15. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2013.

MACHADO, Simone. Estudante impedida de fazer USP por homeschooling ganha ofertas de emprego. **UOL**, São Paulo, 27 abr. 2021. Disponível em: <https://educacao.uol.com.br/noticias/2021/04/27/estudante-aprovada-na-usp-e-impedida-de-estudar-ganha-propostas-de-trabalho.htm#:~:text=A%20estudante%20Elisa%20de%20Oliveira,que%20o%20seu%20caso%20ganhou>. Acesso em: 28 abr. 2021.

MEDINA, Vilma. Como respeitar a individualidade das crianças. *In*: GUIA INFANTIL. [S. l.], 26 jun. 2015. Disponível em: <https://br.guiainfantil.com/blog/educacao/autonomia/a-falta-de-autonomia-das-criancas-te-preocupa/>. Acesso em: 25 out. 2021.

MOREIRA, Alexandre Magno. **O direito à educação domiciliar**. 1. ed. Brasília: Monergismo, 2017.

NAÇÕES UNIDAS. Assembleia Geral. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Brasília, DF: UNICEF, [2021?]. Adotada e proclamada em 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 29 maio 2021.

NECESSIDADES educacionais especiais. *In*: PORTAL EDUCAÇÃO. [São Paulo], c2020. Disponível em: <https://siteantigo.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/pedagogia/necessidades-educacionais-especiais/18083#>. Acesso em: 24 out. 2021.

OLIVEIRA, Cinthya. Educação domiciliar pode estar sendo adotada por 30 mil famílias brasileiras. *In*: O TEMPO. [Belo Horizonte], 12 jul. 2021. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/cidades/educacao-domiciliar-pode-estar-sendo-adotada-por-30-mil-familias-brasileiras-1.2511113>. Acesso em: 24 out. 2021.

PARANÁ. **Lei nº 20739, de 04 de outubro de 2021**. Institui as diretrizes do ensino domiciliar (homeschooling) no âmbito da educação básica no Estado do Paraná. Curitiba, PR: Palácio Iguazu, 2021. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/pr/lei-ordinaria-n-20739-2021-parana-institui-as-diretrizes-do-ensino-domiciliar-homeschooling-no-ambito-da-educacao-basica-no-estado-do-parana>. Acesso em: 23 out. 2021.

PEREIRA, Adriana Soares. **et al. Metodologia da pesquisa jurídica**. 1. ed. Rio Grande do Sul: UFSM, NTE, 2018. *E-book*.

SOUZA, Taciara de Almeida. Os direitos sociais básicos dos cidadãos brasileiros e sua efetividade. *In*: Conteúdo Jurídico. Brasília, DF: 16 abr. 2015. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44030/os-direitos-sociais-basicos-dos-cidadaos-brasileiros-e-sua-efetividade>. Acesso em: 29 maio 2021.

COMO MANTER A ZONA FRANCA DE MANAUS (ZFM) ATRATIVA, VÁLIDA E VIÁVEL PARA AS PRÓXIMAS DÉCADAS NO ATUAL CONTEXTO DE GLOBALIZAÇÃO

GLEISON PIMENTA SOUSA:
Graduando do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Amazonas

PÂMELLA MARTINS BARRETO³
(coautora)

ADRIANO FERNANDES FERREIRA⁴
(orientador)

RESUMO: A sociedade passa por um profundo processo de globalização nas últimas décadas. Neste contexto, o presente trabalho objetiva analisar a ZFM como modelo de desenvolvimento econômico e regional implantado na Amazônia e as relações privadas, nacionais e internacionais que ali se desenvolvem. Buscou-se também sistematizar os incentivos fiscais existentes na região. Tais análises foram tomadas com a finalidade de identificar mecanismos para manter a área de livre comércio viável para as próximas gerações. Neste sentido, a questão norteadora é: como manter a Zona Franca de Manaus atrativa, válida e viável para as próximas décadas no atual contexto de globalização. Para tanto, utilizou-se de revisão bibliográfica, pesquisas legislativas, informações geradas por órgãos responsáveis pela ZFM, dados disponibilizados por entes públicos atuantes na região e elementos públicos disponíveis na rede mundial de computadores, adotando-se, assim, uma abordagem multidisciplinar ante à complexidade do tema. Ao final, concluiu-se que a Zona Franca, para que possa se modernizar e se manter relevante no tempo, deve se tornar sensível a globalização dos negócios e desenvolver mecanismos que possam trazer maior segurança jurídica aos investidores, deve também promover a modernização legislativa que possibilite a simplificação dos negócios.

Palavras-chave: Zona Franca de Manaus; Incentivos; Desenvolvimento; Direito Internacional Privado.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Zona Franca de Manaus: conceito histórico e benefícios fiscais; 3. Do Direito Internacional Privado nas relações da Zona Franca; 4. Segurança jurídica e a Zona Franca de Manaus; 5. Conclusão 6. Referências.

³ Graduanda do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Amazonas – 10º período.

⁴ Professor da disciplina Direito Internacional Privado lecionada pelo junto à Universidade Federal do Amazonas – UFAM e orientador do presente artigo.

I. INTRODUÇÃO

A sociedade globalizada que tomou forma nos últimos anos trouxe maior número de relações privadas sendo amparadas por mais de um ordenamento jurídico, trazendo maior complexidade à análise desses fatos.

Tendo em conta o número de países existentes e a gigantesca variedade de ordenamentos jurídicos é natural que parte das relações jurídicas não se esgote em um único ordenamento. Nesta seara, o Direito Internacional Privado surge como forma de tratar e dar solução a essas relações privadas que transcendem fronteiras.

Neste sentido nos ensina Valério de Oliveira Mazzuoli:

Dada a dificuldade prática (ou verdadeira impossibilidade) de estabelecimento de um Direito Uniforme para a resolução de todas as questões relativas aos conflitos de normas estrangeiras interconectadas, a solução até agora encontrada tem sido atribuir ao direito interno dos Estados a competência primária para a edição de normas indicativas. A técnica escolhida e ainda aplicada pelos Estados, enquanto não sobrevém melhor solução, consiste em estabelecer, por meio do direito interno, regras de solução de conflitos de leis no espaço com conexão internacional, que vêm a ser exatamente o foco principal do DIPr. Este, como se percebe, baseia-se na extraterritorialidade das leis (nacionais e estrangeiras) e na possibilidade de sua aplicação em ordens jurídicas distintas (aplicação da lei nacional na ordem jurídica estrangeira, e da norma estrangeira perante o direito interno). Não se poderia, de fato, pensar na sobrevivência do DIPr. se não se estabelecesse, como premissa fundamental, a possibilidade de aplicar extra territorialmente o nosso direito e, em consequência, também o direito estrangeiro perante nossa ordem jurídica. Para responder a essas questões, de início é importante que se defina a competência, ou seja, analisar-se-á qual ordenamento jurídico será o responsável (competente) por reger a relação jurídica em questão (MAZZUOLI, 2018, p. 30).

O excerto do autor nos ajuda a compreender a complexidade de tais inter-relações, bem como as dificuldades de resolução das problemáticas cada vez mais globais, uma vez que tais relações podem se estender por vários campos de atuação como: negócios, sucessão testamentária, casamento, dentre diversos outros.

Neste contexto de relações múltiplas analisaremos: as relações comerciais aplicadas à ZFM, o histórico dos incentivos fiscais, a importância da ZFM para o desenvolvimento da

região amazônica e do Brasil, a necessidade de segurança jurídica para a região, as perspectivas de melhora legislativa, bem como outros mecanismos para aprimorar e alcançar um modelo que propicie maior investimento produtivo sustentável para a região.

Desse modo, em breve síntese, analisando a inserção da ZFM neste contexto internacional, pretende-se, assim, encontrar formas de mantê-la atrativa e válida para as próximas décadas, sendo este o problema balizador do presente trabalho.

Para tal objetivo, realizou-se pesquisas bibliográficas em grandes autores, analisou-se os principais ditames legais aplicáveis à região, buscou-se informações geradas por órgãos responsáveis pela ZFM, realizou-se também ampla pesquisa de dados disponibilizadas por entes públicos atuantes na região, além de pesquisa em elementos públicos disponíveis na rede mundial de computadores. Adotou-se, assim, uma abordagem multidisciplinar ante à complexidade do tema e como forma de bem responder à questão apresentada.

2. ZONA FRANCA DE MANAUS: CONCEITO HISTÓRICO E BENEFÍCIOS FISCAIS

A Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA) define a ZFM nos seguintes termos:

A Zona Franca de Manaus (ZFM) é um modelo de desenvolvimento econômico implantado pelo governo brasileiro objetivando viabilizar uma base econômica na Amazônia Ocidental, promover a melhor integração produtiva e social dessa região ao país, garantindo a soberania nacional sobre suas fronteiras. A mais bem-sucedida estratégia de desenvolvimento regional, o modelo leva à região de sua abrangência (estados da Amazônia Ocidental: Acre, Amazonas, Rondônia e Roraima e as cidades de Macapá e Santana, no Amapá) desenvolvimento econômico aliado à proteção ambiental, proporcionando melhor qualidade de vida às suas populações. A ZFM compreende três polos econômicos: comercial, industrial e agropecuário. O primeiro teve maior ascensão até o final da década de 80, quando o Brasil adotava o regime de economia fechada. O industrial é considerado a base de sustentação da ZFM. O polo Industrial de Manaus possui aproximadamente 600 indústrias de alta tecnologia gerando mais de meio milhão de empregos, diretos e indiretos, principalmente nos segmentos de eletroeletrônicos, duas rodas e químico. Entre os produtos fabricados destacam-se: aparelhos celulares e de áudio e vídeo, televisores, motocicletas, concentrados para refrigerantes, entre outros. O polo Agropecuário abriga projetos voltados a atividades de produção de alimentos,

agroindústria, piscicultura, turismo, beneficiamento de madeira, entre outras (SUFRAMA, 2020).

Conforme se observa do excerto em questão, a Zona Franca de Manaus é um modelo de desenvolvimento econômico implantado pelo governo brasileiro que objetiva, em breve síntese, viabilizar uma base econômica na Amazônia Ocidental, promovendo a melhor integração produtiva e social dessa região ao país, garantindo, desse modo, a soberania nacional sobre suas fronteiras.

A ZFM foi instituída pelo Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, que estabelece em seu artigo 2º:

Art. 1º A Zona Franca de Manaus é uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos (BRASIL, 1967).

Da análise do texto positivado se extrai o conceito legal da Zona Franca que nos ajuda a entender os mecanismos legais e os incentivos presentes na região.

A Constituição Federal de 1988 manteve a Zona Franca de Manaus nos termos do artigo nº 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT):

Art. 40. É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição (BRASIL, 1988).

Tendo em conta o texto da Carta Magna, os ditames legais compatíveis com a Constituição foram recepcionados e se mantiveram plenamente válidos, a exemplo do citado Decreto-Lei nº 288/1967.

Ainda a respeito dos ditames legais aplicáveis à região, na aquisição de insumos no mercado externo, as empresas instaladas na ZFM e que cumpram determinados pré-requisitos fazem jus aos benefícios fiscais previstos no artigo 3º do Decreto-lei nº 288/67 e no artigo 14-A da Lei nº 10.865/04. Tais benesses consistem na suspensão de tributos vinculados à importação:

Art.3º A entrada de mercadorias estrangeiras na Zona Franca, destinadas a seu consumo interno, industrialização em qualquer

grau, inclusive beneficiamento, agropecuária, pesca, instalação e operação de indústrias e serviços de qualquer natureza e a estocagem para reexportação, será isenta dos impostos de importação, e sobre produtos industrializados (BRASIL, 1967).

Art. 14-A. Fica suspensa a exigência das contribuições de que trata o art. 1º desta Lei nas importações efetuadas por empresas localizadas na Zona Franca de Manaus de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem para emprego em processo de industrialização por estabelecimentos industriais instalados na Zona Franca de Manaus e consoante projetos aprovados pelo Conselho de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA (BRASIL, 2004).

Assim, em apertada síntese, as empresas que ali se instalem e cumpram os ditames do Decreto-Lei nº 288/67, tem direito a suspensão dos pagamentos dos seguintes tributos: Imposto de Importação, Imposto sobre Produtos Industrializados, Pis/Pasep-Importação e COFINS-Importação.

No momento da saída da ZFM para o restante do território nacional, o Decreto-Lei nº 288/67, nos artigos 6º e 7º, traz a exigência do pagamento total dos tributos incidentes na importação para o caso dos bens não industrializados e o pagamento do Imposto de Importação Reduzido para o caso dos bens industrializados na ZFM, de acordo com o denominado Processo Produtivo Básico:

Art. 6º As mercadorias de origem estrangeira estocadas na Zona Franca, quando saírem desta para comercialização em qualquer ponto do território nacional, ficam sujeitas ao pagamento de todos os impostos de uma importação do exterior, a não ser nos casos de isenção prevista em legislação específica (BRASIL, 1967).

Art. 7º Os produtos industrializados na Zona Franca de Manaus, salvo os bens de informática e os veículos automóveis, tratores e outros veículos terrestres, suas partes e peças, excluídos os das posições 8711 a 8714 da Tarifa Aduaneira do Brasil (TAB), e respectivas partes e peças, quando dela saírem para qualquer ponto do Território Nacional, estarão sujeitos à exigibilidade do Imposto sobre Importação relativo a matérias-primas, produtos intermediários, materiais secundários e de embalagem, componentes e outros insumos de origem estrangeira neles empregados, calculado o tributo mediante coeficiente de redução de sua alíquota ad valorem, na conformidade do § 1º deste artigo, desde que atendam nível de

industrialização local compatível com processo produtivo básico para produtos compreendidos na mesma posição e subposição da Tarifa Aduaneira do Brasil (TAB) (BRASIL, 1967).

Do texto legal colacionado se extrai que para o caso de bens industrializados sem Processo Produtivo Básico ou em desacordo com este e posteriormente destinados a outros pontos do território nacional é necessário que se observe regras diferenciadas para cada tipo de tributo suspenso, a depender da situação fática apresentada.

Assim, em relação ao Importo de Importação (II), só fazem jus à redução no momento da saída da Zona Franca, os produtos industrializados que atentam ao nível de industrialização compatível com o Processo Produtivo Básico, é o que disciplina o artigo nº 7 do Decreto-Lei Nº 288/67. Desse modo, devem pagar a totalidade do imposto suspenso os que industrializarem sem PPB ou em desacordo com este.

Em relação ao IPI, a isenção de que trata o art. 9º, parágrafo 1º, do Decreto Lei nº 288/67, esta, só se aplica às mercadorias industrializadas na ZFM que observem os requisitos do Art. 7º, e, dentre estes, está a industrialização compatível com o Processo Produtivo Básico:

Art. 9º Estão isentas do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) todas as mercadorias produzidas na Zona Franca de Manaus, quer se destinem ao seu consumo interno, quer à comercialização em qualquer ponto do Território Nacional (BRASIL, 1967).

Em relação ao Pis/Pasep-Importação e COFINS-Importação suspensos, a suspensão também está condicionada a destinação correta do bem/mercadoria, sendo devidos em sua integralidade em caso de descumprimento de Processo Produtivo Básico ou desvio de finalidade, em conformidade com o artigo nº 22 da Lei nº 10.945/2009:

Art. 22. Salvo disposição expressa em contrário, caso a não-incidência, a isenção, a suspensão ou a redução das alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep, da Cofins, da Contribuição para o PIS/Pasep-Importação e da Cofins-Importação for condicionada à destinação do bem ou do serviço, e a este for dado destino diverso, ficará o responsável pelo fato sujeito ao pagamento das contribuições e das penalidades cabíveis, como se a não-incidência, a isenção, a suspensão ou a redução das alíquotas não existisse (BRASIL, 2009).

Assim, na saída para o restante do território nacional dos produtos industrializados vinculados aos insumos importados, originam-se as obrigações de realizar o regular

tratamento administrativo das mercadorias industrializadas, ou seja, realizar a denominada internação das mercadorias e de recolher os gravames tributários suspensos relacionados aos insumos importados empregados no processo produtivo.

Os procedimentos de controle de saída de mercadorias da ZFM para o restante do território aduaneiro, encontram-se definidos na Instrução Normativa SRF nº 242/02, e são consubstanciados numa Declaração para Controle de Internaçoão própria para cada tipo de saída.

Ante o exposto, resta claro que os benefícios fiscais são relevantes para a manutenção da ZFM, para se ter uma ideia, no ano de 2019, do total de R\$ 331,18 bilhões em renúncias fiscais, R\$ 28,6 bilhões foram relativos à Zona Franca de Manaus e as áreas de livre comércio.

Cabe observar, ainda, que existem outros benefícios específicos da ZFM, conforme excerto abaixo disponível no sítio eletrônico do Ministério da Indústria e Comercio Exterior:

ZONA FRANCA DE MANAUS - Resumo básico dos incentivos administrados pela SUFRAMA:

Alíquota 0 (zero) de PIS e COFINS incidentes sobre as receitas de vendas de mercadorias destinadas ao consumo ou a industrialização na ZFM por pessoa jurídica estabelecida fora da ZFM.

Suspensão da exigência das contribuições do PIS e da COFINS. nas importações efetuadas por empresas localizadas na ZFM de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, exceto máquinas e equipamentos, para emprego em processo de industrialização por estabelecimentos industriais instalados na ZFM e consoantes projetos aprovados pelo Conselho de Administração da SUFRAMA.

Alíquota 0 (zero) da contribuição do PIS e COFINS para venda de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem, produzidos na Zona Franca de Manaus, para emprego em processo de industrialização por estabelecimentos instalados nesta área e de acordo com projetos aprovados pelo Conselho de Administração da SUFRAMA — CAS.

Isenção de todos os impostos e taxas, inclusive os da SUFRAMA para insumos e produtos destinados à exportação para o exterior.

Suspensão da exigência das contribuições do PIS e da COFINS. nas importações efetuadas por empresas localizadas na ZFM de máquinas e equipamentos, para emprego em processo de industrialização por estabelecimentos industriais instalados na ZFM e consoantes projetos aprovados pelo Conselho de Administração da SUFRAMA (MDIC, 2020).

Diante dos benefícios citados, nota-se que a Zona Franca é uma área de livre comércio de suma importância para o Brasil e por ela são desenvolvidas diversas relações comerciais, além de dispor de diversos incentivos fiscais à instalação de negócios na região.

A título exemplificativo, o Polo Industrial de Manaus (PIM) obteve faturamento de R\$ 86,78 bilhões entre os meses de janeiro e outubro de 2019, esse valor representou um crescimento de 11,57% na comparação com o mesmo período do ano anterior. Os dados foram divulgados pela Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA, 2020).

Neste ponto, conforme se verifica no excerto abaixo, a Zona Franca também é importante para a geração de empregos e para a fixação da população ou mesmo como mecanismo de proteção à floresta Amazônia. Tais objetivos são, inclusive, explanados pela SUFRAMA no seu sítio eletrônico, senão vejamos:

A Zona Franca de Manaus (ZFM) é um modelo de desenvolvimento regional que foi implantado pelo governo brasileiro, em 1967, com a finalidade de criar uma base econômica na Amazônia Ocidental e promover a integração socioeconômica da região ao restante do País, como forma de diminuir as disparidades regionais e de garantir a soberania nacional sobre as suas fronteiras territoriais. Sua área de abrangência corresponde aos Estados do Acre, Amazonas, Rondônia, Roraima e as cidades de Macapá e Santana, no Amapá. Além de sua importância econômica, social e ambiental para a região, a Zona Franca representa uma considerável fonte de recursos para o governo brasileiro, tendo sido responsável, no ano de 2008, por mais de 58,60% de toda a arrecadação da 2ª Região Fiscal, formada por todos os estados do Norte, menos Tocantins. A base de sustentação desse modelo é o Polo Industrial de Manaus (PIM), que atualmente conta com mais de 600 empresas instaladas, que faturaram mais de US\$ 30,1 bilhões, em 2008, e geram mais de 100 mil empregos diretos e mais de 400 mil indiretos. O PIM auxilia o Amazonas a alcançar a terceira posição no ranking de estados brasileiros que mais arrecadam com o setor industrial (SUFRAMA, 2020).

Pelo texto, pode-se constatar a relevância que a ZFM tem para a região amazônica e para o próprio desenvolvimento do Brasil.

3. DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO NAS RELAÇÕES DA ZONA FRANCA

Na Zona Franca estão instaladas diversas companhias multinacionais, dentre as quais cita-se: AmBev, Samsung, 3m, Honda, Yamaha, dentre outras. Tais empresas necessitam de um certo grau de confiabilidade nas suas operações e essa confiabilidade passa, em grande medida, pelo Direito Internacional Privado

Como é cediço, muitas das relações humanas vão além de territórios ou fronteiras, o que foi ampliado após a globalização e o crescimento da internet. Neste sentido, o mesmo ocorreu com as relações jurídicas internacionais que, por serem múltiplas, precisam ser disciplinadas de alguma forma. Desse modo, o Direito Internacional Privado se faz presente nessas demandas, atuando como disciplina que estuda a escolha da norma a ser aplicada nas relações jurídicas internacionais.

A Professora Maristella Basso ensina a respeito do conteúdo do Direito Internacional Privado, também neste sentido:

O Direito Internacional Privado representa, na atualidade, um dos ramos do ordenamento jurídico que mais crescem em importância e significado. Essa afirmação se baseia no fato de que os povos do mundo a cada dia interagem de modo mais evidente, e as relações individuais de caráter privado se acentuam no plano das relações jurídicas, cada vez mais mescladas de "elementos estrangeiros". É comentário corrente entre os doutrinadores, e de muita propriedade, que, de todos os ramos da ciência jurídica, o direito internacional privado é, sem dúvida, o que realizou o maior progresso no decurso das últimas décadas e o que mais se humanizou (BASSO, 2020, p. 31).

Com isso, a Autora nos remete à análise do emaranhado jurídico presente nas relações cada vez mais globalizadas e interdependentes. Desse modo, a Professora destaca a crescente evolução da importância do Direito Internacional.

Ademais, ainda no contexto de globalização, a Professora apresenta argumentos que ajudam a compreender a complexidade de tais relações na atualidade:

[...] a retórica da internacionalização da vida das pessoas vai sendo gradualmente assentada e exige, da experiência dos tribunais domésticos e do trabalho dos juristas internacionais, maior sensibilidade com os problemas da globalidade, multiculturalismo e

proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana em nível transnacional (BASSO, 2020, p. 128).

Ainda nesse contexto, para que possam se instalar na ZFM, as empresas precisam ter segurança e conhecimento dos incentivos presentes na região, do prazo para gozo, dos mecanismos de fiscalização e controle, bem como das hipóteses de perda dos benefícios.

É importante levar em consideração que existem diversas empresas fixadas na ZFM vinculadas a outras empresas, muitas delas, em outros países, prestando serviços ou fornecendo mercadorias de forma interligada. Assim, torna-se patente a importância do Direito Internacional para que seja corretamente indicado qual Direito que será aplicável entre as partes, além disso, é imperiosa a previsibilidade necessária em tais relações.

Por exemplo, uma normatividade uniforme facilita em grande medida a instalação de novas empresas na Zona Franca, ora, se é de conhecimento geral os incentivos e se eles são de fácil entendimento para as empresas, fica mais simples de se colocar na mesa e analisar um investimento na região para qualquer empresa, esteja ela situada na Alemanha, na China ou nos Estados Unidos.

Assim, quando as diretrizes são de difícil compreensão, as empresas têm maior dificuldade em analisar os riscos envolvidos nos vultuosos investimentos a serem realizados.

Um caminho a ser seguido pode ser a celebração de Acordos Internacionais de Cooperação Técnica ou projetos de cooperação internacional como mecanismos de facilitação e uniformização das normas. Essas iniciativas vão ao encontro dos princípios de simplificação e são necessários ao pleno desenvolvimento da ZFM.

Neste sentido, é importantíssima a busca de cooperação internacional como forma de promoção do desenvolvimento regional, trazendo uniformidade às normas aplicadas e a ampliação do desenvolvimento econômico da Zona Franca de Manaus.

É clara também a necessidade da promoção de uma uniformização das normas aplicáveis às empresas instaladas na Zona Franca, com um regramento próprio e simplificado para a atração de investimentos. Em que pese essa necessidade, é importante nunca deixar em segundo plano a qualidade dos empregos ali gerados, bem como a sustentabilidade ambiental da Amazônia.

4. SEGURANÇA JURÍDICA E A ZONA FRANCA DE MANAUS

O Professor Del'Olmo Florisbal de Souza, em seu Curso de Direito Internacional Privado, esclarece a importância do respeito ao direito adquirido para a segurança jurídica:

O respeito aos direitos adquiridos é considerado basilar para a segurança jurídica, fazendo parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos – no Brasil, ele está inserido na Carta Magna (art. 5o, inc. XXXVI). Verificar a prevalência desses direitos quando invocada em outro país interessa ao Direito Internacional Privado. Muitos autores têm-se ocupado do tema, considerando-o objeto da disciplina, enquanto outros adotam posição diversa, entendendo que os direitos adquiridos alegados, nesse contexto, não se afastam dos conflitos de leis, por estarem neles integrados. Como antes referido, julgamos mais adequada a primeira posição. Seria um contrassenso imaginar que o ser humano, ao ultrapassar as fronteiras de seu país, nele deixasse os direitos adquiridos, especialmente os que constituem seu estatuto pessoal. Trata-se de direitos privados, que foram reconhecidos por ordenamento jurídico competente. Nessa esfera, são repelidos, por óbvio, os que ofendem a ordem pública, os bons costumes e a soberania nacional. Assim, não se permitirão novas núpcias de cidadão (v.g., árabe) que aqui aportar já casado e alegar o direito de poligamia existente na legislação de seu país, bem como alguém que trouxesse seus escravos seria impedido de mantê-los nessa condição (DEL'OLMO, 2014, p. 29).

O Autor em seu texto nos faz compreender a elevada estatura que a segurança jurídica tem para qualquer Estado moderno. Em tal contexto e, tendo em conta o elevado número de multinacionais presentes na ZFM, os planejamentos estratégicos são realizados com décadas de antecedência.

Para que tais planejamentos se tornem efetivos, as empresas necessitam de certa segurança jurídica. Assim, é necessário que se tenha previsibilidade nas normas jurídicas que serão aplicadas nesse período de planejamento.

Desse modo, torna-se importante que os benefícios concedidos sejam mantidos por um predeterminado período, bem como não sofram alterações bruscas que afetem o equilíbrio econômico e financeiro das atividades empresariais.

Um exemplo fictício ajuda a compreender tal situação, imaginemos uma multinacional que se instala na Zona Franca para fabricar smartphones e recebe incentivos fiscais para realizar tal produção. Ocorre que, devido a uma mudança de governo, as normas jurídicas aplicáveis são modificadas e a empresa passa a não ter mais direito aos benefícios fiscais, ora, pergunta-se: como ficam os investimentos realizados em infraestrutura, em contratação de pessoal e em outros itens? No caso em comento, o prejuízo é notório.

Tais mudanças não se consubstanciam apenas em modificações tributárias e podem se tornar realidade por diversos fatores de instabilidade institucional como trocas de governo ou mudanças em políticas monetária, por exemplo.

Ora, se os países não conseguem dar previsibilidade às suas relações comerciais privadas. Tal atitude acaba por tornar a moeda mais volátil e imprevisível, impactando diretamente nas atividades e nas relações internacionais das empresas em questão.

Tais riscos ainda são significativos no Brasil e fazem com que as empresas que se instalem na Zona Franca cobrem mais caro por seus produtos, uma vez que tentam “compensar” o risco aplicado à operação.

É óbvio que uma empresa instalada na ZFM corre mais risco de mudanças legislativas do que essa mesma empresa instalada, por exemplo, em uma democracia mais madura ou mesmo em regimes ditatoriais, mas que oferecem maior segurança jurídica ao setor privado, neste último caso podemos citar como exemplo a China.

No caso da China, tivemos um forte desenvolvimento das exportações com um incentivo massivo em áreas de livre comércio, conforme bem exemplifica o excerto abaixo retirado do sítio *mundoeducacao.uol*:

As ZEEs da China foram criadas pelo Governo Deng Xiaoping (1982-1987) e foram mantidas pelos governos ulteriores. Elas são consideradas como o principal marco da transição chinesa do comunismo (ou capitalismo de Estado, na visão de alguns especialistas) para o capitalismo de Economia de Mercado.

As Zonas Econômicas Especiais, nesse sentido, consistem em áreas especificamente destinadas para o direcionamento da atividade industrial a partir do oferecimento de vantagens para atrair investimentos estrangeiros. Os principais objetivos das ZEEs eram alavancar a produção industrial da China – que se encontrava em crise desde a década de 1960 – e fortalecer o volume total de exportações. Tais metas foram cumpridas com elevado sucesso e podem ser consideradas como um dos principais meios pelos quais o modelo chinês apresentou um grandioso sucesso em termos econômicos, tornando o Produto Interno Bruto (PIB) do país o segundo maior do planeta.

Outra característica das Zonas Econômicas Especiais é o fator empregatício, haja vista que a instalação das fábricas e indústrias estrangeiras demandou uma grande quantidade de mão de obra,

qualificada e não qualificada. Além disso, todas as empresas estrangeiras que desejassem instalar-se no território da China deveriam associar-se com uma empresa local, estatal ou não, em uma prática conhecida na economia como Joint Venture (MUNDO DA EDUCAÇÃO, 2020).

Não se está, por óbvio, tentando replicar o modelo chinês à Zona Franca de Manaus, mas dele podemos extrair alguns pontos que podem ser de grande importância para o desenvolvimento das relações comerciais da Zona Franca.

Por seu turno, a insegurança jurídica é ponto comum nos países da América Latina, como os casos da Bolívia e da Argentina, para os quais destacamos alguns exemplos de instabilidade institucional:

Bolívia nacionaliza empresa petrolífera controlada por gigante britânica: Companhia detinha controle de cerca de 5% das reservas de gás do país. Não foi divulgado valor pago pelo governo para controlar empresa (GLOBO, 2020).

Argentina nacionaliza empresa de negociação agrícola e soa alarme no mercado de soja: O governo de Fernández assumirá o controle da Vicentin pelos próximos 60 dias enquanto busca aprovação do Congresso para desapropriar a empresa agrícola, que pediu recuperação judicial no ano passado depois de sofrer o impacto de oscilações cambiais (MONEYTIMES, 2020).

Pela análise dos excertos, pode-se notar que a instabilidade institucional pode gerar grandes prejuízos a empresas privadas. Neste contexto, é importante que os incentivos fiscais e o regramento aplicado à Zona Franca de Manaus se tornem políticas de Estado e não políticas de governo. Além disso, torna-se cada vez mais necessária a simplificação dos mecanismos de análise dos benefícios fiscais presentes na região, como forma de se dar maior segurança jurídica à ZFM.

À frente, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, passa-se a analisar mecanismos que podem ser implantados para a simplificação e modernização da Zona Franca, com fulcro principal de vetor de desenvolvimento da Amazônia.

De início, é importante notar que os ditames legais aplicados à Zona Franca de Manaus precisam ser atualizados à nova forma de se fazer comércio e à nova dinâmica das relações internacionais.

Para se ter uma ideia, a figura do Decreto-Lei ainda era vigente na implantação da sistemática da Zona Franca, no longínquo ano de 1967. Em que pese os ditames legais

terem sofrido algumas alterações, é nítida a defasagem, uma vez que a Zona Franca nos últimos anos vem se tornando apenas uma fornecedora de produtos aos brasileiros, o que não se coaduna com o intuito original do legislador de torná-la um polo de desenvolvimento nacional integrado ao mundo.

O potencial é claro, basta analisar as exportações que já são realizadas, senão vejamos as exportações do polo nos primeiros 10 meses de 2020 que somaram mais de US\$ 524 milhões de dólares:

Segundo a Superintendência da Zona Franca de Manaus (SUFRAMA), nos primeiros dez meses deste ano, o Polo Industrial de Manaus (PIM) exportou mais de US\$524 milhões, sendo que em 2019, nos mesmos meses, o faturamento na exportação foi menor, com US\$469 milhões. Nesse contexto, Venezuela, Colômbia, Argentina, Bolívia, Paraguai e Uruguai foram os principais destinos das exportações dos países sul-americanos. Além destes, são expressivas as exportações aos Estados Unidos, Vietnã e China.

Ainda de acordo com a Suframa, o Governo Federal procura diminuir a quantidade de operações burocráticas necessárias para exportar com iniciativas como a do Portal Único de Comércio Exterior - do Ministério da Economia - que está sendo implementada em módulos, com o objetivo de tornar todo o processo mais célere e digital (CIEAM, 2021).

Tal processo de simplificação deve se tornar perene como forma de promover o desenvolvimento e atrair novos investimentos à região, tornando a Zona Franca exemplo de desenvolvimento sustentável para o mundo, tal objetivo passa, inevitavelmente, por um melhor gerenciamento das relações públicas e privadas ali presentes.

5. CONCLUSÃO

No contexto das análises realizadas, verificou-se que o Direito Internacional Privado se torna cada dia mais relevante nas relações comerciais presentes na ZFM, ainda mais quando se considera a velocidade com que tais negócios são realizados atualmente.

Desse modo, notou-se que o processo de globalização gera um número cada vez maior de relações jurídicas supranacionais, sendo o Direito Internacional Privado matéria relevante e absolutamente atual nesse processo de aprimoramento da ZFM.

Neste sentido, os benefícios fiscais presentes na ZFM devem ser constantemente analisados como mecanismo de mantê-los atrativos e efetivamente válidos à realidade

nacional e internacional. Verificou-se também a necessidade de se fornecer maior segurança jurídica às relações comerciais ali desenvolvidas.

Finalmente, conclui-se que a Zona Franca, para que possa se modernizar e se manter relevante no tempo, deve se tornar sensível a globalização dos negócios e desenvolver mecanismos que possam trazer mais segurança jurídica aos investidores, com modernização legislativa e simplificação dos negócios. Ademais, deve procurar sua modernização e sua inserção cada vez maior no mundo globalizado, com o intuito de permanecer válida e efetiva aos seus fins nas próximas décadas.

6. REFERÊNCIAS

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

BRASIL. **DECRETO LEI 288/67**. Altera as disposições da Lei número 3.173 de 6 de junho de 1957 e regula a Zona Franca de Manaus. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0288.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 242, DE 06 DE NOVEMBRO DE 2002**. Dispõe sobre o controle de internação de mercadorias da Zona Franca de Manaus para o restante do território nacional. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=15118>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 10.865, DE 30 DE ABRIL DE 2004**. Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l10.865.htm>. Acesso em: 30. Nov. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 11.945, DE 4 DE JUNHO DE 2009**. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11945.htm>. Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 jul.2021.

CIEAM. **Site cieam**. Disponível em: <https://cieam.com.br/noticias/apesar-da-crise-zona-franca-de-manaus-fatura-11-73-com-exportacoes>. Acesso em: 19 de abril 2021.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Privado**. 10. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2014.

GLOBO. **Bolívia nacionaliza empresa petrolífera controlada por gigante britânica**. Disponível em: <http://g1.globo.com/Noticias/Economia_Negocios/0,,MUL969419-9356,00BOLIVIA+NACIONALIZA+EMPRESA+PETROLIFERA+CONTROLADA+POR+GIGANTE+BRITANICA.html>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Privado**. 3. ed. Rio de Janeiro. Forense, 2018.

MDIC. **Instrumentos estabelecidos pelo governo federal para incentivo ao investimento produtivo**. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/sistemas_web/renai/public/arquivo/arq1338231455.pdf. Acesso em: 30 nov. 2020.

MONEYTIMES. **Argentina nacionaliza empresa de negociação agrícola e soa alarme no mercado de soja**. Disponível em: <<https://www.moneytimes.com.br/nacionalizacao-de-trader-argentina-soa-alarme-em-mercado-de-soja/>>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MUNDO DA EDUCAÇÃO. **Site mundo educação**. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/geografia/zonas-economicas-especiais-zees-china.htm>>. Acesso em: 19 abril 2020.

RFB. **Síte da Receita Federal do Brasil**. Disponível em: <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br>>. Acesso em: 30 nov.2020.

SUFRAMA. **Site da Superintendência da Zona Franca de Manaus**. Disponível em <<https://www.gov.br/suframa/pt-br>>. Acesso em: 30 nov.2020.

A CONSTELAÇÃO FAMILIAR SISTÊMICA COMO MÉTODO ADEQUADO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES

MARÍLIA CONCEIÇÃO BENEVIDES BEZERRA:
Graduanda em Direito pela Faculdade Serra do Carmo

ANDRÉIA AYRES GABARDO

(orientadora)

RESUMO: O estudo a seguir discorre sobre o método de psicoterapia chamado Constelação Familiar Sistêmica como forma de resolução pacífica de conflitos, sobretudo no âmbito familiar, sendo possível utilizá-lo como uma forma alternativa para ajudar famílias em crise, de modo que as próprias partes possam se resolver, e assim evitar a judicialização. Explica sobre a necessidade de meios alternativos de resolução de conflito, abordando a crise no sistema jurisdicional e a sua mora na resolução das lides, bem como o conseqüente surgimento dos métodos. Traz a definição do método psicoterapêutico, falando sobre seu conceito, origem, dinâmica e objetivos. Mostra como ocorre a conexão entre a constelação e a lei, e o surgimento das leis do sistema.

Palavras-chave: constelação familiar; direito sistêmico; conflito

ABSTRACT: This study analyzes the Family Constellation psychotherapy method as a peaceful resolution of conflicts, especially in the family environment, making it possible for the family to solve their problems by themselves, and as a consequence, opening up to the possibility of their own parties to jointly resolve the conflict, in order to avoid the court. It explains the need for alternative means of conflict resolution, approaching the crisis in the law system and its delay in resolving disputes, as well as the consequent emergence of those methods. It defines the Systemic Family psychotherapy, conceptualizing it and demonstrating its origin, dynamics and objectives. It shows how the connection between Constellation and law occurred. In addition, the rising of Systemic Law.

Key-words: Family Constellation, Systemic Law; Conflict

INTRODUÇÃO

A Constelação Familiar Sistêmica é um método de psicoterapia desenvolvida, principalmente, por Bert Hellinger, busca descobrir a raiz do problema para, então, solucioná-lo. Neste método, tem-se que a raiz da maioria dos problemas vem do seio familiar e, na prática o que ocorre é a análise da árvore genealógica do indivíduo sob o ponto de vista de determinado problema ou questão. A presente pesquisa tem como objetivo geral verificar como tem se dado e quais são os resultados da aplicação da

Constelação familiar sistêmica no âmbito da resolução dos conflitos familiares sob a ótica do Direito Sistêmico nos tribunais pátrios. Como objetivo específico, a pesquisa busca descobrir como os aplicadores do Direito tem aplicado o método e ainda medir a satisfação das partes diante da solução do conflito a partir da Constatação Familiar. O Poder Judiciário, um dos poderes do sistema tripartite brasileiro é o responsável por aplicar as leis em todo o território nacional. Tem-se que o primeiro grau desta jurisdição é a parte mais sobrecarregada do referido Poder. Informações trazidas pelo Relatório de Justiça em Números de 2018, realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mostram que dentre 80 milhões de processos que estavam ativos no Judiciário nacional no ano de 2017, 94% estão ainda no âmbito do primeiro grau. Na época em que pesquisa foi realizada, foi averiguado que dos processos que tiveram seu início entre os anos de 2015 a 2017, 85% ainda estava em primeira instância visando amenizar esta sobrecarga, no ano de 2011 foi criado o primeiro Centro Judiciário de Resolução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Com o objetivo de tratar adequadamente os conflitos, o CEJUSC faz a utilização de métodos consensuais de solução de conflitos, principalmente com a conciliação e a mediação, sob a fiscalização do Poder Judiciário. O Conselho Nacional de Justiça estabelece ainda que, de forma geral, seus objetivos são proporcionar o acesso de todos à Justiça, a mudança da mentalidade daqueles que aplicam o Direito e das próprias partes buscando a redução da resistência de todos com relação aos métodos consensuais de resolução de conflitos e melhorar a qualidade dos serviços prestados.

1 A NECESSIDADE DE MÉTODOS ALTERNATIVOS PARA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

1.1 A CRISE NO SISTEMA JURISDICIONAL

Segundo Roberto Portugal Bacellar (2012, p. 12), no princípio o Estado se ocupava apenas em definir os direitos, mas não se comprometia na resolução dos conflitos que surgissem através da lesão destes. Os tempos mudaram e, hoje em dia, a incumbência de aplicar as legislações para solucionar as lides também é do Estado.

Por meio do Poder Judiciário, o Estado é o responsável pela manutenção da ordem pública e conservação da paz social. Desta forma, as lides que surgem são encaminhadas para a sua apreciação. Por consequência, já há algum tempo, os juízos e tribunais se encontram com bastante sobrecarga.

Assim, a crise no judiciário acabou se tornando inevitável e a situação já se tornou assunto de inúmeros debates com o objetivo de buscar melhores formas de aumentar a capacidade de regular e solucionar eficientemente os conflitos, atendendo, assim, eficientemente a população.

Bacellar (2012 p. 22) demonstra três causas da crise do judiciário. Primeiramente, aponta a desarmonia na estruturação do Poder Judiciário e a forma insuficiente que se dá

as soluções dos conflitos já instalados. Em segundo, tem-se o tratamento legislativo insuficiente, seja na esfera material quanto na processual. E por terceiro e último, o inapropriado tratamento processual em ações de valores econômicos reduzidos e sua consequente inaptidão para solução adequada que esse tipo de demanda requer.

De acordo com a pesquisa realizada sobre o Índice de Confiança da Justiça Brasileira – ICJBrasil (2013), com relação à solução de litígios judiciais, 48% dos entrevistados que declararam o sistema Judiciário afirmaram que o seu problema foi devidamente resolvido. Por outro lado, aproximadamente 9% destes afirmam que perderam a ação judicial. E 43% dos entrevistados informaram que a sua demanda ainda não foi apreciada pelo judiciário.

Outro dado alarmante na mesma pesquisa, demonstra que com relação à confiança dos entrevistados no Poder Judiciário 37% deles consideram-no confiável ou muito confiável. O resultado é alarmante, principalmente quando comparado com outras instituições, veja: o Poder Judiciário ficou a frente de apenas 4 dentre 11 instituições pesquisadas, sendo eles, os partidos políticos, o Congresso Nacional, as emissoras de televisão, e a polícia. Importante destacar que, de acordo com a pesquisa, o judiciário é considerado uma instituição menos confiável que as a imprensa escrita, grandes empresas, as Forças Armadas, a Igreja Católica, dentre outras.

Ainda, foi perguntado aos entrevistados sobre o interesse em na possibilidade de acordo que fosse reconhecido pelo Judiciário, mas decidido por outra pessoa, que não o juiz de direito. O resultado foi extremamente positivo, visto que 39% responderam que com certeza aceitariam e 30% que possivelmente aceitariam.

1.2 MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O número de pessoas que buscam justiça através do Poder Judiciário é cada vez maior. Deste modo, é inevitável que ele acabe sobrecarregado pelo excesso de demandas gerando, desta forma, uma mora inesperável para a solucionar aquele conflito e, como consequência, uma desconfiança da população no Direito, na justiça e nos operadores do Direito.

Desta forma, foi necessário pensar em métodos que estimulassem a utilização de meios alternativos para a solução de conflito, que não a judicialização. E desta forma surgiram a conciliação, a mediação, a arbitragem, e, com estas, a utilização da Constelação Familiar Sistêmica como método de resolução de conflitos.

Os conhecidos métodos alternativos de solução de conflitos não são impostos pelo Estado. Este, apenas coloca à disposição dos cidadãos tais métodos, podendo o cidadão

optar por utilizá-los ou não. Dentre as principais alternativas de resolução de conflito, destacam-se os que serão abordados a seguir.

1.2.1. AUTOCOMPOSIÇÃO

Através da autocomposição um dos indivíduos da lide, ou todos, criam, juntos, uma solução que atenda os interesses todas as partes envolvidas, buscando assim, um acordo. Pode ser realizada através da criação ou da divisão de interesses, ocasionando, na maioria das vezes, um ajuste de vontade entre as partes. (Vanin, 2015).

Quando institucionalizada, esse ajuste de vontade das partes é denominado renúncia (art. 487. III, "c", CPC); quando a desistência ocorre por parte do réu é reconhecida a procedência do pedido formulado (artigo 487, III, "a", CPC).

Conforme demonstrado acima, o atual sistema de direito processual civil brasileiro abrange e estimula a autocomposição. É importante destacar que a autocomposição pode ocorrer após a negociação dos interessados e é facultado a participação de terceiros, na pessoa do mediador ou conciliador.

1.2.2. CONCILIAÇÃO

A Conciliação recebe grande apoio do Código de Processo Civil vigente. O artigo 334, caput, determina que em não sendo o caso de indeferimento da inicial, após ter sido dada a oportunidade para emenda, e excluindo os casos de improcedência liminar do pedido, o juiz deve citar o réu para que compareça na audiência de conciliação.

No que se segue, é oportunizado às partes de manifestarem, expressamente caso haja desinteresse na resolução consensual (art. 334, §4º, CPC). Enfatiza-se que é necessário a unanimidade das vontades com relação à dispensa da audiência de conciliação (319, VII e art. 334, §5º, CPC). Assim, nos casos onde há litisconsórcio, todas as partes envolvidas devem manifestar expressamente o desinteresse na realização da referida audiência (art. 334, §6º, CPC).

Do contrário, silêncio das partes do processo implicará na interpretação como interesse na realização da audiência, pois o art. 334, §5º estabelece que a exigência de manifestação é para o caso de desinteresse.

Na audiência, as partes deverão estar acompanhadas por seus defensores na pessoa do advogado ou defensor público. Se dá audiência resultar acordo, este será reduzido a termo e homologado por sentença (art. 334, § 9º e 11, CPC)

Em não comparecendo as partes na audiência de conciliação configura-se ato atentatório a dignidade da justiça e estarão sujeitos à penalização de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa (art. 334, §8º, CPC)

1.2.3 MEDIAÇÃO

A mediação, comumente confundida com a conciliação, é o método através do qual as partes agem em conjunto para chegarem na resolução de conflito de forma que seja benéfico para ambos os lados.

Conforme Muskat et al. (2008, p. 21):

No entanto, a mediação não elimina a presença do Judiciário. Cabe ao sistema de Justiça dirigir o processo legal e homologar os acordos obtidos pela via do consentimento mútuo. A mediação torna o processo mais equitativo e legítimo. Ao identificar e abordar o conflito oculto, contribui para a pacificação das partes. Além disso, a reparação por meio da mediação tende a apresentar um resultado mais efetivo que o do processo judicial conduzindo pela lógica adversarial. Isso porque um processo mediado pode exprimir melhor a realidade dos fatos, estimulando a co-responsabilidade das partes na resolução do conflito. Ou seja, a mediação é oportuna tanto para as pessoas que procuram justiça como para o próprio Judiciário, pois permite estabelecer acordos que atendam melhor aos interesses e às necessidades dos indivíduos, agilizando os processos.

Ou seja, o Poder Judiciário atua conjuntamente com a mediação e é dependente dele para que os acordos sejam homologados. Assim sendo, resta evidenciado uma maior eficiência na resolução da lide.

1.2.4. ARBITRAGEM

Por fim, tem-se a arbitragem, onde as partes em litígio acordam entre si que o conflito será decidido por um terceiro, qual seja, um árbitro. Este é, portanto, o método de resolução de conflito que mais se assemelha ao processo judicial, entretanto, a temida morosidade do judiciário é substituída pelo célere julgamento de uma Câmara Arbitral, onde o julgador pode ser um bacharel em direito ou um profissional diretamente ligado a área específica do litígio (como um engenheiro, um mecânico, um contador, um médico, etc.)

A lei de arbitragem brasileira, entretanto, não conceituou a arbitragem, deixando a cargo das doutrinas fazê-lo. Há diversas doutrinas sobre a arbitragem internacionalmente, mas focando na doutrina brasileira, segundo Selma Ferreira Lemes a

arbitragem é um método extrajudiciário cujo objetivo é solução de conflitos e que as partes, em conjunto, sujeitam o conflito em questão a um terceira pessoa, que constituirá então, um tribunal arbitral. Carlos Alberto Carmona, complementa que arbitragem é um método de resolução de conflitos onde, a partir da intervenção de uma terceira pessoa, a qual recebeu poder através de uma concenção privada, se chega a resolução da lide sem intervenção do Estado e que a decisão proferida tem eficácia de sentença judicial.

Por último destaca-se a característica definitiva da sentença arbitral, pois a decisão de mérito proferida pelo tribunal arbitral adquirirá a qualidade de coisa julgada material, assim como ocorre no caso da sentença judicial, assim o seu conteúdo se tornará definitivo, imutável e indiscutível. Ao contrário do que nos outros métodos de resolução de conflito, a decisão tomada pelo julgador imparcial na arbitragem é definitiva, ou seja, é imutável e indiscutível por força da coisa julgada material (Fichtner, 2018).

2 CONSTELAÇÃO FAMILIAR: Conceito, Origem, Dinâmica e Objetivos

O método psicoterapêutico denominado Constelação Familiar tem como propósito, através de representações e imagens, buscar a ordem de amor mais harmoniosa para o sistema familiar, tendo como sustentáculo as chamadas leis sistêmicas, as quais são aplicáveis universalmente aos agrupamentos familiares e as suas conexões através das gerações.

Conforme diz Barreto (2018, p.20)

A Constelação não é uma técnica para reviver o passado ou, por curiosidade, querer saber o que houve na vida dos antepassados. É uma forma de contato com tudo que está em desordem na vida de uma pessoa e através do que se olha, pode-se mudar a energia que estava parada, sendo assim, deixando a pessoa livre para viver sua vida em plenitude, sem interferências. Também não é julgar como os ancestrais fizeram, ou se arrogar melhores e superiores a eles, mas sim fazer diferente, com consciência e entender que o que foi feito, só pôde ser realizado como foi, da forma como poderia ter sido para aquele momento, para aquela época, da forma como eles sabiam, [...] pois para aquele momento era tudo que tinham para enfrentar a questão.

Cuida-se de uma psicoterapia experimental desenvolvida pelo alemão Bert Hellinger que durante 16 de sua vida trabalhou como missionário católico no continente africano e, após como psicanalista em Dinâmicas de Grupos, na análise Transacional e outros.

A percepção inicial e decisiva para a psicoterapia sistêmica surgiu através do *Script* de vida que, segundo Eric Berne (1995), preceitua que cada indivíduo se coloca diante a vida e se comporta conforme um padrão pré-determinado que, quando criança encontrou como mais viável. Ainda segundo Berne, este padrão é determinado pelas vivências da própria criança até o quinto ano de vida e, principalmente pelas primeiras histórias contadas pelos pais, e o orienta pelo resto de sua vida.

No entanto, Hellinger notou que alguns padrões não haviam sido transmitidas através dos pais ou por qualquer outro ente próximo, e sim que tinham origem em vivências muito antigas, revelando, assim, a origem sistêmica dos destinos e dos problemas pessoais.

Em continuidade, é importante destacar que o pensamento sistêmico foi desenvolvido a muitas mãos. Nela estão contribuições de cientistas, matemáticos, filósofos e diversos outros estudiosos. Entre os nomes mais famosos estão Isaac Newton, Galileu Galilei, René Descartes, Copérnico, e Francis Bacon que, ainda nos séculos XVI e XVII, mostraram suas visões de um mundo sistêmico nas quais leis universais regem o universo, provocando uma harmonização quanto aos aspectos material e espiritual.

Descartes, por exemplo, fracionava os fenômenos considerados complexos em partes para então analisa-los e, quando constatou o comportamento semelhante das partes, formulou leis gerais, ou lógica indutiva, ombreado pela filosofia de que o conhecimento é uma árvore, sendo a metafísica a raiz, a física o tronco e as demais ciências os galhos. Formando, assim, um todo onde os múltiplos conhecimentos se conectam.

As sementes do pensamento sistêmico tiveram a continuidade de sua evolução através do físico quântico Werner Heisenberg, quando constatou que, pelo princípio da incerteza, em algumas condições uma mesma partícula poderia estar em mais de um lugar ao mesmo tempo.

Por sua vez o biólogo Ludwing Bertalanffy, lançou a chamada Teoria Geral dos Sistemas que cria conexão entre conceitos do pensamento sistêmico e a biologia para afirmar que os fenômenos da biologia não funcionam isolados e sim, fazem parte de um todo.

Houve também a contribuição do médico e psicólogo Levy Moreno, que ao criar o psicodrama propôs uma dramatização para entender os processos que formam os indivíduos; e do biólogo Rupert Sheldrake que, firmado nos conceitos de física quântica elaborou a Teoria dos Campos Morfogénéticos.

Com o apoio de todas essas teorias, uma merece maior relevância, qual seja a Teoria dos Campos Morfogénéticos, pois explica o porquê de frequentemente os representantes da Constelação Familiar conseguem sentir e se expressar de forma muito parecida com os representados, mesmo sem conhecer absolutamente nada da vida e história do constelando. Bert Hellinger *linka* explicando que os acontecimentos, bem como sentimentos, de uma família se conectam de forma que ficam armazenados no que ele nomeia “memória coletiva”. Vejamos:

A Teoria dos Campos Morfogénéticos postula a hipótese de que as mentes de todos os indivíduos de uma espécie se encontram unidas, formando parte de um mesmo campo mental planetário – campo morfogenético -, no qual a mente dos indivíduos afeta o campo e este afeta a mente dos indivíduos por ressonância mórfica. O campo morfogenético seria como uma grande biblioteca universal, na qual estariam todas as informações da humanidade. Existem várias teorias para explicar a inteligência e inspiração humana na geração de conhecimento, e uma das mais perturbadoras envolve o campo morfogenético. Segundo essa teoria, o conhecimento não seria obra da mente humana e sim um contato com algo que já existia anteriormente e que seria consultado por pessoas que estariam em ressonância com esta fonte de informação (PIZZATTO, 2018, p. 35-36).

Através da visão fenomenológica, Hellinger evita teorizar sua intervenção na Constelação Familiar Sistêmica, especialmente por tê-la como um método filosófico sob um contexto amplo e desconhecido, cuja intenção imediata não é apenas ajudar ou provar alguma coisa, mas amar e aceitar as pessoas e seus destinos sem medo do que vai encontrar ou das complexidades que poderão surgir, mantendo sempre distanciamento e evitando julgamentos para que a situação receba o tratamento adequado. Assim, quase não há nos livros de Hellinger suas teorias de forma transcrita, ao invés disso tem-se diversos relatos de sua aplicação em casos concretos.

Com relação a dinâmica da Constelação Familiar, logo após o indivíduo apresentar o seu problema, o constelador escolhe outras pessoas ou objetos (a depender do método da constelação) para representarem membros da família daquele que está sendo constelado, assim, os dispõe no ambiente. Primeiramente são adicionados apenas os membros do núcleo familiar e, apenas depois, são acrescentados outros indivíduos importantes na resolução do emaranhado.

Na maioria das vezes, o representante nada sabe sobre a vida do cliente e, tampouco das pessoas representadas. Neste ponto, o que surpreende é o fato de que na maioria das vezes começam a se comportar como a pessoa representada, falando,

sentindo e tendo até mesmo os sintomas físicos semelhantes aos do representado. É possível ter a explicação desse fenômeno através da Teoria dos Campos Morfogenéticos, que já fora abordado anteriormente.

Após algumas perguntas específicas do constelador para o constelando sobre os acontecimentos mais relevantes na família (como mortes, divórcios, doenças graves, acidentes, separações e etc), são feitas as movimentações necessárias dos representantes, bem como a repetição de algumas palavras de afirmação, que são feitas através das coordenadas do terapeuta ou de forma espontânea.

Para Hellinger, fica claro que o emaranhado foi resolvido quando as feições nos rostos dos participantes relaxam e se iluminam, o que demonstra que daquela forma se sentem respeitados, valorizados e amados. É relevante destacar que cada constelação é única e ao fim é possível experimentar uma incrível sensação de paz, leveza e de liberação energética.

Em resumo, o objetivo da Constelação Familiar Sistêmica não é dissecar o passado e se agarrar ao problema e à culpa, pelo contrário, o propósito é justamente manter a visão no geral, evitando julgamentos e buscando sempre encontrar a situação em que o sistema restará pacificado. Nas palavras de Hellinger (2007):

Enquanto observa os detalhes, o todo lhe escapa. Quem olha para a solução tem sempre o todo diante dos olhos e então vê em algum lugar a saída, que fica piscando para ele. Logo que a vê, parte imediatamente para ela. Tudo o mais ele pode esquecer, pois não precisa mais disso.

Deste modo, conclui-se que a Constelação Familiar objetiva, inicialmente, mostrar uma visão clara da realidade, sob a perspectiva do constelando para que consiga visualizar as necessidades, os sentimentos dos envolvidos e, por fim, os emaranhados. Sempre se distanciando, ao se posicionar como observador imparcial, para que consiga uma compreensão melhor do todo.

3. CONSTELAÇÃO FAMILIAR NO PODER JUDICIÁRIO

3.1 A origem do Direito Sistêmico

Sami Storch é juiz de Direito no Estado da Bahia, ele é o autor da expressão "Direito Sistêmico" e tornou-se conhecido internacionalmente por seus prêmios e pela inovação na prática das Constelações familiares. Storch obteve alto índice de sucesso nas conciliações e soluções sistêmica harmonizadoras nos processos sob sua condução.

Apesar de sua extensa formação, a expressão “Direito Sistêmico” foi pensada por Storch logo em um de seus primeiros workshops. Para ele era inevitável o pensamento de que ali, em menos de uma hora era resolvido o que na justiça se levava anos. O *link* entre as Constelações e o Direito se faz mais que necessário:

Para mim, hoje, vejo a presença das constelações no Direito como uma coisa quase que óbvia. Qual é, afinal, o objetivo do Direito senão o de pacificar? Facilitar o convívio entre as pessoas? Facilitar os relacionamentos? E o que fazem as constelações? (Storch, 2020. P. 47)

Storch começou a fazer constelações no fórum no ano de 2011, no entanto, ainda em 2010 começou a escrever seu livro e criou seu blog com o nome “Direito Sistêmico” e foi ali, exatamente, que nasceu o termo Direito Sistêmico. Seu objetivo não era apenas falar de constelações jurídicas, mas buscar formas através das quais o processo judicial e o próprio tratamento das questões legais pudessem ser sistêmicos.

O Direito Sistêmico foi ainda validado pelo próprio Bert Hellinger, quando em 2015 convidou Storch para palestrar em um treinamento na Alemanha e, posteriormente, a criação do curso de pós-graduação em Direito Sistêmico na Hellinger® Schule. Outro marco de reconhecimento do termo se deu em 2015 quando obteve uma menção honrosa no prêmio Conciliar é Legal, pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça).

3.2 Perspectivas do Direito Sistêmico no Brasil

A seguir serão apresentados dados de uma pesquisa realizada em 2020 pelo juiz de Direito, Gilson Coelho Valadares. A pesquisa buscou em quais situações o método tem sido aplicado e quais tribunais de justiça no Brasil já adotaram a Constelação Familiar em sua rotina.

A pesquisa foi realizada no âmbito dos tribunais de justiça do Brasil e destaca-se que foram considerados apenas os tribunais de justiça que oficialmente aplicam o instituto em auxílio à resolução de conflito, não sendo consideradas as realizações de palestras, workshops e afins.

Destaca-se ainda que a pesquisa considerou o lapso temporal entre 2012 e 2020 em sua coleta de dados, pois as primeiras experiências no Poder Judiciário, conforme relatado anteriormente, ocorreram em 2012, na cidade de Castro Alves/BA e, a partir de então, foi disseminada por outras unidades jurisdicionais.

Quanto ao questionamento de quais tribunais de justiça brasileiros utilizam-se da técnica é possível notar que, excluindo os Estados do Tocantins, Espírito Santo, Sergipe, Acre, Roraima e Amazonas, todos os demais Estados, incluindo o Distrito Federal, já aplicam

em alguma medida a Constelação Familiar. Sendo assim, tem-se que 78% dos tribunais estaduais brasileiros aplicam as práticas de constelação. E os tribunais que ainda não aplicam, ao menos ministram palestras, *workshops*, oficinas e debates para divulgação do método.

Figura 1– Aplicação da Constelação Familiar nos tribunais de justiça do Brasil



Fonte: Elaborada por Valadares, Gilson. Pesquisa sobre Constelação Familiar nos Tribunais de Justiça, 2020

Como resultado da pesquisa, também foi verificado que o método é aplicado isoladamente em algumas jurisdições. Entretanto, mesmo sendo autorizada por todos os tribunais citados e seguindo todas as recomendações da Resolução nº 125 de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2021), o método não alcançou a condição de política pública como as amplamente utilizadas e conhecidas conciliação e mediação.

Conforme demonstrado anteriormente, as técnicas de conciliação e mediação se encontram bem mais enraizadas nos tribunais pátrios e tal condição recebe o apoio até mesmo pela imposição no Código de Processo Civil, de 2015. Assim, é possível concluir que a divulgação e alcance da Constelação Familiar ocorreu de forma mais rápida que os outros métodos citados.

Neste ponto, faz-se relevante destacar que, comparado à outros métodos de resolução consensual de conflito, a formação de um constelador familiar é bem mais complexa e abrange uma responsabilidade a mais por incluir a parte psicológica dos indivíduos, além da extensão do curso de formação.

Com relação ao lapso temporal da adesão ao método, pesquisa demonstrou que a adesão começou com o Tribunal de Justiça da Bahia, em 2012. Em 2014 os Tribunais de Justiça do Estado de Goiás e Rio Grande do Sul adotaram o método.

Em 2015, se incluíram os Tribunais de Justiça de do Rio Grande do Norte , Alagoas, e do Distrito Federal. Já em 2016, nove outros Estados adotaram o método quais sejam, Mato Grosso, Amapá, Pará, Mato Grosso do Sul, Paraná, Rio de Janeiro, Pernambuco, Rondônia e São Paulo. Em 2017 deu-se a aplicação do método no Ceará, em Minas Gerais e em Santa Catarina. Em 2018 alcançou o Maranhão. E em 2019 o Piauí e a Paraíba.

Figura 2 – Ano da implementação da Constelação Familiar nos tribunais de justiça do Brasil



Fonte: Elaborada por Valadares, Gilson. Pesquisa sobre Constelação Familiar nos Tribunais de Justiça, 2020.

Com relação às matérias de direito em que são aplicadas o método, a figura a seguir trás os seguintes resultados:

Figura 3 – Áreas de aplicação da Constelação Familiar nos tribunais de justiça do Brasil



Fonte: Elaborada por Valadares, Gilson. Pesquisa sobre Constelação Familiar nos Tribunais de Justiça, 2020.

Para fins desta pesquisa, foram consideradas todas as matérias já trabalhadas nos tribunais desde a implantação do método. Como esperado, a área mais submetida à técnica é o conflito familiar como pensão alimentícia, guarda de filhos, adoção, união estável, divórcio, inventário, e etc.

Há, entretanto, alguns casos criminais no campo da violência doméstica e da infância e juventude. Quanto à justiça comum, na área cível, pouca é a aplicação. Entretanto, excetua-se o Distrito Federal, ao aplicar a técnica nas causas de superendividados.

Dentre os tribunais que aplicam o método de forma diferente dos demais, tem-se o Tribunal de Justiça da Paraíba, ao aplicar em demandas que envolvem pessoas idosas, e o Tribunal de Justiça de Goiás, ao utilizar a Constelação em processos do segundo grau.

Apesar de a maior aplicação do método estar nas questões relacionadas às varas de família e sucessões, violência doméstica e infância e juventude, nota-se que com grande frequência o instituto é utilizado em outras áreas, conforme demonstrado na imagem acima.

Além do que, em qualquer que seja a matéria, o método de Hellinger é aproveitado para autoconhecimento das partes envolvidas e, antes mesmo de apresentar o resultado pretendido, o autoconhecimento possibilita a resolução de conflitos internos e, como consequência, preserva eventuais futuros conflitos com outras pessoas. Assim, conclui-se que a Constelação Familiar está a serviço da paz, da humanização e do amor entre as relações humanas.

CONCLUSÃO

O sistema judiciário brasileiro se encontra sobrecarregado, e métodos de resolução de conflitos que satisfaçam às partes são sempre muito bem vindas. A princípio era buscado definir os direitos, e a resolução dos conflitos acabavam por padecer. Entretanto a realidade foi transformada e hoje é possível ver em todo território brasileiro a aplicação de diversas práticas de resolução consensuais de conflito

A Constelação Familiar Sistêmica objetiva, principalmente, a ordem de amor mais harmoniosa para o sistema familiar. Ela foi desenvolvida a várias mãos, e encontra fundamentação na ciência. O método, especialmente por ser novo, foi construído à várias mãos e é embasado cientificamente.

Entretanto há de se dar destaque à Bert Hellinger, cuja vida dedicou ao aprimoramento, aplicação e difusão da técnica e se tornou mais conhecido aplicador da Constelação.

Considerando a efetividade em resolver conflitos que é inerente ao método e a sobrecarga do poder judiciário, o link entre a Constelação Familiar Sistêmica foi quase automática para Sami Storch. Assim sendo, ele criou o que hoje é conhecido como Direito Sistêmico.

O Direito Sistêmico, criado por Sami Storch, foi muito bem recebido e abraçado pelos tribunais pátrios, se espalhando rapidamente pelo país.

As pesquisas demonstram que todos os estados abordam de alguma forma a Constelação Familiar Sistêmica no âmbito jurídico e que em quase todos eles há aplicação, de fato, do método.

A Constelação Familiar é um meio que demonstra muita eficácia perante a crise do Poder Judiciário, e a sua utilização adiciona valor e qualidade à administração da justiça, o que acaba ajudando na diminuição de casos judicializados.

Quem conduz a constelação é o constelador o qual, após ser devidamente qualificado em treinamentos e cursos intensos, aplica as técnicas aprendidas e com o apoio das partes consegue chegar na solução da lide, ressaltando-se que os vínculos precisam estar em observação, pois são a estrutura que guia para uma conciliação com o resultado almejado.

Notou-se que os conflitos familiares são as que mais se utilizam da técnica, pois são os que comumente envolvem sentimentos e a constelação consegue trabalhar exatamente nesse ponto, porque ela atinge as emoções e vontade das partes é o que não é foco dos processos judiciais, assim, a sua utilização consegue atingir a satisfação plena das vontades daqueles que a utilizam.

Com o passar dos anos o instituto familiar atravessou uma grande evolução e isso acabou refletindo também reflete no aspecto jurídico, pois em que pese as leis não terem conseguido acompanhar esse avanço, a constelação tem servido no auxílio para essa nova condição das famílias.

A partir dessa pesquisa, resta claro e evidente que é possível a utilização da Constelação Familiar Sistêmica não só como auxílio ao Poder Judiciário, mas também e especialmente como uma técnica transformadora na vida das partes, o que confirma e comprova ser o meio muito adequado para solução das lides, principalmente nos conflitos familiares.

Conclui-se que a constelação agrega ao modelo atual e torna possível uma melhor prestação do serviço jurisdicional na vida pessoal das partes envolvidas, pois possibilita uma solução mais célere e adequada diante dos anseios de cada indivíduo.

REFERÊNCIAS

BARCELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARRETO, Mônica. **Constelação familiar sistêmica**: entendendo a dinâmica do campo – como o campo familiar pode influenciar em nossa vida. São Paulo: Giostri, 2018.

BERNE, Eric. **Jogos da Vida**: análise transacional e o relacionamento entre pessoas. São Paulo: Nobel, 1995.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 23 nov. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046. Acesso em: 23 nov. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CNJ. **Justiça em Números 2018**. Justiça em Números, Brasília, DF, 2018b. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2021.

FICHTNER Antonio, J. et al. **Teoria Geral da Arbitragem**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2018.

HELLINGER, Bert e HÖVEL, Gabriele Ten. **Constelações familiares**: O reconhecimento das ordens do amor. São Paulo: Cultrix, 2007. P. 12-17

HELLINGER, Bert. Bert Hellinger: meu trabalho. Minha vida. A autobiografia do criador da Constelação Familiar. Com Hanne-LoreHeilmann. Tradução de Karina Janini. São Paulo: Cultrix, 2020.

HELLINGER, Bert. Ordens do amor: um guia para trabalho com constelações familiares. Tradução de Newton de Araújo Queiroz. São Paulo: Cultrix, 2007.

JANNIS, André. **O que são meios alternativos de resolução de conflitos**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/meios-alternativos-resolucao-de-conflitos-o-que-sao/>. Acesso em: Acesso em 10 nov. 2021.

MUSZKAT, Malvina E. et al. **Mediação familiar transdisciplinar**: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero. São Paulo: Summus Editorial, 2008.

RAMOS, Luciana de Oliveira; CUNHA, Luciana Gross; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. SAMPAIO, Joelson de Oliveira. **Relatório ICJBrasil**, 2021. São Paulo: FGV Direito SP. ok

PIZZATTO, Bianca. Constelações familiares na advocacia: uma prática humanizada. 2. ed. rev. e ampl. Joinville, SC: Manuscritos Editora, 2018.

VALADARES, Gilson Coelho. **Constelação Familiar no Poder Judiciário**: humanização do Direito e ampliação da cidadania dos tribunais de justiça multiportas. / Gilson Valadares – Palmas, TO, 2020. Dissertação (Mestrado Profissional) Universidade Federal do Tocantins

VANIN, Carlos Eduardo. O que é autocomposição. Disponível em: <https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/192097736/o-que-e-autocomposicao>. Acesso em 10 nov. 2021.

STORCH, Sami; MIGLIAGRI, Daniela; A origem do Direito Sistemico: pioneiro do movimento de transformações da Justiça com as Constelações familiares. 1. ed. Brasília, DF: Tagore Editora, 2020

XAVIER, Rita Paula Tyminski. **Pensamento sistêmico**: a efetiva colaboração das constelações familiares para o direito sistêmico. Disponível em: <<https://www.constelareviver.com/single-post/2018/06/06/Pensamento-Sist%C3%AAmico-a-efetiva-colabora%C3%A7%C3%A3o-das-Constela%C3%A7%C3%B5es-Familiares-para-o-Direito-Sist%C3%AAmico>>. Acesso em: 16 jun. 2021.

SUPERENDIVIDAMENTO: O IMPACTO SOCIOECONÔMICO NA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR SUPERENDIVIDADO

LUCAS DOS ANJOS BARBOSA DA CUNHA:
Acadêmico de Direito da Faculdade São Lucas,
Rondônia.

BRENDA AFONSO TEIXEIRA⁵

(coautora)

IHGOR JEAN REGO⁶

(orientador)

Resumo: O presente artigo tem por finalidade a apresentação das maiores e mais significativas mudanças na legislação que buscam auxiliar a pessoa física em demandas administrativas financeiras, fazendo alusão desde o início do Código de Defesa do Consumidor e legislações falimentares até a mais moderna legislação e orientação do ordenamento jurídico. Após a parte mais gravosa da pandemia do COVID-19, percebeu-se um aumento muito significativo do superendividamento da pessoa física, com o percentual aproximado de mais de 70% das famílias brasileiras em situação de superendividamento, evidenciando a necessidade de uma legislação que atenda à nova realidade do brasileiro.

Palavras-chaves: Código de Defesa do Consumidor, Superendividamento, Repactuação, Legislação, Subsistência.

Abstract: This article is entitled to present the biggest and most changes in legislation that seek to assist individuals in financial administrative demands, alluding from the beginning of the Consumer Protection Code, to the most modern legislation and guidance of the legal system. After the most serious part of the COVID-19 pandemic, there is a very significant increase in the over-indebtedness of the individual, with the approximate percentage of more than 70% of Brazilian families in a situation of over-indebtedness, highlighting the need for legislation that suits the new reality of the Brazilian.

Keywords: Consumer Defense Code, Over-Indebtedness, Repricing.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Aspectos históricos do superendividamento; 3. O princípio do crédito responsável; 4. Risco da democratização do crédito; 5. As mudanças advindas com a lei n. 14.181/21; 5.1. Alterações no código de defesa do consumidor; 5.2. Desafios dos

⁵ Acadêmico de Direito da Faculdade São Lucas, Rondônia.

⁶ Advogado, professor universitário e coordenador estadual do PROCON/RO.

núcleos de atendimento ao consumidor superendividado; 5.2.1. Enquadramento das propostas de negociação; 5.2.2. Insolvência civil como alternativa para a repactuação dos débitos; 6. Considerações finais; 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O protagonismo do consumo é fortemente sentido na contemporaneidade, dado a maior disponibilidade de renda das pessoas e a massificação da produção de bens de consumo. Como consequência, a maior disponibilidade de bens de consumo e a maior facilidade quanto ao crédito forçaram o nascimento do superendividamento das famílias. Entender este cenário modificado pelo consumo de vontade é o início para entender com maior profundidade os desafios da regulamentação do direito do consumidor e a necessidade de melhorar a tutela jurisdicional.

Com efeito, a modernização da legislação na proteção ao consumidor superendividado não é a única barreira para efetivação de seus direitos, sendo importante esclarecer pontos que não foram bem cuidados pela modernidade e pós-modernidade em relação ao consumo e o status construído a partir da demonstração de possuir. Assim sendo, o primeiro tópico tratado traz a construção histórica da importância do consumo e a evolução gradativa, modernização e desenvolvimento da legislação de proteção ao consumidor, seja para sensibiliza-lo de um consumo consciente, seja para resgata-lo da ruína financeira.

A partir dessa perspectiva, o tratamento do crédito responsável, tratado no tópico segundo e as alternativas legislativas advindas da Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021, que altera em partes o Código de Defesa do Consumidor, melhor desenvolvidas no tópico terceiro, visam desenvolver da melhor forma possível o instituto do crédito ao consumidor, bem como sua proteção, pois a assimetria das relações de consumo quanto a liberação do crédito e enriquecimento das instituições financeiras em detrimento ao poder econômico do consumidor, são confrontantes às orientações do ordenamento jurídico e seus princípios.

Por fim, evidenciado o risco aos consumidores e a necessidade de inserção do princípio do crédito responsável e a eticidade como pratica voluntária de ambas as partes das relações de consumo, para que se estabeleça novos contornos nos contratos de tomada de crédito e por consequência a diminuição do superendividamento da pessoa física natural e de boa-fé é que este trabalho fora pautado.

2. ASPECTOS HISTÓRICOS DO SUPERENDIVIDAMENTO

As mudanças advindas com a estruturação de uma nova sociedade de consumo levaram a algumas alterações nos papéis de indivíduos membros do mercado financeiro,

promovendo assim valores sociais diversos do que comumente se encontrava na sociedade menos favorecida financeiramente. Nesse sentido, há de se compreender que o consumo passou a ter um papel não mais de coadjuvante, mas como um protagonista, tendo o consumo de necessidade superado o consumo de vontade, com a preterição do consumo supérfluo.

O poder aquisitivo das pessoas pauta a forma de interação dos indivíduos, reservando a um grupo o poder aquisitivo e de consumo, principal fonte de aceitação e pertencimento enquanto grupo. Contudo, a percepção de aceitação de demais indivíduos em razão de seu potencial financeiro não mais é exclusiva a uma determinada elite, tendo o consumo promovido a inclusão social a determinados indivíduos e, por consequência, propagado a ideia às mais diversas camadas da sociedade.

No Egito Antigo, onde muito embora não se possa falar de “legislação consumerista”, percebia-se um cuidado com as relações de consumo, com existência de exigências para que se comercializasse algo, como a preocupação com a qualidade e estética dos produtos; tudo isso para que se adequasse aos usos e costumes locais. Ainda nessa época, foi observado certos “direitos” e deveres nas execuções dos produtos e serviços, trazido pelo próprio Código de Hamurabi, como o art. 229, o qual prevê que “Se um pedreiro edificou uma casa para um homem mas não a fortificou e a casa caiu e matou seu dono, esse pedreiro será morto”.

A medida em que a sociedade civil ia se desenvolvendo e os impulsos de consumo se tornaram cada vez mais evidentes, onde o luxo e o status se tornaram o objetivo de vida de muitos, foi observado pelos economistas da época, por volta do ano de 1920, uma guinada nas liberações de crédito para empréstimos pessoais ou financiamentos de qualquer natureza, na superprodução de bens de consumo, na constante expansão do comércio, sem nenhum tipo de regulamentação que refreasse incentivos ao contínuo crescimento de gastos da população.

Em 1927 foi instituído o Pure Food Drug Insecticide Administration, ou simplesmente PFDA, que deram início a uma “Campanha da Prova” que tinha por finalidade orientar, de forma bem sucinta, os consumidores a compararem produtos e serviços, auxiliando o gasto ou o investimento de forma racional. Nesse período, já se estudava os riscos que representavam os gastos massivos, aquisições e produção constante, a todo vapor, pelas indústrias.

Foi então que no fatídico ano de 1929 ocorreu a maior crise financeira da história dos EUA, uma recessão tão grave que foi nomeada de “Grande Depressão”, sendo a década seguinte marcada por cenários devastadores no país. Conforme trazido no parágrafo anterior, já era observado o risco de tal acontecimento. Euforia com o desenvolvimento econômico do país, ampliação desenfreada de crédito, consumo insciente, surgimento de

novas empresas e fábricas, investimentos altíssimos na bolsa de valores mercadorias estagnadas no estoque e, por fim, a queda da bolsa de valores de Nova Iorque.

Em nítido desespero, a população, sindicatos, militantes e a oposição pressionavam o então presidente dos EUA, Franklin D. Roosevelt a minimizar os efeitos da crise que se instaurou. Nesse sentido, foi então criado o “Ato da Bancarrota de 1933 e 1934” ou National Industrial Recovery Act (Ato de Recuperação Industrial Nacional, ou NIRA) criado e aprovado pelo congresso americano, atentando-se para a organização e manutenção da empresa com o ideal de oportunizar às empresas devedoras a se recuperarem financeiramente, mediante planos de pagamentos de seus credores, sem que comprometessem a subsistência da pessoa jurídica e incentivavam, mediante fundo governamental, a criação de novos empregos para reestabelecer o poder de compra da população.

Em 1978, ano em que fora realizada a primeira significativa revisão da lei, sendo instituído a atual lei vigente, o *Bankruptcy Code*, ou Código de Falência, que entrou em vigor em 1º de outubro de 1978 e acresceu alguns capítulos que dispunham não só da oportunidade de recuperação judicial da pessoa jurídica, como também, da pessoa física, além de dar alguma autonomia aos credores, havendo assim, a possibilidade de o credor tomar a iniciativa, sob algumas exigências, de instaurar o procedimento de recuperação judicial involuntária do devedor. Conforme fora se moldando a legislação, tais previsões legais foram trazidas aos produtores rurais e adequando a recuperação judicial aos moldes do poder aquisitivo e tamanho da empresa devedora.

Em que pese a legislação de 1978, está trouxe um extenso rol de direitos e garantias, tanto para os credores, como para os devedores alguns pontos de evolução da legislação em comparação ao Ato anterior, se vislumbra na fala do autor Paulo Sergio Restiffe, em sua obra Jorge Lobo:

Jorge Lobo (98, p.26) destaca alguns pontos importantes acerca da legislação falimentar norte-americana: supressão dos atos de bancarrota; transformação dos antigos referees in *bankruptcy*, que eram juízes auxiliares, em juízes monocráticos responsáveis pelo procedimento; eleição do síndico pelos credores; nomeação do agente fiduciário pelo procurador geral; e ênfase à reorganização da empresa.

Em breve leitura da legislação falimentar norte americana, o Capítulo 7 é o de maior relevância, pois é nele que é tratada a falência em sua literalidade, sendo tal capítulo intitulado de “liquidação”.

Atualmente a recuperação ou falência da pessoa física é tão difundida e aceita na sociedade norte americana, que se tornou, sob o olhar de estudiosos, um receio aos grandes empresários de investirem massivamente no país. No ano de 2008 foram feitos mais de 1,35 milhão de pedidos de falência pessoal nos EUA, em detrimento de uma crise causada pelo pedido de falência de uma das maiores instituições financeiras e banco de investimentos do mundo, o LEHMAN BROTHERS, iniciada em meados de setembro de 2008, após a recusa do banco britânico Barclays em realizar a aquisição deste, sem a ajuda do governo norte americano.

Através de tal perspectiva temerária do crescimento de pedidos de falência pessoal, foi iniciada campanha, promovida por repartições e entidades públicas, para sensibilizar a população sobre as vantagens e desvantagens de se valerem da *personal bankruptcy*.

3. O PRINCÍPIO DO CRÉDITO RESPONSÁVEL

Tendo-se em mente as alterações sociais no que tange a aceitação e inclusão do indivíduo socialmente aceito, baseando-se em seu poder aquisitivo e potencial de consumo, não se torna difícil entender que aquele que se superendividar e por consequência perder seu potencial de consumo será marginalizado à sociedade consumerista e estará excluído socialmente. Ainda que haja um microsistema de defesa do consumidor, a necessidade de marcos regulatórios com a finalidade de sanar o torpor da ineficiência do Código de Defesa do Consumidor, no que tange a modernidade das relações consumo e concessão de crédito, se mostrou evidente.

O crédito, difundido socialmente como uma extensão da renda do indivíduo e não como alternativa para uma urgência ou imprevistos, teve vulgarizada sua concessão e facilidade de obtenção, pois inexistente regulamentação para dispor de cessão de crédito ou evitar sua disseminação quando ainda era possível. A deliberação de crédito tomou proporções em que a legislação não possui mais ferramentas para suprir a complexidade que as relações de consumo atingiram, sendo temerário afirmar a eficácia da tutela dos direitos dos consumidores, levando a ruína financeira de inúmeros indivíduos que buscaram no consumo uma forma de inserção social.

A falta de educação financeira somada ao *marketing* covarde da indústria fornecedora de crédito geram novos endividados a cada dia. Este tipo de empreendimento impõe uma política de consumismo como único caminho a ser seguido, sem fazer distinção daquele que possui ou não meios para cumprir as condições, tendências e novidades que o próprio mercado cria. Com isto, por cada vez mais evoluir o consumo de vontade e a deliberação de concessão desenfreada de crédito, o superendividamento já é realidade em muitas famílias brasileiras.

O Idec (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor) realizou um levantamento no primeiro trimestre de 2021, onde se observou que dos aproximadamente 210 milhões de brasileiros, 60 milhões encontram-se endividados e 30 milhões estão na situação de superendividados. Tais números assustam, pois, a ineficiência de regulação do mercado de consumo é evidente; o brasileiro não mais consegue se manter com seus rendimentos regulares e não há o que se chama de “mínimo existencial” a ser utilizado por boa parte da população.

Sob tal perspectiva, a necessidade de regulamentação apta a defender de forma eficaz a tutela dos direitos dos consumidores se evidencia cada vez mais em situações de alta complexidade e modernização das relações de consumo, sem que de igual forma aconteça com as legislações de proteção ao consumidor. Nesse sentido, a concessão de acesso ao crédito como direito fundamental é ratificada pelo desenvolvimento social, o qual atingiu seu ápice em relação ao mercado de consumo, ou seja, a capacidade econômica de cada indivíduo se tornou parâmetro para definir seu aceite e reconhecimento social.

Afim de saldar as inobservâncias da legislação, o princípio do crédito responsável tem como principal finalidade conceder àquele superendividado a oportunidade, em casos excepcionais, de concessão de margem razoável de crédito, sem a qual este não poderia suprir eventuais despesas de sua vida cotidiana ou gerir a administração financeira de seus rendimentos da forma adequada. Assim sendo, a perspectiva do direito fundamental tem como principal característica o acesso ao crédito pelo superendividado, com o objetivo de que este não seja excluído socialmente e possa garantir, quando não possível recorrer ao Estado, seu sustento.

Contudo, deve-se saber que com isso não se almeja uma política neoliberal para dispor de concessão de crédito a endividados/superendividados e sim promover o incentivo à educação financeira e a administração responsável dos próprios rendimentos, pois é evidente a inexistência de políticas públicas efetivas para a construção de uma sociedade instruída quanto sua organização financeira. Tal fato é encontrado na inexistência de propositura de ensino financeiro na grade curricular regular dos ensinos fundamental II e médio, etapas estas onde o indivíduo já compreende melhor a necessidade do dinheiro e do crédito, porém não sabe como funciona.

Afim de sanar tal ignorância, torna-se necessário que as instituições enxerguem que ao sair da escola, seja por abandono ou conclusão, o jovem adulto, em regra, não irá dispor de parte do seu dia única e exclusivamente para o aprendizado da administração financeira, sendo a melhor oportunidade de passar tais conhecimentos durante o ensino regular nas escolas. É notório que tal ideal não é inviável ou muito menos inoportuno, pelo contrário, é a chance de todo indivíduo ser instigado a entender melhor como administrar a própria vida financeira.

De acordo com Macedo Junior, “o consumo de massa torna-se, em grande medida, um elemento de fomento à desorientação e perda da autoconfiança e da atividade, gerando passividade, dependência”, ou seja, o crédito é entendido como via de acesso rápido a satisfazer os indivíduos inseridos nesta fase de radicalização do consumo, visto que a necessidade de se manterem atuais e a busca por concessão de crédito para financiar o custeio desse patamar de consumo em massa terminam por ruir financeiramente o cidadão.

Nesse sentido, além de potencializar o consumo de bens e serviços, a concessão de crédito trouxe em evidência os contratos de empréstimo, seja crédito pessoal, consignado ou mesmo cartão de crédito consignado (categoria peculiar). Nesses contratos, a existência de riscos financeiros são inúmeras, seja para as próprias instituições que concederem o crédito, seja para o contratando, pois o inadimplemento das obrigações desses contratos enseja penalidades pecuniárias muito significativas aos consumidores finais, isto é, a incidência de juros é absurda ao consumidor. Já para os cedentes do crédito, o dano é decorrente em detrimento a perspectiva da receita prevista ou o custeio para que se receba o pagamento do valor devido, que muitas vezes exigem o ajuizamento de ações de conhecimento.

Portanto, este contexto traz a verificação da necessidade de imposição de mecanismos de defesa em favor à parte vulnerável da ação, nos termos do art. 4º, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, para que não haja desigualdade do poder aquisitivo de um em relação a outro. Afim de estabelecer nova proposta de relações contratuais que envolvam concessão e tomada de crédito, surgiu o princípio do crédito responsável.

O aceite desse cenário socioeconômico é essencial para entender a importância de regulamentação àquele que busca se utilizar do crédito disponibilizado, no sentido de impor alternativas, ferramentas e mecanismos de controle a este instrumento, através do princípio do crédito responsável. Assim, designar ditames que oportunizem a proteção a estes consumidores vulneráveis em conformidade a seu poder aquisitivo é o necessário para o estabelecimento de uma relação comercial saudável, inserindo ética e responsabilidades nos contratos de concessão de crédito, como bem expôs a Dra. Juliana Oliveira Domingues, da Secretária Nacional do Consumidor (SENACON):

O que queremos combater é o superendividamento, a impossibilidade manifesta do consumidor, pessoa física natural e de boa-fé a pagar a totalidade das suas dívidas de consumo que são exigíveis vencidas e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial.

Nesse sentido, o princípio do crédito responsável visa garantir o direito do mínimo existencial do indivíduo para que este não seja excluído socialmente e venha a ser

prejudicado pelo não acesso a um crédito em situação emergencial; como dever fundamental, responsabilizar o fornecedor que, mesmo ciente da incapacidade de adimplemento do consumidor, conceder crédito apenas para exacerbar seus lucros e, por fim, incentivar não só o consumidor como também o Estado a investir tempo e recursos na busca pela melhor capacidade racional e instrução para a adequada administração financeira.

4. RISCO DA DEMOCRATIZAÇÃO DO CRÉDITO

O superendividamento da pessoa física natural, ou seja, a insolvência absoluta do indivíduo em razão as suas dívidas exigíveis vencidas e vincendas advindas de relações consumo, decorrentes da democratização de acesso ao crédito, somados a irresponsabilidade financeira, é fruto dos incentivos covardes à radicalização do consumo e de políticas de acesso ao crédito. Nesse sentido, a perspectiva do trabalho é tratar da melhor forma o entorno até chegar à chamada “Lei do superendividamento” ou Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021.

A evidente e constante exploração do mercado de consumo de concessão de crédito é fator potencial para atrair os consumidores ao endividamento e, por consequência, além de socialmente “excluído”, estarão sujeitos à perda de certas liberdades previstas constitucionalmente. No entanto, isto acontece não por penalidade propriamente dita, mas pela inexistência de margem de crédito ou mesmo pela falta do mínimo existencial, pondo-os em uma situação de vulnerabilidade financeira, decorrente da insolvência, que não mais importaria em liberação de crédito por nenhum possível credor legal.

Nesse contexto, pode-se melhor compreender o superendividamento como a aquisição de produtos ou bens de serviços de forma parcelada, ou comprometendo parte de seu rendimento regular, sem a observância da possibilidade de adimplemento futuro das obrigações assumidas. Como já dito, a falsa sensação de renda trazida pelo crédito tem sido tratada como uma extensão da renda regular do indivíduo, dispondo este de uma falsa sensação de poder aquisitivo superior ao que este realmente possui.

O combate ao superendividamento deve-se iniciar com as medidas de políticas públicas voltadas, principalmente, à prevenção ao superendividamento, não somente quando o indivíduo estiver em situação de absoluta insolvência. Nesse viés, é evidente que o que mais poderia prevenir o superendividamento é o prévio conhecimento de administração das finanças, porém para aquele que já se encontra endividado, o meio mais adequado para aborda-lo é a reeducação financeira, a fim de que futuramente não volte a se superendividar.

Tomando por modelos de abordagem mais maduros e cabíveis à reeducação financeira, temos como exemplo o *Fresh Start Policy* - Política do Novo Recomeço, já muito

utilizada pelos Estados Unidos da América. Tal modalidade de se lidar com o superendividamento se baseia no que se chama de perdão parcial ou total das dívidas, isto é, o indivíduo pagará suas dívidas apenas no limite de seu patrimônio atual. Em outras palavras, o fornecedor que conceber crédito ciente da possibilidade de insolvência absoluta por parte do devedor será responsabilizado de forma mitigada ao devedor, pois toda atividade comercial é suscetível ao risco de sua atividade econômica.

Não é correto reduzir o superendividamento apenas ao excesso de liberação de crédito ao consumo, na medida em que outros fatores levam ao mesmo cenário. O Código de Consumo Francês traz, em seu artigo L330-1 (RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, 1993), uma das hipóteses de superendividamento, não necessariamente advinda de concessão de crédito ou irresponsabilidade financeira, “a situação de superendividamento das pessoas físicas é caracterizada pela impossibilidade manifesta para o devedor de boa-fé de quitar o conjunto de suas dívidas não profissionais, exigíveis ou vincendas” (tradução nossa)⁷, ou seja, não necessariamente oriundas de relação de consumo por exploração da atividade comercial financeira ou mesmo supérflua.

Pela visão de Marques e Frade, “o sobreendividamento, também designado por falência ou insolvência dos particulares, inclui os casos em que as famílias se encontram em situação de impossibilidade de pagamento de uma ou mais dívidas”. Em outras palavras, o superendividamento não é caracterizado pelo inadimplemento das obrigações, mas sim pela enorme dificuldade das famílias de realizarem os pagamentos regulares de seus débitos e conjuntamente manterem sua subsistência.

Contudo, a democratização do crédito não deve ser necessariamente vista como vilão da organização financeira familiar ou individual. Faz-se associação a uma faca afiada ou mesmo a manipulação de fogo, ou seja, sem a devida perícia para o uso adequado das ferramentas dispostas para o pleno desenvolvimento do cidadão, acidentes podem acontecer e, algumas situações, podem ser irreparáveis. Sendo assim, a mais adequada forma de se utilizar o crédito, que com muito esforço foi oportunizado e acessível a todo aquele que dele vier a desfrutar, deve ser feito de forma responsável, estando instruído tanto o fornecedor sobre sua função social, como o consumidor para que não se prejudique do uso de alternativas financeiras.

⁷ No original: La situation de surendettement des personnes physiques est caractérisée par l'impossibilité manifeste pour le débiteur de bonne foi de faire face à l'ensemble de ses dettes non professionnelles exigibles et à échoir. [...]. Code de la consommation.

5. AS MUDANÇAS ADVINDAS COM A LEI N. 14.181/21

5.1. Alterações no código de defesa do consumidor

A Lei nº 14.181, promulgada em 1º de julho de 2021, traz significativas mudanças no Código do Consumidor condizentes à estipulação de crédito e à prevenção e tratamento do superendividamento da pessoa natural.

Antes de sua aprovação, tinha-se como base a Lei nº 12.414/2011. Ela orientava os serviços oferecidos por empresas privadas, como SERASA, SPC e Boa Vista, os quais registram em seus bancos de dados o CPF do devedor, podendo ele mesmo monitorar seus créditos e pendências, além destas referidas instituições apresentarem meios para solucionar quaisquer negativas.

Assim, como primeira mudança, foram adicionados os incisos IX e X ao artigo 4º do Código do Consumidor, em que constata-se a preocupação do legislador para com o cidadão endividado, estabelecendo, dentro dos princípios da Política Nacional das Relações de Consumo, a garantia à educação financeira e a prevenção e tratamento de dívidas superfaturadas, com o intuito de evitar que o devedor seja socialmente discriminado.

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

(...)

IX - fomento de ações direcionadas à educação financeira e ambiental dos consumidores;

X - prevenção e tratamento do superendividamento como forma de evitar a exclusão social do consumidor.

Continuando neste mesmo limiar, o artigo seguinte ao citado acima também sofreu acréscimo dos incisos VI e VII. Nota-se com a leitura destes que a norma não somente garante o direito anterior ao endividado, como também disponibilizará meios para que suas pendências sejam de fato sanadas, criando “mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural” e “núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento”.

No capítulo III, onde são elencados os direitos básicos do consumidor, houve a adição dos seguintes incisos ao art. 6º:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

XI - a garantia de práticas de crédito responsável, de educação financeira e de prevenção e tratamento de situações de superendividamento, preservado o mínimo existencial, nos termos da regulamentação, por meio da revisão e da repactuação da dívida, entre outras medidas;

XII - a preservação do mínimo existencial, nos termos da regulamentação, na repactuação de dívidas e na concessão de crédito;

Como relatado anteriormente, o novo texto apresenta-se com a premissa de assegurar ao consumidor superendividado meios para a quitação de suas negatividades, além de educá-lo para que tal situação não ocorra novamente ou até mesmo evitá-la. Além disso, nestes incisos, o legislador torna indubitável que o mínimo existencial seja preservado, isto é, nenhuma dívida terá prioridade em detrimento da dignidade e subsistência do devedor, conservando o prescrito no *caput* do art. 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nas palavras do Ministro Luís Roberto Barroso (BARCELLOS, 2002 apud LENZA, 2020, p. 1057), o mínimo existencial consiste no “conjunto de prestações materiais essenciais sem as quais o indivíduo se encontrará abaixo da linha da dignidade”.

Dando sequência, a alteração mais significativa advinda com a Lei nº 14.181 sem dúvida foi o implemento dos capítulos VI-A, do Título I, e V, do Título III: o primeiro aborda com detalhes o procedimento de prevenção e tratamento do superendividamento, enquanto que o segundo descreve a realização da conciliação neste caso.

Logo no §1º, do art. 54-A, o legislador conceitua o termo superendividamento, o qual corresponde a “impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial”. Em seguida, no §3º do mesmo artigo, é esclarecido que tais normas não se aplicam aos casos de endividamento surgidos através de fraudes ou por má-fé.

O art. 54-B, complementando o disposto no art. 52 do mesmo Código, elenca em seus incisos informações cruciais que devem ser comunicadas ao consumidor durante a aquisição de crédito, sendo elas:

Art. 54-B. No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre:

I - o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem;

II - a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento;

III - o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de 2 (dois) dias;

IV - o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor;

V - o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, nos termos do § 2º do art. 52 deste Código e da regulamentação em vigor.

Neste sentido, o art. 54-D determina ainda ao fornecedor de crédito, anterior à adesão do contrato, o dever de esclarecer ao consumidor as consequências do inadimplemento; efetuar uma avaliação minuciosa de sua condição financeira e informá-lo sobre a identidade do financiador. Caso descumpra estes deveres, o fornecedor poderá sofrer penalidades de acordo com a gravidade de sua conduta perante o interessado, como a "redução dos juros, dos encargos ou de qualquer acréscimo ao principal e a dilação do prazo de pagamento previsto no contrato original" (parágrafo único).

A fim de prevenir a ocorrência de mais lesões ao consumidor, o art. 54-C dispõe de hipóteses vedadas nos serviços de oferta de crédito, como a alegação de que a condição financeira do indivíduo não será analisada; a omissão de dados sobre a onerosidade e os riscos da contratação; a persuasão do interessado, principalmente se o mesmo se encontrar em situação de vulnerabilidade e a condução do consumidor a desistência de demandas no judicial como condição para o fornecimento de atendimento.

E em concordância ao exposto previamente, o art. 54-G elenca outras circunstâncias que são vedadas ao fornecedor de crédito, entre elas: a cobrança indevida de compra efetuada no cartão de crédito, tendo o consumidor já contestado a mesma a partir de dez dias contados do vencimento da fatura; o não oferecimento ao contratante de cópia da minuta do contrato de crédito e do contrato em si ou, na hipótese de transação ocasionada por fraude, não acatar ao pedido do interessado para anular ou bloquear o pagamento.

Assim, esclarecido o superendividamento e o processo para a contratação de crédito, há de se deliberar sobre a renegociação de dívidas por via judicial de que trata o capítulo V, do Título III.

Primeiramente, o devedor poderá requerer a repactuação de suas pendências a um juiz e este instaurará um processo, inicialmente conciliatório, com todos os credores elencados por aquele. Em seu plano de pagamento, deverá constar uma proposta com o objetivo de ser quitada em até cinco anos, de acordo com o regulamento negociado com cada credor e preservando sempre o mínimo existencial. Ainda, o credor ou seu representante que se ausentar injustificadamente da audiência de conciliação terá sua exigibilidade de débito suspensa até que os demais credores que compareceram a negociação sejam efetivamente pagos, como estipula o §2º do art. 104-A.

Havendo conciliação com um credor ou mais, o plano de pagamento homologado em sentença deverá ser composto pelos seguintes itens enumerados pelo §4º do referido artigo:

§ 4º Constarão do plano de pagamento referido no § 3º deste artigo:

I - medidas de dilação dos prazos de pagamento e de redução dos encargos da dívida ou da remuneração do fornecedor, entre outras destinadas a facilitar o pagamento da dívida;

II - referência à suspensão ou à extinção das ações judiciais em curso;

III - data a partir da qual será providenciada a exclusão do consumidor de bancos de dados e de cadastros de inadimplentes;

IV - condicionamento de seus efeitos à abstenção, pelo consumidor, de condutas que importem no agravamento de sua situação de superendividamento.

Esta etapa conciliatória, de acordo com o art. 104-C, também poderá ser efetuada por órgãos públicos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, respeitando todas as demais condições estabelecidas neste novo texto normativo.

Restando infrutífera a conciliação, o art. 104-B prevê a instauração do processo de superendividamento para o devedor que tiver interesse no seguimento da demanda. Para tanto, o juiz realizará uma nova proposta de repactuação de dívidas, desta vez através de plano judicial compulsório e utilizando-se das provas produzidas em audiência, bem como determinando o prazo de quinze dias para os credores citados juntarem aos autos razões para a renegociação de valores. Também ficará a critério do magistrado a convocação de

administrador para apresentar um plano adequado às delimitações pretendidas por cada parte.

Findado o processo, o plano judicial compulsório que resultar da ação de superendividamento deverá constar com pelo menos o valor principal correspondente a cada credor, com as devidas correções monetárias e, assim como no plano realizado pelo devedor, deverá ser quitado em até cinco anos e a primeira parcela em até 180 dias a partir da homologação da sentença, com o restante das parcelas divididas em quantias iguais e exigidas mensalmente, conforme elencado pelo §4º do artigo citado acima.

5.2. Desafios dos núcleos de atendimento ao consumidor superendividado

Tendo em vista que a novíssima legislação está sendo adequada aos casos concretos, bem como as buscas por repactuação dos débitos pelos devedores ainda estão no seu início, as Defensorias Públicas tem sido as principais auxiliadoras da população para a efetiva renegociação de dívidas.

Nesse sentido, em face de ser um órgão com estrutura, tanto física como de pessoal técnico para atender a demanda de procedimentos de repactuação, as Defensorias Públicas têm sido as precursoras na implantação do NAS (Núcleo de Atendimento ao Superendividado), por consequência, a primeira instituição a sentir concretamente os desafios na aplicabilidade da Lei nº 14.181/21.

5.2.1. Enquadramento das propostas de negociação

É evidente que alguns dos critérios inseridos na legislação para sua plena eficácia ocorram de determinada forma e dentro de um período específico. Nesse sentido o sistema que se servem os núcleos de atendimento ao consumidor superendividado para a realização dessas repactuações exige a necessidade de que a proposta para o pagamento parcelado, de ao menos a dívida principal atualizada do devedor, ocorra dentro do período de até 60 (sessenta) meses e que os valores das parcelas preservem o mínimo existencial.

Muito embora pareça uma excelente alternativa para se realizar o adimplemento das obrigações existentes, o relato do Dr. Antônio Carlos Cintra (2021), Defensor Público e Vice-Coordenador da CONDEGE (Comissão de Defesa dos Direitos do Consumidor), expõe uma realidade diversa das perspectivas que se apresentaram durante a construção da nova legislação. Ele relata que durante o evento da 8ª Semana Nacional de Educação Financeira, “a grande maioria dos casos que nós temos atendido de superendividados, não se enquadra nessas possibilidades (da nova legislação), nós não conseguimos fazer caber”.

A declaração do Vice-Coordenador da CONDEGE apenas reflete a realidade dos brasileiros que se encontram superendividados, pois independentemente das facilidades trazidas pela nova legislação, a ineficácia para os mais diversos casos é demonstrada

justamente na impossibilidade de se respeitar o mínimo existencial e realizar o pagamento de ao menos o valor principal atualizado do débito dentro do prazo de 60 (sessenta) meses, haja vista que a renda declarada dos superendividados não são suficientes para atender nem suas demandas mais básicas, quem dirá, saldar débitos nos critérios legais.

5.2.2. Insolvência civil como alternativa para a repactuação dos débitos

Na mesma oportunidade, durante o evento da 8ª Semana Nacional de Educação Financeira, Cintra revelou que, em face das diversas dificuldades trazidas pelas exigências legais para a repactuação dos débitos somadas a imensa vulnerabilidade financeira de boa parte dos superendividados, uma das poucas saídas que se existe para este público em específico tem sido a judicialização, através da insolvência civil.

Não obstante, cumpre esclarecer que, em geral, os juízes entendem por considerar a insolvência civil como alternativa para repactuação dos débitos apenas se houver anteriormente processo judicial para requerimento de adimplemento de obrigação de autoria do credor, não sendo razoável se utilizar, nesses casos, a Lei nº 14.181/21. Nesse sentido, ainda há a necessidade de se calcular o valor do débito principal, pois além da complexidade do próprio cálculo, a consideração dos valores vencidos já pagos e o que se tiver ainda a vencer, as próprias instituições financeiras credoras oneram, em muito, o tempo para a entrega do saldo devedor que oportunize o cálculo deste valor, contabilizando, também, o período de atraso.

Sendo assim, além da inviabilidade de aplicação da legislação confrontante à sua vulnerabilidade financeira do devedor, o estímulo a judicialização se insere quando a necessidade de repactuação do débito, dentro de termos acessíveis ao devedor, só se encontra na lei antiga, isto é, na insolvência civil. Em outras palavras, mesmo que a ideia da legislação seja excelente e tenha por finalidade a facilitação do reingresso do poder de compra do devedor no mercado financeiro, em boa parte dos casos concretos as saídas para o adimplemento dessas obrigações ainda são pautadas na legislação pretérita.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito embora não se possa dissociar o consumo da sociedade humana, uma vez que o consumo é manutenção da subsistência da vida e agora posto como protagonista até das relações sociais, é inequívoco pontuar que o consumo de vontade tem sido fator decisivo para a existência de inadimplentes, uma vez que os mais diversos patamares econômicos sociais têm sido as vítimas de suas próprias ambições.

Nesse prisma, é de se destacar a necessidade de que as prestadoras de serviços de crédito se utilizem de seus *marketings*, não como forma abusiva de publicidade ou assédio aos consumidores, mas como oportunidade de avaliação financeira pelo próprio

consumidor, ou seja, que além de todos os benefícios existentes em se contratar a tomada de crédito de determinado fornecedor, seja o consumidor informado de suas limitações de comprometimento de renda.

Além de tais obrigações de cumprimento da própria função social dos fornecedores, estes precisam limitar a liberação de crédito àquele consumidor que nitidamente se encontra em alto risco de insolvência, pois visar o lucro em detrimento a ruína financeira de outrem não pode ser vista com bons olhos, nem inexistir penalidades a tal inobservância.

Mesmo que este cenário de superendividamento do consumidor, pessoa física natural e de boa-fé, seja compreendido como risco ao mercado de consumo, ainda mais quando exista de forma massiva, há a necessidade de análise deste mercado de exploração financeira, onde deliberadamente o crédito tem sido oportunizado à aquisição a quem não detém poder aquisitivo para adimpli-la ou mesmo inexistente em si capacidade técnica para administrar seus rendimentos.

É evidente a ineficácia ou mesmo inexistência de regulamentação que limite as ações abusivas dos fornecedores de serviços de crédito. O Poder Público tem por obrigação o tratamento especial ao consumidor superendividado em razão de sua hipervulnerabilidade de seu *status* econômico, não lhe podendo ser atribuída igualdade a quem não se enquadra em suas condições, pois tal cenário de tamanha fragilidade afasta da condição do indivíduo o mínimo para a manutenção de sua subsistência, recaindo ao Poder Público prevenir tamanha conturbação.

A Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021, veio como ferramenta alternativa para a repactuação de débitos sem a necessidade de judicialização, porém não é perfeita e dificilmente vai enquadrar-se em todos os casos possíveis. Contudo, sua viabilidade pode se vislumbrar se houver efetiva parceria entre os credores e as instituições para sanarem as demandas de repactuação. Também auxilia para este cenário a cessação a impunidade aos credores que, mesmo cientes do risco de insolvência do indivíduo e inexistência para liberação de crédito, assim o fazem e a ocorrência de parceria entre os próprios entes governamentais com a finalidade de dar celeridade às demandas de repactuação de débitos.

Por fim, que o princípio do crédito responsável seja inserido socialmente como norte para as relações de consumo, bem como sua eticidade seja pautada como indispensável em todo os âmbitos das relações consumeristas. Ainda, que o Poder Público tome medidas breves para a proteção de sua população, pois o *periculum in mora* para a criação de regulamentação adequada resultará na ruína financeira de muitos consumidores e, por consequência, no risco de colapso no mercado financeiro, sendo essencial a valoração do princípio do crédito responsável.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Leonardo Pinto Andrade de. **A recuperação judicial na lei brasileira e na lei americana**. 2014. Tese (Bacharelado). Curso de Direito. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/37774/90.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 19.

BEZERRA, Oswaldo Vasconcelos. Artigo – Regulamentação da Falência Individual: saída da crise econômica. **O Impacto**. 5 ago. 2019. Disponível em: <<https://oimpacto.com.br/2019/08/05/artigo-regulamentacao-da-falencia-individual-saida-da-crise-economica/>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 12.414, de 9 de junho de 2011. Disciplina a formação e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para formação de histórico de crédito. Brasília, DF: palácio do Planalto, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12414.htm>. Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.181, de 1º de julho de 2021**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento. Brasília, DF: palácio do Planalto, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm>. Acesso em: 9 out. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: palácio do Planalto, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 9 out. 2021.

CARLA, Joyce. **O que é e como funciona a Serasa?** Serasa Ensina. Disponível em: <<https://www.serasa.com.br/ensina/seu-nome-limpo/como-serasa-funciona/>>. Acesso em: 9 out. 2021.

Falencia - uma nova oportunidade em sua vida. **Apsan Law Offices, LLC**. Disponível em: <<http://www.apsanlaw.com/mlaw-383.Falencia---uma-nova-oportunidade-em-sua-vida.html>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

GONÇALVES, Fábio Antunes. GARANTIA ECONÔMICA: *Lei americana consegue preservar empresas da falência*. **Consultor Jurídico**. 11 jul. 2008. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2008-jul-11/lei_americana_preserva_empresas_falencia>. Acesso em: 23 ago. 2021.

GRENZ, Stanley J. **Pós-modernismo: um guia para entender a filosofia do nosso tempo**. São Paulo: Vida Nova, 2008. p. 28.

GUGLINSKI, Vitor. Breve histórico do Direito do Consumidor e origens do Código de Defesa do Consumidor. **Meu Site Jurídico**. 8 mai. 2019. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/08/breve-historico-direito-consumidor-e-origens-codigo-de-defesa-consumidor/#:~:text=Na%20Fran%C3%A7a%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20consumerista%20%C3%A9%20vasta.&text=Criou%20Dse%20ainda%20em%201978,abusividade%20nas%20rela%C3%A7%C3%B5es%20de%20consumo.>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

História dos Estados Unidos (1918-1945). **Wikipedia**. Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_dos_Estados_Unidos_\(1918-1945\)](https://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_dos_Estados_Unidos_(1918-1945))>. Acesso em: 23 ago. 2021.

LENZA, Pedro. **Esquemático: Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619306/>>. Acesso em: 16 out. 2021.

MARQUES, Maria Manuel Leitão; FRADE, Catarina. **O endividamento dos consumidores em Portugal: questões principais**. Notas Económicas nº 14 (Actas). Coimbra: Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, 2000.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Lei do Superendividamento**. Youtube, 9 nov. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=pb4ZkS_-4F0&t=3512s>. Acesso em: 23 nov. 2021.

Renegociação de dívidas: tudo o que você precisa saber - Núcleo de acesso ao crédito. **Núcleo de acesso ao crédito**, 2019. Disponível em: <<https://nac.cni.com.br/blog/renegociacao-de-dividas/>>. Acesso em: 9 out. 2021.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 8 ed. São Paulo: Cortez, 2001. p. 110

SILVA, Daniel Neves. Crise de 1929. **Brasil Escola**. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/crise29.htm>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

VUONO, Natasha de. Insolvência civil vs. personal bankruptcy nos Estados Unidos. **Migalhas**. 11 dez. 2019. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/316778/insolvencia-civil-vs--personal-bankruptcy-nos-estados-unidos>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL. UMA ANÁLISE PRÁTICA DA CRIAÇÃO DO DIREITO PELO PODER JUDICIÁRIO

JULYANNA RIBEIRO BATISTA

Resumo: Tendo vista a posição cada vez mais proeminente do Poder Judiciário nos Estados Democráticos de Direito, com enfoque especial no Brasil, através da análise de julgamentos relevantes, busca-se estabelecer distinção entre ativismo judicial e a produção jurisprudencial, que visam solucionar as lacunas do ordenamento jurídico para a efetiva prestação jurisdicional, apontando os efeitos positivos e negativos decorrentes da superação da clássica tripartição dos Poderes do Estado Liberal. O presente artigo tem por objetivo analisar o tão comentado Ativismo Judicial, onde envolve a concretização dos direitos fundamentais sociais esculpidos na Constituição Federal. Diuturnamente os direitos fundamentais sociais são violados, e com isso o Judiciário vem tomando atitude ativista decidindo pela efetividade do direito constitucionalmente garantido, papel que lhe é próprio, afastando várias polêmicas. Uma breve análise sobre o tema, apresentando a sua origem e momento histórico, conceituando o termo com base nos grandes estudiosos sobre o assunto, não deixando também de conceituar o Poder Judiciário e suas funções típicas e atípicas, analisando alguns julgados que repercutiram tanto para o lado positivo, como negativo. decorrentes da superação da clássica tripartição de poderes do Estado Liberal.

Palavras-chave: Ativismo Judicial, Poder Judiciário, Funções Típica e Atípicas e Efeitos positivos e negativos.

Abstract: Given the increasingly prominent position of the Judiciary in Democratic States of Law, with a special focus on Brazil, through the analysis of relevant judgments, we seek to establish a distinction between judicial activism and jurisprudential production, which aim to solve gaps in the legal system. juridical for the jurisdictional provision, competent the positive effects and resulting from the overcoming of the classic tripartition of the Powers of the Liberal State. This article aims to analyze the much commented on Judicial Activism, which involves the implementation of fundamental social rights carved out in the Federal Constitution. Every day, fundamental social rights are violated, and with that the Judiciary has become an activist, deciding for the effectiveness of the constitutionally guaranteed right, a role that is its own, warding off several controversies. A brief analysis on the subject, deploys its origin and historical moment, conceptualizing the term based on the great scholars on the subject, while also conceptualizing the Judiciary and its typical and atypical functions, analyzing some judgments that had such repercussions for the positive side, like negative. result of the overcoming of the classic tripartition of powers of the Liberal State.

Keywords: Judicial Activism, Judiciary Power, Typical and Atypical Functions and Positive and Negative Effects.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ATIVISMO JUDICIAL: MOMENTO HISTÓRICO E SURGIMENTO. 1.1. CONCEITO DE ATIVISMO JUDICIAL. 1.2. DIFERENÇA ENTRE ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO. 2. PODER JUDICIÁRIO: CONCEITO HISTÓRICO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. 2.1. PODER JUDICIÁRIOS E SUAS FUNÇÕES TÍPICAS E ATÍPICAS 3. REVERSÃO LEGISLATIVA E FEITO BACKLASH. 4. EFEITOS POSITIVOS E NEGATIVOS DA PRÁTICA DO ATIVISMO JUDICIAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O Ativismo Judicial surge como um tema em alta no meio jurídico. Muito se fala a seu respeito, sobretudo nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal. Entretanto, percebe-se que existe pouco estudo acerca de seu contexto histórico, bem como das causas que impulsionaram a expansão desse fenômeno.

O presente artigo visa justamente analisar o conteúdo doutrinário concernente ao instituto do Ativismo Judicial no Brasil, explicando, por diversas fontes, seu surgimento, seu conceito e as particularidades desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

1 Ativismo Judicial: momento histórico e surgimento

Ficha limpa, infidelidade partidária, união estável homoafetiva, pesquisa com células tronco, vedação ao voto impresso nas urnas eletrônicas, e criminalização da homofobia, foram apenas alguns julgamentos do Poder Judiciário brasileiro mais polêmicos nos últimos anos. É notório que os nossos tribunais, sobretudo o Supremo Tribunal Federal, estão desempenhando um papel ativo na vida institucional brasileira. Esse fenômeno, da atuação mais expansiva e proativa do Poder Judiciário, é chamado pela doutrina de ativismo judicial.

No entanto, importa evidenciar que o termo ativismo judicial não surgiu no meio acadêmico jurídico, mas sim na seara da Economia, por meio da publicação do artigo intitulado "The Supreme Court: 1947", na Revista Fortune (v.35, nº 73), em janeiro de 1947. A doutrina americana atribui a autoria da expressão a Arthur Schlesinger Jr., historiador estadunidense, que escreveu o artigo influenciado pelo cenário atual da época, contexto esse particularizado pelas disputas entre a Suprema Corte Americana e o Presidente dos Estados Unidos, Franklin Delano Roosevelt.

O termo ativismo judicial proposto por Schlesinger (1947), é completamente oposto a autorrestrrição judicial. Para o autor, os juízes ativistas substituíam a vontade dos legisladores por sua própria vontade por acreditarem que devem promover ativamente as liberdades civis e os direitos da minoria, dos destituídos e dos desarmados, "mesmo que

se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador”. Embora relevante para o momento histórico, o termo ativismo judicial da forma como foi exposta pouco se relaciona com os conceitos atuais. O artigo escrito por Schlesinger, relata a posição de alguns juízes da Suprema Corte, que diante de um comportamento de jurisdição defensiva, proveniente de um positivismo significativo, se esquivavam de enfrentar casos relevantes sociais importantes.

Depois de contextualizar o tema e trazendo essa discussão para o cenário nacional, com base na doutrina proposta Elival da Silva Ramos (2010) é possível identificar quatro possíveis causas para o fenômeno do ativismo judicial no Brasil: 1) o modelo de Estado e de Constituição; 2) base doutrinária: o neoconstitucionalismo; 3) crise político-institucional e os rebatimentos no judiciário; 4) atividade normativa do Supremo Tribunal Federal.

1.1 Conceito de Ativismo Judicial

Antes de conceituar o ativismo judicial, é necessário ter em mente a situação atual do Poder Judiciário, quais são suas funções e quais são os limites de seu poder. De acordo com a teoria da Separação dos Poderes, a interpretação e o respeito pelas leis são entendidos como funções típicas do judiciário, ou seja, os limites de suas atribuições são dados pelas leis (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Portanto, o Poder Judiciário deve atuar com base na legislação, tendo como função típica a resolução de conflitos de acordo com a norma. Suas funções atípicas são caracterizadas por atividades administrativas e legislativas, relacionadas ao bom desempenho do Judiciário como um todo, composto por organizações hierárquicas e instituições interdependentes (CRFB/1988).

Os problemas surgem na vida e o judiciário precisa resolvê-los independentemente da existência ou não de normas. O juiz não pode invocar a lacuna no ordenamento jurídico para não resolver um problema, ele precisa decidir essas matérias mesmo que o legislativo não tenha atuado. E assim surge o ativismo judicial, que nada mais é do que a atuação expansiva do judiciário.

A doutrina traz vários conceitos para o ativismo judicial. Entretanto, o Ativismo Judicial é uma postura, ou seja, é uma escolha de um determinado magistrado que visa buscar através de uma hermenêutica jurídica expansiva, cuja finalidade é a de concretizar o verdadeiro valor normativo constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida, e atendendo às soluções dos litígios e às necessidades oriundas da lentidão ou omissão legislativa, e até mesmo executiva.

Para Elival da Silva Ramos (2010) o Ativismo Judicial como:

"[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos).

Portanto, entende-se por "Ativismo Judicial" o papel criativo dos tribunais ao trazerem uma contribuição nova para o direito, decidindo sobre a singularidade do caso concreto, formando o precedente jurisprudencial, antecipando-se, muitas vezes, à formulação da própria lei.

Dessa forma, podemos destacar que o vocábulo ativismo no âmbito da ciência do Direito é empregado para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica.

1.2 Diferença entre Ativismo Judicial e Judicialização.

Por serem assuntos que estão em alta nos últimos anos no meio acadêmico e jurídico, é necessário que se faça a distinção entre os termos ativismo judicial e judicialização. No âmbito da ciência do Direito, o Ativismo Judicial é empregado para designar que o Poder Judiciário está agindo além dos poderes que lhe são conferidos pela ordem jurídica, enquanto a Judicialização refere-se a um fenômeno mundial e contemporâneo por meio do qual importantes questões políticas, sociais e morais são resolvidas pelo Poder Judiciário que, primordialmente, deveriam ser resolvidas pelo poder competente, seja este o Executivo ou o Legislativo.

No Brasil, esse fenômeno da Judicialização se deu a partir da redemocratização do Estado com a promulgação da Constituição de 1988, que passou a dar acesso ao Poder Judiciário intervir em várias demandas. Em síntese, o fenômeno da judicialização significa levar ao conhecimento do Judiciário matéria que não foi resolvida, como deveria, pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo.

Para o Professor Luís Roberto Barroso, a judicialização nasceu do modelo constitucional que se adotou e não de um exercício deliberado de vontade política, já o ativismo, há uma escolha, do magistrado no modo de interpretar as normas constitucionais a fim de dar-lhes maior alcance e amplitude. Assim, o Autor faz as seguintes distinções:

"A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e

não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais." (Barroso, 2009, p. 03)

Por fim, Lírio do Valle (2009), sustenta que a problemática da identificação do Ativismo Judicial acampa nas dificuldades referentes ao processo de interpretação constitucional, já que o método utilizado para caracterizar uma decisão como ativismo ou não, está numa complexa posição sobre qual é a correta leitura de um determinado dispositivo constitucional.

2 Poder Judiciário: Conceito Histórico da Separação dos Poderes

Para melhor entendimento do funcionamento do Poder Judiciário e como o fenômeno do ativismo judicial se manifesta, é necessária uma pausa para discorrer sobre o princípio da Separação dos Poderes e a sua importância no modelo de Estado em que vivemos.

O princípio da separação dos Poderes é um modelo político que visa a melhor forma de governar o país, dividindo o poder em diferentes instituições independentes, cada uma das quais, especializada em um aspecto ou campo de governo. Embora seja quase sinônimo da tripartição dos Poderes proposta por Montesquieu, a separação de Poderes é um princípio mais amplo e mais antigo do que o modelo do filósofo francês.

A preocupação básica desse princípio é como evitar que os poderes políticos de uma sociedade se concentrem em apenas uma figura de autoridade, seja esta uma pessoa, um grupo ou um órgão do governo. A relevância do filósofo Montesquieu (1748) se dá justamente pela exposição de uma estrutura bem ordenada e universalmente reconhecida no tópico: o princípio da tripartição dos poderes, ou corrente tripartite, dividindo as atribuições do governo em três grandes órgãos - executivo, legislativo e judiciário - em seu tratado "O Espírito das Leis".

Nessa vertente, cada instituição ou poder é independente na medida em que não interfere nas atribuições dos demais, mas possui autoridade suficiente para evitar abuso de poder (ex.: o judiciário verifica o cumprimento das leis pelo legislativo e o executivo) ou executar medidas determinadas pelos outros poderes (ex.: o executivo aplica as leis aprovadas pelo legislativo). O controle mútuo desse atributo, cuja função é impedir que um poder subjugue os outros poderes, é chamado de sistema de freios e contrapesos.

Dessa forma, tem-se que as funções típicas do Legislativo são: legislar na forma de edição de atos normativos primários, devidamente fundamentos da Constituição Federal, e fiscalizar a adequada aplicação dos recursos públicos e o respeito às normas. Como funções típicas atribuídas ao Poder Executivo temos a administração e governo da nação, cuidando sobre os assuntos voltados ao interesse público, através do cumprimento das leis e demais dispositivos legais. Todos os Poderes realizam funções atípicas. A Assembleia, por exemplo, administra a sua própria estrutura e julga as contas do governador.

2.1 Poder Judiciário e suas funções típicas e atípicas

Com as palavras de Lenza (2020), pode-se conceitualizar o Poder Judiciário, como sendo um dos três poderes clássicos na tripartição do Poder uno estatal, com função maior de guarda da Constituição, além de administrar todo o corpo da Justiça, com finalidade de preservar os princípios da legalidade e igualdade, pela necessidade jurídica da pacificação social. Sendo, pois, a Jurisdição, em suas características básicas da Lide, Inércia e Definitividade, a função típica deste Poder da República.

A estrutura e funcionamento do Poder Judiciário se dá por meio de instâncias judicantes, as quais visam a concretização dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Em regra, a primeira instância corresponde ao órgão que analisará e julgará inicialmente a ação apresentada ao Poder Judiciário. As decisões por ela proferidas poderão ser submetidas à apreciação da instância superior, composta por órgãos colegiados, dando oportunidade às partes conflitantes de obterem o reexame da matéria. É a garantia do duplo grau de jurisdição.

A organização do Poder Judiciário está fundamentada na divisão da competência entre os vários órgãos que o integram nos âmbitos estadual e federal. A Justiça Federal é composta pelos Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, e é de sua competência julgar ações em que a União, as autarquias ou as empresas públicas federais forem interessadas. Existe a Justiça Federal comum e a especializada, que é composta pelas Justiças do Trabalho, Eleitoral e Militar. À Justiça Estadual cabe o julgamento das ações não compreendidas na competência da Justiça Federal, comum ou especializada. É, portanto, competência residual. Os Estados também têm sua Justiça Militar, cuja função é julgar os crimes próprios cometidos pelos policiais militares.

3 Reversão Legislativa e efeito *BACKLASH*

O crescente protagonismo do Poder Judiciário, em especial do STF, no cenário político-social brasileiro tem como uma de suas consequências o aumento na participação política da população com relação ao que vem sendo decidido pela Suprema Corte. Outra consequência diz respeito ao inevitável descontentamento do Poder Legislativo, ao qual, por óbvio, não interessa a perda de espaço e força política.

Esse engajamento social produz reações que, quando negativas, juntamente com mobilizações do Congresso Nacional contrárias às decisões judiciais, fazem parte do que a teoria constitucionalista denominada de efeito *backlash*. Esse efeito pode ser definido, em linhas gerais, como as mais significativas reações sociais e institucionais negativas às decisões do Judiciário que interpretam o texto constitucional.

Marmelstein (2016), define o fenômeno como "O backlash é uma reação adversa não-desejada à atuação judicial. Para ser mais preciso, é, literalmente, um contra-ataque político ao resultado de uma deliberação judicial."

Conforme as decisões decorrentes do ativismo judicial proporcionam certo enfraquecimento do Poder Legislativo, surge a conceituação do efeito backlash como a reação do Poder Legislativo em face ao protagonismo do Poder Judiciário.

Vivenciou-se, há poucos anos, uma situação simbólica envolvendo a possibilidade de execução provisória da pena, após condenação em segunda instância. Este tema tem grande impacto na sociedade e já foi objeto de muita discussão no Brasil, tendo o STF mudado seu entendimento algumas vezes, ao longo dos últimos dez anos. Até fevereiro de 2009, o STF entendia ser possível a execução provisória da pena. No dia 05 do referido mês, ao julgar o Habeas Corpus (HC) 84078, a Suprema Corte mudou seu posicionamento e passou a proibi-la antes do trânsito em julgado:

HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84,

além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos "crimes hediondos" exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: "Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente". 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional, o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante viola[art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52]ção do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- "a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição". Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de

qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida.

No dia 17 de fevereiro de 2016, ao julgar o HC 126292, o STF voltou a decidir pela possibilidade de execução provisória da pena após condenação em segunda instância:

CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

Tal decisão teve grande repercussão nos processos criminais relativos à Operação Lava Jato, conjunto de investigações que revelou um gigantesco esquema de lavagem de dinheiro público. Possibilitou-se, assim, a prisão de diversas autoridades públicas e de grandes empresários condenados em segunda instância, os quais antes se beneficiavam da morosidade do Poder Judiciário e do ilimitado número de recursos processuais penais à mão daqueles que podem dispor de bons e caros advogados.

Esse período de maior inflexibilidade do entendimento jurisprudencial findou, em 07 de novembro de 2019, com o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54. Na ocasião, o STF voltou a proibir a execução provisória da pena, ao afirmar que o cumprimento da pena só pode ter início com o esgotamento de todos os recursos. A decisão teve como resultado a libertação de milhares de condenados em segunda instância, dentre eles figuras da política nacional e poderosos empresários, e não

foi bem recebida por grande parte da população, a qual percebe na execução provisória da pena importante ferramenta no combate aos crimes de colarinho branco.

Além do efeito *backlash*, temos também demonstrações de verdadeira reação de autodefesa institucional, em que o Poder Legislativo tem reagido, não pontualmente a uma eventual decisão do Poder Judiciário, mas à crescente ampliação do espaço institucional deste. Esse é apenas um dos inúmeros exemplos de embate entre os Poderes Legislativo e Judiciário que retratam a subjetividade da tênue, sensível e muitas vezes obscura linha que divide suas atribuições constitucionais. É que se trata do tipo de situação necessariamente presente em uma real democracia, na qual a separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos coexistem em um complexo ambiente social, muito diferente da precisão das ciências exatas.

4 Efeitos positivos e negativos da prática do ativismo judicial

Trazendo a discussão para uma causa mais recente, devido a pandemia do Covid, a Suprema Corte decidiu um caso simbólico em abril de 2020, quando o plenário decidiu sobre Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341. Na qual se decidiu que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência concorrente para realizar ações de mitigação dos impactos da pandemia. Veja-se a seguir o trecho retirado da página do STF:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na Medida Provisória (MP) 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios. A decisão foi tomada nesta quarta-feira (15), em sessão realizada por videoconferência, no referendo da medida cautelar deferida em março pelo ministro Marco Aurélio na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341. A maioria dos ministros aderiu à proposta do ministro Edson Fachin sobre a necessidade de que o artigo 3º da Lei 13.979/2020 também seja interpretado de acordo com a Constituição, a fim de deixar claro que a União pode legislar sobre o tema, mas que o exercício desta competência deve sempre resguardar a autonomia dos demais entes. No seu entendimento, a possibilidade do chefe do Executivo Federal definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos, sem observância da autonomia dos entes locais, afrontaria o princípio da separação dos poderes. Ficaram vencidos, neste ponto, o relator e o ministro Dias Toffoli, que

entenderam que a liminar, nos termos em que foi deferida, era suficiente.

Polícia sanitária

O Partido Democrático Trabalhista (PDT), autor da ação, argumentava que a redistribuição de poderes de polícia sanitária introduzida pela MP 926/2020 na Lei Federal 13.979/2020 interferiu no regime de cooperação entre os entes federativos, pois confiou à União as prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção, de serviços públicos e atividades essenciais e de circulação.

Competência concorrente

Em seu voto, o ministro Marco Aurélio reafirmou seu entendimento de que não há na norma transgressão a preceito da Constituição Federal. Para o ministro, a MP não afasta os atos a serem praticados pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, que têm competência concorrente para legislar sobre saúde pública (artigo 23, inciso II, da Constituição). A seu ver, a norma apenas trata das atribuições das autoridades em relação às medidas a serem implementadas em razão da pandemia. O relator ressaltou ainda que a medida provisória, diante da urgência e da necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar os efeitos da chegada da pandemia ao Brasil e que o Governo Federal, ao editá-la, atuou a tempo e modo, diante da urgência e da necessidade de uma disciplina de abrangência nacional sobre a matéria (STF, 2020).

Tal decisão do Supremo, vem para evidenciar a competência concorrente dos entes federados sobre a prestação dos serviços de saúde, visto que se encontra expressamente na Constituição Federal no artigo 196: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação."

Em excelente artigo, o Ministro Luís Roberto Barroso afirma que: "A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes".

E continua o ilustre Ministro: “Trata-se de um mecanismo para contornar, bypassar o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso”.

Porém, não é dado ao Poder Judiciário a atribuição de definir, discricionariamente, o nível de eficácia de certa norma constitucional em termo de direitos fundamentais. Considerando que se a análise interpretativa e integrativa da norma-matriz vier atingir a finalidade expressa na norma constitucional, não poderá o STF, mesmo sendo uma corte guardiã da CF/88, modificar o significado do dispositivo na razão de conferir um direito fundamental (RAMOS, 2015).

Atuando como uma espécie de legislador, o judiciário acaba por ferir a separação dos poderes e intervir nas ações regulatórias, fato esse que pode gerar insegurança jurídica.

Por conta da pandemia, a Suprema Corte em decisão do Ex. Ministro Dias Toffoli, negou pedidos de municípios de Sete Lagoas (MG) e de Cabedelo (PB) que não queriam adotar aos planos estaduais (STPs 442 e 449) afim de combater a epidemia. A decisão baseou na preservação da ordem jurídico-constitucional instituída pelos governos estaduais. Como segue:

Na STP442, o município alegou que editou decretos próprios para enfrentamento da epidemia e não poderia ser impedido de definir as atividades e os serviços que podem ser executados durante esse período, sob pena de se tornar “verdadeiro refém” das normas editadas por outro ente federativo. Para Sete Lagoas, a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais constitui grave lesão à ordem administrativa, política e jurídica, além de violar o princípio da separação dos Poderes.

Ao negar o pedido, o ministro Toffoli afirmou que a obrigação constitucional de garantir a saúde é da competência comum de todos entes da Federação, por meio de um sistema correspondente único, integrado por ações e serviços organizados em uma rede regionalizada e hierarquizada. Assim, é necessária a articulação entre os entes federados no movimento de retomada das atividades econômicas e sociais.

Para o presidente do STF, o município não comprovou nos autos terem atuado nesse sentido. Segundo Toffoli, o acolhimento do pedido configuraria “risco inverso”, pois a decisão do TJ-MG está de acordo com o entendimento firmado pelo STF sobre a necessidade

de coordenação entre os entes federados na adoção de medidas de enfrentamento da pandemia.

Cabedelo

Decisão semelhante foi tomada na STP449, em que o município de Cabedelo também sustentava ter políticas públicas e estar preparado para promover o gradual retorno às atividades normais. Para o município, o poder central não pode conhecer todas as particularidades locais e, por isso, não é possível exigir que municípios se vinculem a autorizações e decisões de órgãos estaduais para tomar atitudes de combate à epidemia.

No exame desse caso, o ministro Toffoli observou que o Decreto 40.304/20 do Governo da Paraíba dispõe sobre a implementação e a avaliação de ações e medidas estratégicas de enfrentamento à epidemia e estabelece parâmetros gerais para as decisões dos gestores municipais sobre o funcionamento das atividades econômicas no estado.

Segundo o presidente do STF, a gravidade da situação exige a tomada de medidas coordenadas e voltadas ao bem comum, e o decreto municipal não poderia impor normas de flexibilização em clara afronta à norma estadual. *Com informações da assessoria de imprensa do STF (REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 2020)*

Outra medida que causou polêmica foi a vacinação contra o Covid-19, prevista no artigo 3º alínea “D”, da Lei 13.979/2020. Por razões filosóficas, religiosas ou morais, a vacinação ser compulsória encontrou certa resistência, levando em consideração a colisão com outros direitos constitucionais de igual valor. Dessa forma, O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu na data de 17 de dezembro de 2020, que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei 13.979/2020. Segue o texto a seguir retirado da página do STF:

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei 13.979/2020. De acordo com a decisão, o Estado pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força. Também ficou definido que os estados, o Distrito Federal e os municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação.

O entendimento foi firmado no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas. O exame da matéria foi iniciado na sessão de ontem (16), com o voto do ministro Ricardo Lewandowski, relator das ADIs.

Direito coletivo

Em seu voto, apresentado na sessão de hoje, o ministro Luís Roberto Barroso, relator do ARE 1267879, destacou que, embora a Constituição Federal proteja o direito de cada cidadão de manter suas convicções filosóficas, religiosas, morais e existenciais, os direitos da sociedade devem prevalecer sobre os direitos individuais. Com isso, o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas, mesmo contra sua vontade - como, por exemplo, ao obrigar o uso de cinto de segurança.

Para Barroso, não são legítimas as escolhas individuais que atentem contra os direitos de terceiros. Ele lembrou que a vacinação em massa é responsável pela erradicação de uma série de doenças, mas, para isso, é necessário imunizar uma parcela significativa da população, a fim de atingir a chamada imunidade de rebanho.

O ministro também manifestou-se pela constitucionalidade da vacinação obrigatória, desde que o imunizante esteja devidamente registrado por órgão de vigilância sanitária, esteja incluído no Plano Nacional de Imunização (PNI), tenha sua obrigatoriedade incluída em lei ou tenha sua aplicação determinada pela autoridade competente.

Meios indiretos

O ministro Nunes Marques, que ficou parcialmente vencido, também considera possível a instituição da obrigatoriedade da vacina contra a Covid-19 pela União ou pelos estados, desde que o Ministério da Saúde seja previamente ouvido, e apenas como última medida de combate à disseminação da doença, após campanha de vacinação voluntária e a imposição de medidas menos gravosas. Ele considera que essa obrigatoriedade pode ser implementada apenas por meios indiretos, como a imposição de multa ou outras restrições legais.

Em relação à recusa em vacinar os filhos, o ministro afirmou que a liberdade de crença filosófica e religiosa dos pais não pode ser imposta às crianças, pois o poder da família não existe como direito ilimitado para dirigir o direito dos filhos, mas sim para proteger as crianças contra riscos decorrentes da vulnerabilidade em que se encontram durante a infância e a adolescência.

Obrigatoriedade dupla

O ministro Alexandre de Moraes ressaltou que a compulsoriedade da realização de vacinação, de forma a assegurar a proteção à saúde coletiva, é uma obrigação dupla: o Estado tem o dever de fornecer a vacina, e o indivíduo tem de se vacinar. Para o ministro Edson Fachin, nenhuma autoridade ou poder público pode se esquivar de adotar medidas para permitir a vacinação de toda a população e assegurar o direito constitucional à saúde e a uma vida digna. “A imunidade coletiva é um bem público coletivo”, afirmou.

Complexo de direitos

Segundo a ministra Rosa Weber, eventuais restrições às liberdades individuais decorrentes da aplicação das medidas legais aos que recusarem a vacina são imposições do próprio complexo constitucional de direitos, que exige medidas efetivas para a proteção à saúde e à vida. “Diante de uma grave e real ameaça à vida do povo, não há outro caminho a ser trilhado, à luz da Constituição, senão aquele que assegura o emprego dos meios necessários, adequados e proporcionais para a preservação da vida humana”, argumentou.

Solidariedade

Ao acompanhar os relatores, a ministra Cármen Lúcia defendeu a prevalência do princípio constitucional da solidariedade, pois o direito à saúde coletiva se sobrepõe aos direitos individuais. “A Constituição não garante liberdades às pessoas para que elas sejam soberanamente egoístas”, disse.

O ministro Gilmar Mendes observou que, enquanto a recusa de um adulto a determinado tratamento terapêutico representa o exercício de sua liberdade individual, ainda que isso implique sua morte, o mesmo princípio não se aplica à vacinação, pois, neste caso, a prioridade é a imunização comunitária. Também para o ministro

Marco Aurélio, como está em jogo a saúde pública, um direito de todos, a obrigatoriedade da vacinação é constitucional. “Vacinar-se é um ato solidário, considerados os concidadãos em geral”, disse.

Ameaças

Em voto acompanhando integralmente os relatores, o presidente do STF, ministro Luiz Fux, ressaltou o empenho e o esforço dos ministros para que o julgamento fosse concluído ainda hoje, de forma a transmitir à sociedade segurança jurídica ao tema, frente a uma pandemia que já provocou a morte de milhares de brasileiros. Fux observou que a hesitação quanto à vacinação é considerada uma das 10 maiores ameaças à saúde global, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS).

Teses

A tese de repercussão geral fixada no ARE 1267879 foi a seguinte: “É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, tenha sido incluída no plano nacional de imunizações; ou tenha sua aplicação obrigatória decretada em lei; ou seja objeto de determinação da União, dos estados, do Distrito Federal ou dos municípios com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar”.

Nas ADIs, foi fixada a seguinte tese:

(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, facultada a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade; e sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente.

(II) Tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

Diante da decisão apresentada, o ativismo judicial foi utilizado para disciplinar as ações contra a questão da vacinação. No entanto, é importante enfatizar que a vacinação compulsória não significa forçar o indivíduo à vacinação, conforme explicado. Os atributos, autonomia e capacidades dos entes da federação também são os temas básicos de outras ações.

Conclusão

Do exposto, conclui-se que, o ativismo judicial tem relevância fundamental para a concretização dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Apesar de vários apontamentos contrários ao Ativismo Judicial, não se pode esquecer que no Brasil, há uma enorme dificuldade de concretização dos direitos fundamentais sociais por parte dos Poderes Executivo e Legislativo, cabendo então, a intervenção do Poder Judiciário.

Sendo assim, tal intervenção não viola os demais institutos, como o princípio da separação dos poderes, haja vista, ser o Supremo Tribunal Federal o guardião da Constituição, bem como fundamenta o Judiciário tal posicionamento com base no princípio da dignidade da pessoa humana.

Por fim, é dever constitucional do Poder Judiciário, quando provocado, de garantir o cumprimento dos direitos fundamentais, dado que esta é sua função típica, a de realizar a defesa do ordenamento jurídico, diante das circunstâncias do caso concreto.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Atualidades Jurídicas** – Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB. Ed. 4. Janeiro/Fevereiro 2009. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf.pdf>. Acesso em: 12/06/2020.

BARON DE MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **The Spirit of Laws**. Nova Iorque: The Colonial Press, 1899. Disponível em: <<https://archive.org/details/spiritoflaws01montuoft>>. Acesso em: 26/10/2021.

Constituição Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26/10/2021.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. São Paulo: SaraivaJur, 2020.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. *Fortune*, vol. 35 (1), 1947, p. 75/77.

STF - HC: 84078 MG, Relator: Min. EROS GRAU, Data de Julgamento: 05/02/2009, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

STF - HC: 126292 SP - SÃO PAULO 8620448-89.2015.1.00.0000, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-100 17-05-2016).

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo Jurisprudencial e o Supremo Tribunal. Curitiba**, Juruá, 2009.

DIREITO AO ESQUECIMENTO NO BRASIL

IDELMA DE SOUZA E SILVA:

Graduanda em Direito pela
Universidade de Gurupi-UnirG

VANUZA PIRES DA COSTA

(orientadora)

RESUMO: Esse artigo tem como objetivo tratar sobre a aplicabilidade do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro. Com o avanço das tecnologias e o fácil acesso à *internet* através de computadores e *smartphones*, viabilizou o alcance e a agilidade das informações. Com isso, a importância de manter seguro os direitos da personalidade, sendo o direito ao esquecimento um deles. Dessa maneira, se faz necessário compreender mais sobre esse tema que causa tantos debates e posicionamentos. Fez-se uma análise dos direitos fundamentais que estão diretamente ligados ao direito ao esquecimento, sendo os direitos da personalidade, direito à informação e a liberdade de imprensa, por não existir direito absoluto, o debate faz-se necessário. Essa análise também compreende a mais recente decisão do Supremo Tribunal Federal do tema 786 de repercussão geral, além de apresentar a desindexação como uma forma de tutela do direito ao esquecimento. Por se tratar de uma pesquisa bibliográfica a análise desses direitos serão feitos com base em doutrinas, jurisprudências e legislação. Com isso, espera-se que o direito ao esquecimento seja compreendido de uma forma mais clara, e mostrar que a sua aplicação não restringe de forma severa os demais direitos constitucionais e não afeta o interesse público e o que busca é proteger a memória individual.

Palavras-chave: Direitos da personalidade. Direito à informação. Liberdade de imprensa. Direito ao esquecimento. Desindexação.

ABSTRACT: This article aims to address the applicability of the Right to Be Forgotten in the Brazilian legal system. With the advancement of technologies and the easy access to the internet through computers and smartphones, it made possible the reach and agility of information. Thereby, it is important to keep the rights of personality safe, being the right to be forgotten one of them. Thus, it is necessary to understand more about this topic that causes many debates and positions. There will be an analysis of the fundamental rights that are directly linked to the right to be forgotten, such as the rights of the personality, the right to information and the press freedom, since there is no absolute right, the debate is necessary. This analysis also comprises the most recent decision of the Federal Supreme Court, on the 786 issue of general repercussion, besides presenting de-indexation as a form of protection the right to be forgotten. As this is a bibliographic research, the analysis of

these rights will be based on doctrines, jurisprudence and legislation. With this, it hopes that the right to be forgotten is understood more clearly, and shows that its application does not severely restrict other constitutional rights and does not affect the public interest, but what it seeks, is to protect individual memory.

Keywords: Personality rights. Right to information. Press Freedom. Right to be forgotten. Deindexation.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca abordar sobre o direito ao esquecimento e as dificuldades da sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro, por englobar importantes direitos constitucionais como os direitos da personalidade e o direito à informação.

O direito ao esquecimento tem como objetivo principal tutelar os direitos da personalidade através da não vinculação de fatos pretéritos, seja na *internet* ou na imprensa para evitar transtornos e vexames, protegendo assim a imagem, honra e a intimidade dos indivíduos.

Esse direito ainda é genérico e abstrato no ordenamento jurídico brasileiro por não existir previsão legal. Portanto, em 2013, depois de duas decisões do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema; e com o Enunciando 531 da VI Jornada de Direito Civil, realizado pelo Conselho de Justiça Federal (CJE/CJF), reconhecendo o direito ao esquecimento como uma tutela da dignidade da pessoa humana, gerou a discussão sobre o assunto.

Em fevereiro de 2021, o direito ao esquecimento ganhou mais evidência após o Supremo Tribunal Federal julgar o RE 1.010.606/RJ, tema 786 de repercussão geral, que trata do caso Aida Curi, jovem brutalmente assassinada no ano de 1958. O objeto do recurso extraordinário era reparação por dano moral e material, pedido pelos irmãos da vítima contra a Rede Globo, por ter abordado o caso em 2004 no Programa Linha Direta, após quase cinquenta anos, fomentando a dor da família. O STF julgou o recurso improcedente e firmou o entendimento que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal, com a ressalva que excessos e abusos devem ser analisados de acordo com o caso concreto.

O entendimento do STF aplica-se na esfera civil, no entanto, por se tratar de um caso muito específico veiculado em um programa televisivo, o debate sobre o direito ao esquecimento não chegou a uma conclusão, pois o que fomenta essa discussão é perpetuidade das informações devido os avanços tecnológicos.

Dessa forma, este trabalho objetiva debruçar sobre as contraposições dos direitos da personalidade e o direito à informação e, liberdade de imprensa; não deixando de tratar sobre a desindexação de dados na *internet* como uma tutela do direito ao esquecimento.

Quanto à escolha do tema, fez-se pela necessidade da discussão, devido o rápido avanço tecnológico, motivo pela qual torna o assunto relevante, urgente e atual.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, utilizando o método dedutivo onde serão utilizadas como fonte de análise doutrinas, legislações e jurisprudências.

2 CONFLITOS PRINCIPIOLÓGICO NA PROBLEMÁTICA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

2.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Em decorrência de terríveis atrocidades que ocorreram ao longo da história mundial: duas grandes guerras, barbáries cometidas no holocausto nazista e fascista, entre outros acontecimentos assustadores, surgiu a necessidade de proteção a dignidade da pessoa humana.

A Declaração Universal do Direito humanos, em 1948, proclamou em seu preâmbulo, “[...] que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 1º, inciso III, trata expressamente a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República brasileira.

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana; (BRASIL, 1988).

“A dignidade humana é um valor fundamental.” (BARROSO, 2020, p.68). A dignidade da pessoa humana é o princípio que norteia e dá sentido aos direitos fundamentais, propagando proteção para todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Rizzato Nunes (2018) considera o princípio da dignidade da pessoa humana como o principal direito fundamental constitucional.

É ela, a dignidade, o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarda dos direitos individuais. [...] É a dignidade que dá a direção, comando a ser considerado primeiramente pelo intérprete (RIZZATO NUNES, 2018, p 68).

Sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana é que orienta a ordem jurídica brasileira, buscando promover o bem social de todos, através de uma sociedade sem preconceito, de cor, sexo; idade, origem e quaisquer outra forma de discriminação.

Anderson Scheiber (2021) define dignidade humana da seguinte forma:

A dignidade humana é o valor-síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico, considerando seu próprio substrato cultural (SHEIBER, 2021, p 47).

É a busca pela proteção humana que promove a dignidade da pessoa humana como um fundamento de tutela do direito ao esquecimento.

2.2 Direitos da personalidade

Os direitos da personalidade, da mesma forma que a dignidade da pessoa humana, é um atributo próprio à pessoa.

Paulo Lôbo (2020) conceitua direitos da personalidade da seguinte forma:

Os direitos da personalidade são os direitos não patrimoniais inerentes à pessoa, compreendidos no núcleo essencial de sua dignidade. Os direitos da personalidade concretizam a dignidade da pessoa humana, no âmbito civil (LÔBO, 2020, p.152).

Dessa forma, conceitua-se direitos de personalidade como valores essenciais da pessoa, que estão respaldados e protegidos por leis, pelo simples fato de estar intrínseco na condição humana.

Os direitos da personalidade foram tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro através do advento da Constituição Federal de 1988, especificamente do art.5º, inciso X. Sendo assim, os direitos da personalidade são direitos fundamentais.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (BRASIL, 1988).

O Código Civil de 2002 “abriu os olhos” para os direitos individuais e, introduziu um capítulo sobre o tema, possuindo previsão dos artigos 11 ao 21, que tem como função especificar o tratamento reservado a certos atributos da personalidade humana (SCHREIBER, 2014, p.14).

Apesar da doutrina enumerar diversas características dos direitos da personalidade, o Código Civil em seu art.11, trouxe apenas duas, quais sejam: intransmissíveis e irrenunciáveis. Veja: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária” (BRASIL, 2002. *apud* SCHREIBER, 2014, 17).

Os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, pois os seus titulares não podem deles dispor, transmitindo-os a terceiros, ou renunciar o seu uso (GONÇALVES, 2021, p.73).

Dessa forma, o direito ao esquecimento pode ser classificado como um dos direitos da personalidade, apesar de ainda não ser previsto em lei.

2.2.1 Direito à imagem

O direito à imagem é considerado pela Constituição Federal como um direito inviolável, sem prejuízo de indenização pelo dano material ou moral decorrente da violação.

Dentre os direitos da personalidade, existe o direito à imagem. Assim, Paulo Lôbo (2020) define imagem como sendo “toda forma de reprodução da figura humana, em sua totalidade ou em parte” (LÔBO, 2020, p.171).

O Código Civil, devido a possibilidade da disponibilidade da imagem, assegura a sua proteção, conforme o art. 20.

Art. 20 Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (BRASIL, 2002 *apud* SCHREIBER, 2014, 18).

Sobre esse tema, é de suma importância destacar duas distinções: primeiro a utilização da imagem sem autorização dá direito a obtenção de reparação de danos se atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade; a segunda diz respeito a reprodução da imagem para fins comerciais sem permissão, na qual garante o direito a indenização independentemente de atingir a honra, boa forma ou respeitabilidade.

A proteção à imagem torna-se mais urgente e necessária devido ao advento da evolução tecnológica, que possibilita o fácil acesso à *internet*, sendo portanto, um fundamento do direito ao esquecimento.

2.2.2 Direito à honra

O direito à honra é um direito individual de primeira dimensão. A honra está interligada à reputação, por isso a sua definição é delicada.

Sobre o tema, Flávio Martins (2018) leciona, que “a honra da pessoa compreende dois aspectos: honra objetiva, consistente na imagem que a sociedade tem sobre ela; honra subjetiva, consistente no que a pessoa pensa de si própria” (MARTINS, 2018, p. 924).

Além da inviolabilidade garantida na Constituição, a honra é tutelada na esfera civil e penal. Enquanto o Código Civil cuida da indenização como forma de reparação, o Código Penal tutela três crimes que podem ser atribuídos a honra de outrem, são eles: calúnia, difamação, injúria. Rogério Sanches Cunha (2017) os define da seguinte forma:

Calúnia: imputar determinado fato previsto como crime, sabidamente falso.

Difamação: imputar determinado fato não criminoso, porém desonroso, não importando se verdadeiro ou falso.

Injúria: atribuir qualidade negativa (CUNHA, 2017, p.180).

A honra é um fundamento essencial do direito ao esquecimento, pois independentemente das atitudes do indivíduo este continua sendo detentor de direitos.

2.2.3 Direito à intimidade e à vida privada

Dentre os direitos da personalidade consagrados na legislação brasileira, estão consagrados o direito à intimidade e à vida privada, encontrando amparo no princípio da dignidade da pessoa humana.

O art. 21 do Código Civil, em consonância com o disposto no art. 5º, X, da Constituição Federal, protege à intimidade da pessoa em todos os aspectos, garante ao indivíduo o direito de pleitear indenização ou a interrupção da inviolabilidade.

Assim dispõe o art. 21 do Código Civil, “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma” (BRASIL, 2002).

Os conceitos de intimidade e privacidade possuem uma grande interligação, em síntese, a vida privada é mais ampla, envolve todos os relacionamentos; por sua vez, o direito a intimidade é mais restrito envolvendo as relações mais íntimas.

Sobre o assunto, Flávio Martins (2018) conceitua da seguinte maneira:

[...] podemos afirmar que intimidade e vida privada são dois círculos concêntricos que dizem respeito ao mesmo direito: o direito à privacidade ou o direito de estar só. A intimidade é um círculo menor, que se encontra no interior do direito à vida privada, correspondendo as relações mais íntimas da pessoa e até mesmo a integridade corporal, não se admitindo as “intervenções corporais” como em outros países (MARTINS, 2018, p. 925).

Com isso, o direito à intimidade e à privacidade é uma proteção à vida íntima, limitando então outros direitos constitucionais, como o direito à liberdade de expressão, direito à informação.

2.3 Liberdade de imprensa

A importância do papel desempenhado pela imprensa na sociedade é inquestionável, sendo portanto, um direito que o legislador constituinte resguardou na Carta Magna.

A liberdade de imprensa é uma garantia constitucional prevista no art. 5º, estando inteiramente ligada ao direito à informação e da liberdade de expressão.

A imprensa, abrange diversos meios de informação, rádio, televisão, jornal, internet e revistas. Portanto, desempenha um papel poderoso, sendo relevante ao Estado Democrático de Direito e exercendo sua função de informar a todos.

A constituição veda expressamente a tentativa de qualquer censura à imprensa e obstrução ao direito de informar, conforme o art. 220 da CF.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988)

2.3.1 Direito à informação e o princípio da liberdade de expressão

A liberdade de informação trazida pela Constituição Federal está relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao Estado Democrático de Direito e à República.

O art. 5º da constituição garante o direito à informação nos seguintes incisos.

Art. 5º XIV - e assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Dessa forma, seguindo o raciocínio do inciso constitucional, Flávio Martins (2018) define o direito de se informar como sendo o direito “ao direito de conhecer as informações, consistente na permissão de pesquisa, busca de informações, sem sofrer qualquer interferência do Poder Público” (MARTINS, 2018, p. 944).

Sendo assim, qualquer pessoa tem direito ao acesso à informação, sendo vedado qualquer obstrução ao direito de se informar.

Seguindo esta linha, a doutrina também conceitua o direito de ser informado, usando as palavras da Bárbara Svalov, Flávia Martins descreve assim:

O direito de ser informado, consiste na possibilidade de qualquer cidadão receber de todo e qualquer órgão público informações de interesse particular, coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível a segurança da sociedade e do Estado (SVALOV, *apud* MARTINS, 2018, p. 944).

Com o exposto, pode-se extrair que o direito à informação não é absoluto e pleno, portanto, o Estado não tem o direito de intervir na liberdade individual do indivíduo, mas pode assegurar o direito que envolve a inviolabilidade da segurança de todos.

Por sua vez, a liberdade de expressão é imprescindível para uma sociedade livre e democrática, consagrando como uma prerrogativa fundamental.

Essa garantia constitucional também encontra amparo no ordenamento jurídico internacional, a Declaração Universal dos Direitos humanos, traz em seu art. 19:

Art. 19: Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A liberdade de expressão e o direito à informação não podem sofrer nenhuma tipo de censura ou licença. Como não existe direito absoluto, essa garantia não pode atingir à intimidade, à honra, à privacidade das pessoas, e é nesse aspecto que o direito ao esquecimento ganha respaldo.

3 DO DIREITO AO ESQUECIMENTO

3.1 Contextualização e conceito

O esquecimento em um contexto social não é agradável, faz parte da vaidade humana querer ser lembrado pelas pessoas do seu convívio social ou até mesmo por aqueles que não mantêm nenhum tipo de relacionamento, hoje mais ainda com a popularização das redes sociais em que o alcance é maior, muitos procuram serem notados, vistos, lembrados pelos demais. Com isso, parece ser contraditório alguém buscar ser esquecido em uma sociedade tão popularizada digitalmente, e é nesse cenário que o direito ao esquecimento vem ganhado força, na qual passou a ser amplamente discutido.

O direito ao esquecimento é um assunto polêmico, que abre discussão devido a sua problemática. Logo de início, o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se em colisão com importantes direitos fundamentais, enquanto busca resguardar os direitos da personalidade, em outra perspectiva visa manter o direito à informação e liberdade de imprensa em conjunto com a liberdade de expressão.

A temática sobre o direito ao esquecimento se inicia na própria compreensão sobre o termo. Muitas vezes, a não compreensão do conceito gera interpretações equivocadas sobre o assunto, com isso para melhor entendimento, Anderson Schreiber (2021) define com clareza esse direito da seguinte forma:

O nome "direito ao esquecimento" induz em erro: não se trata de exigir o esquecimento de fatos pretéritos nem de apagar o passado ou reescrever a História. O direito ao esquecimento deve ser visto não como direito a eliminar dados históricos (o nome esquecimento é, por isso mesmo, a rigor, impróprio), mas como direito da pessoa humana de se defender contra uma recordação opressiva de fatos

pretéritos que podem minar a construção e reconstrução da sua identidade pessoal, apresentando-a à sociedade sob falsas luzes (*sotto falsa luce*), de modo a fornecer ao público uma projeção do ser humano que não corresponde à sua realidade atual (SCHREIBER, 2021, p.57).

Apesar das críticas ao nome esquecimento, o que devemos entender que o indivíduo que busca a tutela do direito ao esquecimento não almeja que o fato seja apagado da lembranças das pessoas, o que ele busca é a não veiculação daquele fato. O escrito Júlia Coelho (2020a) esclarece muito bem, da seguinte forma:

Pretender a não veiculação de determinado fato sobre si não significa que o sujeito da informação esqueceu dele, ou que poderá fazê-lo um dia [...] Não se pretende, pois, esquecer ou ser esquecido, mas evitar que um fato pretérito seja lembrado de uma determinada forma [...] (COELHO, 2020a, p.49-50).

Dessa forma, o direito ao esquecimento busca proteger a privacidade, imagem e a honra das pessoas, através da não vinculação de fatos passados, respeitando assim, o desenvolvimento pessoal de cada um.

Outro ponto que merece ser abordado é a ausência de base legal, o nosso ordenamento jurídico não trata o direito ao esquecimento com uma norma propriamente dita. Apesar da falta da norma legal, a doutrina e jurisprudência tem se debruçado sobre o tema, principalmente após o ano de 2013 com a aprovação do Enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil, na qual o Conselho da Justiça Federal (CJE/CJF) reconheceu o direito ao esquecimento com base no princípio da dignidade da pessoa humana, cujo teor e justificativa foram estabelecidas nos seguintes termos:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento. Artigo: 11 do Código Civil Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (BRASIL, 2013)

Portanto, o direito ao esquecimento passou a ser compreendido tanto na Constituição Federal (arts.1º, III, e 5º, X) e na lei infraconstitucional (art.21 do Código Civil).

No entanto, podemos observar que no direito brasileiro há vários institutos inteiramente ligados ao lapso temporal. Desde aqueles previstos na Carta Magna, como a anistia, a irretroatividade da lei, direito adquirido, além de outros expressos na legislação, como o instituto da prescrição e decadência.

No âmbito penal, com finco na ressocialização do condenado. O artigo 748 do Código de Processo Penal, estabelece que a condenação não poderá ser mencionada na folha de antecedentes do reabilitado, ou seja, a lei garante um sigilo de informação daquele apenado.

Dessa forma, não é de hoje que a ideia da não perpetuidade existe no ordenamento jurídico brasileiro, motivo na qual não deveria ter objeção ao então direito ao esquecimento.

3.2 CASO AIDA CURI E O DIREITO AO ESQUECIMENTO

O caso Aida Curi ensejou uma grande e importante discussão sobre o direito ao esquecimento no Brasil, tanto no Superior Tribunal de Justiça (Resp.1.335.153/RJ) quanto no Superior Tribunal Federal (RE 1.010.606/RJ).

O crime ocorreu no ano de 1958, sendo Aida Curi foi violentada e morta. Tomando bastante conhecido na sociedade da época devido a veiculação no noticiário e a repercussão do processo criminal.

Os irmãos da vítima ajuizaram ação de reparação de danos morais, materiais e à imagem contra a TV Globo Ltda. Suscitaram que a exploração do caso no Programa Linha Direta Justiça, exibido em 2004, após transcorrido mais de cinquenta anos, reabriu feridas e lembranças antigas e explorou a imagem da vítima (LUCENA, 2019, p.116).

Os autores buscaram o reconhecimento de não reviver a trágica história através do direito ao esquecimento. Tal ação, levou à discussão ao STJ, através do Recurso especial 1.335.153/RJ, cuja relatoria pertence ao Ministro Luís Felipe Salomão.

O relator entendeu que a demanda pode ser dividida em duas partes: a primeira, relacionada a indenização devido as lembranças dolorosas (direito ao esquecimento) e a segunda, uso midiático da imagem da vítima.

Para o ministro, o direito ao esquecimento pode tutelar direito do ofendido e do ofensor, portanto, reconheceu que não aplica no caso em análise.

Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi (STJ, 2013, p.40).

Outro entendimento que predominou foi o da não aplicação da responsabilidade civil, afastando a aplicação da Súmula n.403, tendo em vista que o programa buscou abordar o crime e não a imagem da vítima.

Diante do exposto, o STJ reconheceu o direito ao esquecimento, mas entendendo pela sua não aplicabilidade no caso concreto, negando o provimento ao recurso especial.

Com a negativa do provimento ao Resp.1.335.153/RJ, os autos foram submetido ao Superior Tribunal Federal pelo RE 1.010.606/RJ. Logo o assunto foi inscrito no Tema nº 786 de Repercussão Geral do STF, com a seguinte descrição: “aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.” (STF, 2021, p.14).

No dia 11 de fevereiro de 2021, o STF julgou o respectivo Recurso Extraordinário e, após quatro sessões, negou provimento ao recurso e não reconheceu o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico brasileiro, por maioria dos fatos.

O ministro relator Dias Toffoli, na busca pela resposta se existe ou não direito ao esquecimento no ordenamento jurídico, entendeu que é incompatível com a Constituição e propôs a seguinte tese, esta que foi acolhida pela maioria.

É incompatível com a Constituição a ideia de um direito ao esquecimento, assim entendido como o poder de obstar, em razão da passagem do tempo, a divulgação de fatos ou dados verídicos e lícitamente obtidos e publicados em meios de comunicação social analógicos ou digitais.

Eventuais excessos ou abusos no exercício da liberdade de expressão e de informação devem ser analisados caso a caso, a partir dos parâmetros constitucionais - especialmente os relativos à proteção da honra, da imagem, da privacidade e da personalidade em geral - e das expressas e específicas previsões legais nos âmbitos penal e cível. (STF, 2021, p.88)

O Ministro Alexandre de Moraes acompanhou o entendimento do ministro relator. O ministro defendeu a liberdade de expressão, direito este que não pode se restringir devido ao efeito que certos conteúdos venham a ter junto ao público (STF, 2021).

Alexandre de Moraes não reconhece o direito ao esquecimento na Constituição Federal, entendendo como inconstitucionais quaisquer mecanismos propensos a constranger ou impedir a liberdade de expressão (STF, 2021) .

Na mesma visão o Ministro Luiz Fux não reconhece o direito ao esquecimento, o qual descreve que “o direito ao esquecimento não pode reescrever o passado, nem obstaculizar o acesso à memória, o direito de se informar e a liberdade de imprensa” (STF, 2021, p 314).

Por sua vez, Edson Fachin descreve o direito ao esquecimento da seguinte forma:

[...]Trata-se, em verdade, de um conceito guarda-chuva que recolhe uma pluralidade de direitos singulares que, não necessariamente, se adunam. Neste sentido, é possível afirmar que o direito ao esquecimento compreende, mas não se reduz nem aos tradicionais direitos à privacidade e à honra, nem tampouco ao direito à proteção de dados. Ele decorre, em verdade, de uma leitura sistemática do conjunto destas liberdades fundamentais[...] (STF, 2021, p.151)

O ministro reconhece o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico e propôs a seguinte tese de repercussão geral:

Têm a liberdade de expressão e o direito à informação precedência sobre o direito ao esquecimento, independentemente do transcurso do tempo, cedendo a essa primazia a pretensão de vítimas ou familiares, quando se verificar interesse transindividual, ou a natureza pública da informação, ou o alto grau de relevância histórica ou importância da memória, sendo aquele direito, nesses limites, compatível com a Constituição que alberga a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88), o direito à privacidade, à honra e à imagem (art. 5º, X, CRFB/88) e o direito à autodeterminação informacional (art. 5º, XII, CRFB/88). (STF, 2021, p.162-163)

Embora o ministro Edson Fachin ter reconhecido o direito ao esquecimento no ordenamento jurídico, entendeu que no caso Aida Curi não é aplicado.

Diante do exposto, o STF não reconheceu o direito ao esquecimento na esfera civil, embora eventuais excessos ou abusos poderão ser analisados caso a caso.

Embora o STF tenha firmado o entendimento sobre o tema, o debate não termina aqui. Ao ver deste trabalho, o caso Aida Curi é muito específico e restrito para ser tema de repercussão geral, e geralmente a aplicabilidade do direito ao esquecimento gira em torno do meio digital e quem pleiteia o direito é a própria “vítima”.

Ao analisar a tese firmada pelo STF, *data venia*, não chegou a uma conclusão concreta, pois o que irá determinar é o caso concreto.

4 DESINDEXAÇÃO COMO TUTELA DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO PROVEDOR DE BUSCA

Com o avanço tecnológico, é inevitável tratar sobre o direito ao esquecimento na internet. O caso emblemático, que tornou esse debate no âmbito virtual conhecido, foi o do espanhol Mario Costeja González.

Tudo iniciou no ano de 1998, quando o jornal La Vanguarda noticiou o anúncio do leilão a respeito de um dos bens da propriedade de Mário Costeja González, em razão de débitos para o fisco espanhol. Ocorre que, anos depois, em 2008, ao pesquisar o seu nome no *Google*, o anúncio era um dos retornos mais expostos.

No ano seguinte, Mário Costeja González requereu que o jornal retirasse o anúncio, sob a justificativa que a dívida não existia, e ter o nome associado aquele anúncio causava prejuízos em sua vida pessoal e profissional, porém, não obteve êxito. Em 2010, procurou o *Google Spain*, fracassando novamente.

Mário Costeja González ajuizou ação junto à Agência Espanhola de Proteção de Dados, que entendeu pelo afastamento da responsabilidade do jornal espanhol, discussão que chegou à Corte de Justiça da União Europeia.

Em 2014, o espanhol conseguiu a tão sonhada conquista, a Corte reconheceu o direito a desindexação, pedido que pode ser feito diretamente ao *Google* ou qualquer provedor de busca.

Devido à essa decisão inovadora, passou-se a discutir a desindexação de dados como uma forma de tutelar o direito ao esquecimento.

Antes de abordar sobre a desindexação, é importante compreender, o que são os provedores de busca, para isso, a descrição do conceito, nas palavras de Júlia Coelho:

[...] São sites que rastreiam, indexam e armazenam as mais variadas informações disponíveis online, organizando-as e classificando-as para que, uma vez consultadas, possam fornecer-las através de

sugestões (ou resultados) que atendam aos critérios de busca informados pelos próprios usuários (COELHO, 2020b, p.60).

É necessário entender que os provedores de busca não são os responsáveis pelo conteúdo em si, mas são os que organizam a ordem dos resultados das pesquisas, ou seja, possui o controle da exibição (COELHO, 2020b, p. 60).

Esclarecido esse ponto, passa a tratar sobre a desindexação, conceituado por Marina Lucena, dessa forma:

A desindexação pode ser entendida como a possibilidade de desvinculação de palavras em um provedor de busca. Quando aplicada no direito ao esquecimento, a página deixaria de oferecer resultados que contivessem violações aos direitos da pessoa. Assim, a pesquisa continuaria sendo realizada e o nome do indivíduo seguiria gerando diversos resultados, sendo excluídos somente aqueles considerados lesivos [...] (LUCENA, 2019, p.84).

Em primeiro momento, deve frisar que a desindexação não se confunde com o direito ao esquecimento, o que busca é uma forma de tutelar esse direito, afinal, a desindexação não é uma exclusão definitiva de alguma informação.

Ocorre que, de acordo com o caso concreto, a desindexação pode ser aplicada de forma diferente, e atingir o resultado esperado pelo solicitante. Com isso, a desindexação pode ser classificada de duas formas, total e “parcial”.

A desindexação total, corresponde “à exclusão de um resultado, que deixa de ser exibido pelo buscador em certo território quando realizadas pesquisas a partir de determinados termos de busca” (COELHO, 2020a, p. 70).

Assim, a informação ainda pode ser acessada, se as buscas forem realizadas em outros termos ou, por usuário em outra localidade (COELHO, 2020b, p.70).

A desindexação “parcial”, consiste “em tornar certo resultado menos visível, sem, contudo, retirá-lo da lista de sugestões exibida pelos buscadores” (COELHO, 2020a, p.74).

Essa forma de desindexação, pode ser a mais indicada em casos em que a informação não é de grande relevância e atual, mas ainda possui uma certa importância (COELHO, 2020a, p.131).

Apesar da desindexação ser uma medida eficaz em muitos casos, não é a solução total para o problema do direito ao esquecimento, pelo fato da informação na qual se busca excluir, permanece na rede (LIMA, 2020, p.125).

Contudo, a desindexação de dados muitas vezes é uma medida ideal, por atingir o resultado pretendido pelo agente, protegendo seus direitos da personalidade e ao mesmo tempo resguarda a liberdade de informação e de imprensa.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Está claro que o direito ao esquecimento é complexo e de difícil interpretação e aplicação. A discussão já se inicia no próprio conceito, pois vários doutrinadores possui a sua definição.

Apesar de não ser um direito novo, o debate no Brasil iniciou em 2013 quando o direito ao esquecimento tornou-se um espécie dos direitos da personalidade. Com isso passou a ser entendido como um direito fundamental e, conseqüentemente, equiparado a outros importantes direitos, como o direito à informação e liberdade de imprensa, motivo no qual o seu reconhecimento no ordenamento jurídico brasileiro tornou-se praticamente inaplicável.

Com o tema 786 de repercussão geral do STF, que colocaria um possível ponto final na discussão, ao ver desse artigo, não foi o que aconteceu. Isso porque, o STF entendeu que o direito ao esquecimento é incompatível com a Constituição Federal.

Portanto, com o fácil acesso e a polarização de informação devido a tecnologia, os direitos da personalidade, estão cada vez mais sendo afetados, sendo o direito ao esquecimento de suma importância para garantir a memória individual da pessoa que se sentir lesada.

Não resta dúvida, que o judiciário tende a proteger a memória da coletividade, resguardando o direito à informação e qualquer forma de censura, mas o que deve buscar é uma ponderação para que informações que não possuem grande importância para a coletividade, passam a não vincular *ad eternum*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Curso de Direito Constitucional: os conceitos fundamentais e a constituição do novo modelo**. 9.ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 10 set.2021.

BRASIL. Poder Judiciário. Conselho da Justiça Federal. **VI Jornada de Direito Civil**: enunciado nº531, Brasília. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142> . Acesso em: 10 set.2021

COELHO, Júlia Costa de Oliveira. **Direito ao esquecimento e seus mecanismos de tutela na internet: como alcançar uma proteção real em um universo virtual?** – Indaiatuba- SP: Editora foco, 2020a.

_____. **Direito ao esquecimento e seus mecanismos de tutela na internet: como alcançar uma proteção real no universo virtual?**. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020b.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial**. 9.ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GONÇALVES, Roberto Gonçalves. **Direito Civil Brasileiro v1- Parte Geral**. 19.ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2021.

LIMA, Henrique Cunha Souza. **Direito ao esquecimento na internet: efetividade e perspectivas – de acordo com a LGPD (Lei nº 13.709/2018) e a Lei nº 13.853/2019**. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Parte Geral: Volume 1**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LUCENA, Marina Giovanetti Lili. **Direito ao esquecimento no Brasil: conceito e critérios na doutrina e jurisprudência brasileiras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

MARTINS, Flávio. **Direito ao esquecimento como um direito fundamental**. Disponível em: [_164_____RJLB, Ano 5 \(2019\), nº 1<http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/viewFile/4676/2699>](http://www.ojs.ufpi.br/index.php/raj/article/viewFile/4676/2699); Acesso em: 03.fev.2018.

NUNES, Rizzato. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. 4.ed. São Paulo: Saraiva Jus. 2018.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). Constituição. Genebra: OMS, 1948.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3.ed. São Paulo: Atlas. 2014.

_____. **Manual de Direito Civil Contemporâneo**. 4.ed. São Paulo:Saraiva, 2021.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.010.606 RIO DE JANEIRO. 2021**. Disponível em:<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755910773>
Acesso em 28.set.2021

.STJ. **RECURSO ESPECIAL 1.335.153 RIO DE JANEIRO. 2013**. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201100574280&dt_publicacao=10/09/2013 . Acesso em 28.set.2021.

EMPRÉSTIMO CONSIGNADO: A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR IDOSO FRENTE OS CONTRATOS DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO

JÚLIA FEITOSA DA COSTA RODRIGUES:

Finalista do curso de bacharelado em Direito da Faculdade Metropolitana de Manaus, Ceuni-Fametro.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade a análise do fornecimento de contratos de empréstimo consignado aos consumidores idosos levando em consideração sua hipervulnerabilidade nas relações de consumo, que conceitua ser uma vulnerabilidade agravada devido às limitações trazidas pela idade avançada, baixo grau de instrução e pelas diferenças sociais e biológicas. A importância do tema é discorrer sobre a população de pessoas idosas e a necessidade de garantir os direitos e proteção deles. Tendo em vista que na sociedade atual muitos fornecedores de produtos e serviços agem de má-fé utilizando-se de propagandas enganosas e reiteradas práticas abusivas levando o consumidor hipervulnerável a sucumbir nesses contratos. Após é trazido o conceito e a proteção do idoso nas relações de consumo, através do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto do Idoso e a Nova Lei de superendividamento. Na conclusão, destacam-se algumas medidas que o Estado, tem adotado para amenizar este problema social.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor Idoso. Hipervulnerabilidade. Superendividamento. Empréstimo Consignado.

ABSTRACT: The purpose of this article is to analyze the provision of payroll-deductible loan contracts to elderly consumers taking into account their hypervulnerability in consumer relations, which conceptualizes to be an aggravated vulnerability due to the limitations brought by old age, low level of education and social differences and biological. The importance of the theme is to talk about the elderly population and the need to guarantee their rights and protection. Considering that in today's society, many suppliers of products and services act in bad faith, using misleading advertisements and repeated abusive practices, leading the hypervulnerable consumer to succumb to these contracts. Afterwards, the concept and protection of the elderly in consumer relations is brought up, through the Consumer Defense Code and the Elderly Statute and the New Over-indebtedness Law. In conclusion, some measures that the State has adopted to alleviate this social problem are highlighted.

KEYWORDS: Elderly Consumer. Hypervulnerability. Over-indebtedness. Payroll loan.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Contratos. 3. Consumidor idoso Hipervulnerável 4. Proteção dos idosos hipervulneráveis conforme o código de defesa do consumidor. 5. A proteção do idoso conforme Lei nº 10.741/2003. 6. Conclusão. 7. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho mostra a sua importância diante da hipervulnerabilidade do consumidor idoso nas relações de consumo, especificamente frente a instituições financeiras nos contratos de empréstimo consignado, que se revela como causa de superendividamento do idoso e problemas financeiros.

O consumidor idoso que apresenta essa hipervulnerabilidade especialmente em razão da necessidade específica de produtos e serviços diretamente ligados com a sua manutenção da vida, sofre abusos por parte dos fornecedores, que aproveitam da fragilidade para a contratação, justifica a proteção especial dada a estas pessoas que passam de vulneráveis à hipervulneráveis segundo o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, o objetivo geral desta análise é identificar a proteção do consumidor idoso nas relações de consumo envolvendo a concessão de empréstimos consignados, partindo de premissas teóricas e normativas, a aplicação pelo Poder Judiciário e pelos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Para isso, serão abordados o conceito e desdobramentos da hipervulnerabilidade no direito do consumidor, a proteção do idoso pelo ordenamento brasileiro, a política do crédito consignado e as implicações de sua concessão na realidade do consumidor idoso. O texto foi desenvolvido por pesquisa exploratória, através da seleção de doutrinas, artigos e dissertações sobre o tema. Ainda, o método científico utilizado foi o dedutivo. Também foram consultados a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto do Idoso e a Lei 10.820/2003, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, bem como jurisprudência sobre o tema.

1 CONTRATOS

Contrato é um negócio jurídico que envolve a vontade consensual de duas partes (bilateral) ou mais (plurilateral) sobre um mesmo objeto, criando, modificando ou extinguindo direitos e obrigações. É através dos contratos que é definido entre as pessoas os meios para alcançar os fins acordados. Diante da enorme quantidade de direitos que podem ser regulamentados em um contrato, a realização dos contratos, além de formalizar a vontade das partes, também visa alcançar outros objetivos.

O principal objetivo dos contratos, constante em quase todos os documentos, é a criação de direitos e obrigações. O segundo objetivo dos instrumentos contratuais é a possibilidade de modificar direitos e obrigações preexistentes. Os contratos também podem visar a transmissão de direitos e obrigações a pessoas não originalmente envolvidas no contrato.

Assim, denota-se que o contrato é um acordo entre duas ou mais pessoas acerca do mesmo objeto, que cria direitos e obrigações. Nesse sentido, ensinam Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 11):

É o acordo entre duas ou mais pessoas para um fim qualquer. É o trato em que duas ou mais pessoas assumem certos compromissos ou obrigações, ou asseguram entre si algum direito. Contrato é o acordo de vontade entre duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar, transferir ou extinguir direitos.

Além disso, um dos princípios norteadores dos contratos é o princípio da função social dos contratos, assim como o da boa-fé, estes são tidos como preceito de ordem pública, devendo os contratos serem interpretados, analisados e cumpridos de acordo com o contexto social em que se inserem (TARTUCE, 2007, p. 248).

A expressão “função social” deve ser compreendida pelo sentido de um bem coletivo, tendo como efeito do princípio em questão, a mitigação ou relativização da força obrigatória das convenções (*pacta sunt servanda*).

Tartuce (2017, p. 633-634) traz a seguinte compreensão acerca da Função Social dos Contratos:

Nesse contexto, o contrato não pode ser mais visto como uma bolha, que isola as partes do meio social. Simbolicamente, a função social funciona como uma agulha, que fura a bolha, trazendo uma interpretação social dos pactos. Não se deve mais interpretar os contratos somente de acordo com aquilo que foi assinado pelas partes, mas sim levando-se em conta a realidade social que os circunda.

O interesse coletivo na função social do contrato se consolidou como um princípio que deve ser necessariamente observado nos negócios jurídicos. É de suma importância destacar que o contrato também deve observar e garantir a segurança jurídica entre as partes, como o dever de informação, confidencialidade, assistência e lealdade. Todo esse sistema é abraçado pelo princípio maior de proteção da dignidade da pessoa humana (GAGLIANO, 2009, p.11).

Com o advento do Código Civil de 2002, a função social dos contratos passou a ser prevista de modo expreso no sistema civil brasileiro, estando retratada no artigo 421 do CC, que estabelece que o exercício da liberdade contratual deve se dar “em razão e nos limites da função social do contrato” (BRASIL, 2002).

Assim, tem-se evidenciado, tanto pelo Código Civil, quanto pela Constituição da República (BRASIL, 1988), que sua finalidade é proteger a interesses sociais gerais, relações firmadas pelas partes com terceiros, além da dignidade humana, conciliando a liberdade individual com os interesses coletivos.

A violação do princípio da função social do contrato ocorre nas hipóteses em que o pacto venha a prejudicar os interesses sociais, ou até mesmo o de terceiros que não tenham relação direta com o contrato estabelecido entre as partes.

A esse respeito, Nery Junior (2003, p. 336) aponta algumas situações de inobservância da função social do contrato que “haverá desatendimento da função social, quando: a) a prestação de uma das partes for exagerada ou desproporcional, extrapolando a álea normal do contrato; b) quando houver vantagem exagerada para uma das partes; c) quando quebrar-se a base objetiva ou subjetiva do contrato, etc.”.

Além disso, Tartuce (2007, p. 248) afirma que a função social do contrato é uma norma geral de ordem pública, conforme previsão do art. 2.035, parágrafo único, do próprio Código Civil, através da qual o contrato necessariamente deve ser interpretado de acordo com o contexto do todo social, não devendo trazer desproporções entre as partes e muito menos desembocar em injustiças sociais. Os contratos também não podem extrapolar os interesses metaindividuais ou aqueles que se relacionam com a dignidade humana segundo Tartuce.

2 CONSUMIDOR IDOSO HIPERVULNERÁVEL

Envelhecer é um processo natural da vida. A definição do entendimento acerca do termo idoso ainda é diversa doutrinariamente, ocorrendo essa divergência principalmente pelas diferentes condições sociais e biológicas que cada sociedade vive, quando cada um envelhece de uma forma particular, porém, diz-se idoso aquele cuja idade é superior a 60 anos no Brasil.

No Brasil, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), existem hoje 31,981 milhões de idosos (maiores de 60 anos), correspondendo a 15,4% de nossa população, sendo a população com mais de 80 anos já de 2,2%, correspondendo a 4,524 milhões de pessoas. No ano de 2018, o IBGE divulgou uma nova pesquisa sobre a projeção demográfica brasileira, que aponta o rápido e intenso processo de envelhecimento no país. Desde 2012, mais 4,8 milhões de pessoas passaram para a condição de idoso no Brasil e o crescimento deste grupo etário, em cinco anos, foi de 18%.

O idoso, faz parte de um grupo de consumidores que tem sua vulnerabilidade potencializada perante os fornecedores, em decorrência de sua idade e grau de instrução. Assim entende Marques (2002, p. 194):

Tratando-se de consumidor 'idoso' (assim considerado indistintamente aquele cuja idade está acima de 60 anos) é, porém, um consumidor de vulnerabilidade potencializada. Potencializada pela vulnerabilidade fática e técnica, pois é um leigo frente a um especialista organizado em cadeia de fornecimento de serviços, um leigo que necessita de forma premente dos serviços, frente à doença ou à morte iminente, um leigo que não entende a complexa técnica atual dos contratos cativos de longa duração.

Nesse sentido, o consumidor idoso, em função da sua condição, possui vulnerabilidade extrema, ou seja, uma hipervulnerabilidade, que o coloca em uma situação especial, visto possuir maiores limitações em razão da idade avançada, que o torna mais suscetível a práticas abusivas nas relações de consumo.

Todo consumidor é reconhecido como vulnerável por lei, por força do Art. 4º, I, do Código de Defesa do Consumidor, que tem origem em discriminação positiva constitucional.

A necessidade de ampliação do conceito de vulnerabilidade do consumidor, é devida ao fato de que existe um grupo ainda mais vulnerável, alvo das relações comerciais. Atribuída algumas condições ao consumidor, tais como idade, capacidade de compreensão, portador de doença, entre outras. Ele se torna ainda mais vulnerável aos produtos ofertados, o alvo do chamado consumismo, desequilibrando o seu orçamento para adquirir um determinado bem ou serviço sem fazer maiores reflexões sobre a utilização ou não do produto.

Por sua vez, o art. 39, inciso IV do CDC, dispõe sobre a hipervulnerabilidade do consumidor, alcançada pela sua fragilidade em virtude da sua idade, saúde ou condição social:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos os serviços, dentre outras práticas abusivas: IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista a sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

Tal fato se dá em razão do avanço da tecnologia e a variação de técnicas empregadas no mercado de consumo para alcançar de forma mais fácil o perfil do consumidor para venda de determinados produtos e serviços. O ser humano, em regra, é vulnerável em relação ao fornecedor de produtos ou serviços, devido a seu enfraquecimento técnico diante dos produtos ofertados. Já a hipervulnerabilidade é a vulnerabilidade potencializada pela idade, saúde e condição social, e neste caso poderá ser o consumidor criança, idoso ou deficiente mental.

O reconhecimento desses grupos hipervulneráveis parte da insuficiência do princípio jurídico da vulnerabilidade como presunção jurídica formal. Assim, é preciso tratar de modo desigual não apenas os consumidores em geral nas suas relações com os fornecedores, mas também os consumidores entre si, a partir da identificação das diferenças entre grupos vulneráveis e hipervulneráveis, sendo que estes necessitam de uma proteção qualificada pelas normas do CDC e por outras fontes normativas (NISHIYAMA; DENSA, 2011, p. 431).

Neste contexto, a hipervulnerabilidade consiste na situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como sua idade reduzida ou idade alentada ou sua situação de doente.

Assim, é possível concluir que a doutrina classifica como consumidores hipervulneráveis aqueles que possuem uma vulnerabilidade agravada seja em razão da idade, de doenças, entre outros fatores e devido a isso, são facilmente conquistados pela publicidade veiculada em instituições financeiras, pela espiral negativa de consumo de serviços e produtos financeiros, motivo pelo qual merecem um olhar maior da legislação na proteção de seus direitos.

3 EMPRÉSTIMO CONSIGNADO PARA CONSUMIDORES IDOSOS.

O crédito consignado que se encontra regulado pela Lei 10.820/2003, a qual teve recente alteração por meio da Lei 13.172/15. Desde então, a amortização de operações de crédito não poderá exceder a 35% da remuneração disponível, sendo 5% destinados exclusivamente para a amortização de despesas contraídas por meio de cartão de crédito ou a utilização com a finalidade de saque por meio do cartão de crédito.

Em relação aos aposentados e pensionistas, há ainda uma regulação realizada através de Instrução Normativa, estando vigente a IN INSS/PRES 28/2008, que estabelece critérios e procedimento operacionais relativos à consignação de descontos para pagamento de empréstimos e cartão de crédito contraídos nos benefícios da Previdência Social.

Há a previsão no art. 3º de que os titulares de benefícios de aposentadoria ou pensão poderão autorizar o desconto em seu benefício, desde que presentes os requisitos discriminados nesse artigo.

Além disso, no art. 13, há uma limitação quanto ao número de prestações para a contratação no caso aposentados e pensionistas, fixando 84 parcelas mensais e sucessivas, o que representa uma dívida de sete anos.

Com a recente alteração do Código de Defesa do Consumidor pela lei do superendividamento, atualmente também há previsão de informações que devem ser prestadas a todo e qualquer consumidor no fornecimento de crédito e na venda a prazo nesse diploma legal, ultrapassando as previsões que constavam apenas na IN INSS/PRES. 28/2008. Aduz o CDC no art. 54-B:

Art. 54-B. No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre:

- I - o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem; II - a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento; III - o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de 2 (dois) dias; IV - o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor; V - o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, nos termos do § 2º do art. 52 deste Código e da regulamentação em vigor.

Além da possibilidade do empréstimo consignado descontado diretamente na folha de pagamento pensionista idoso, há a alternativa dos chamados empréstimos pessoais, nos quais as taxas de juros remuneratórios não têm controle pelo Governo, sendo praticadas entre os percentuais de 18% a 29% ao mês. Nestes, os débitos das parcelas mensais são efetuados diretamente na conta corrente do contratante, na qual ele recebe a aposentadoria ou benefício previdenciário. Esta modalidade de empréstimo o idoso contrata quando já não é mais possível o desconto em folha de pagamento por ausência de margem consignável. Significa dizer, não há nenhuma vedação legal para que o idoso contrate empréstimos pessoais para além dos empréstimos que são consignados, o que pode levar ao comprometimento de toda a sua renda mensal.

Ocorre que em qualquer dessas modalidades de empréstimos, no momento da formação do contrato, ocorrem abusos por parte dos fornecedores. Por exemplo, há vedação de contratação por telefone, mas essa é uma prática que reiteradamente ocorre em todo território nacional, prestam-se atendimentos aos consumidores idosos em que relatam que a contratação foi efetuada por telefone, por iniciativa da financeira, e na quase integralidade das vezes não é entregue ao consumidor a sua via do contrato, retirando o direito que o consumidor tem da sua via do contratual, justamente para ter conhecimento dos termos da contratação.

Veja-se, em que pese o CDC faça uma série de exigências no tange as informações acerca do financiamento que devem constar do contrato, na medida em que não é dado ao consumidor uma via dele, tampouco lhe é informado e explicado os termos da contratação, esse tem sua condição de vulnerabilidade agravada, pois lhe é negado o direito de conhecer as cláusulas contratuais e de avaliar a sua capacidade de pagamento e o grau de endividamento.

Nesse sentido, dá-se a observar que os fornecedores se aproveitam da fragilidade de pessoas idosas para o aumento da margem lucrativa, por meio dos contratos com encargos abusivos, dentre os quais não foram informados ao consumidor na hora da contratação ou esclarecidos evidentemente, em vista disto, a conduta do fornecedor de ofertar de maneira desenfreada, não verificando se possuem realmente condições para custear tais créditos a fim de que sejam adimplidos sem comprometer seu orçamento familiar, acaba colidindo diretamente com as normas dispostas no Código de Defesa do Consumidor e tornando-os consumidores superendividados que tiveram uma maior parte de sua renda comprometida por tais empréstimos.

4 PROTEÇÃO DOS IDOSOS HIPERVULNERÁVEIS CONFORME O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

O CDC (BRASIL, 1990), trouxe precisamente o disposto no art. 52, que exige o dever do fornecedor de informar previamente e com clareza o número de prestações, qual a taxa de juros:

Art. 52. No fornecimento de produtos ou serviços que envolva outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, o fornecedor deverá, entre outros requisitos, informá-lo prévia e adequadamente sobre: I - preço do produto ou serviço em moeda corrente nacional; II - montante dos juros de mora e da taxa efetiva anual de juros; III - acréscimos legalmente previstos; IV - número e periodicidade das prestações; V - soma total a pagar, com e sem financiamento. § 1º As multas de mora decorrentes do inadimplemento de obrigações no seu termo não poderão ser superiores a dois por cento do valor da prestação. (Redação dada pela Lei nº 9.298, de 1º.8.1996). § 2º É assegurado ao consumidor a liquidação antecipada do débito, total ou parcialmente, mediante redução proporcional dos juros e demais acréscimos.

Assim como o art. 39 que proíbe as práticas abusivas:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (Redação dada pela Lei nº 8.884, de

11.6.1994) I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes; VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos;

Demonstra-se que o Código, preocupou-se em discriminar criteriosamente como as agências fornecedoras de empréstimos e financiamentos devem proceder para que haja enfim tal contratação legal.

O princípio da vulnerabilidade e o princípio da dignidade da pessoa humana, que são princípios norteadores do CDC, são princípios norteadores dos conflitos entre consumidores e fornecedores, são os que justificam a necessidade de amparar o consumidor, parte mais fraca na relação consumerista, com a criação de leis próprias, pois, os consumidores em razão da sua vulnerabilidade, necessitam ter sua defesa facilitada nas relações de consumo.

Portanto, partindo da vulnerabilidade dos consumidores, cabe destacar a ampliação que a doutrina moderna brasileira concedeu a tal princípio, ensejando novas ramificações diante a necessidade de amparar grupos específicos ainda mais vulneráveis, dentre eles os “consumidores hipervulneráveis”, que dependeriam de uma proteção ainda maior da que já é destinada, por se tratar de consumidores mais frágeis que os demais. Neste sentido, para impedir que tais abusos permaneçam a acontecer, foi aprovado no âmbito do poder legislativo em julho de 2021, a Lei nº 14.181, DE 1º de julho de 2021, que visa amparar o atual consumidor brasileiro, alterando o Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), e a Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.

Além de inserir vários artigos no CDC, essa Lei introduziu no CDC dois capítulos específicos para discorrerem sobre a prevenção e tratamento do superendividamento e

sobre a conciliação no superendividamento, estes se encontram no título I, capítulo VI-A a partir do art. 54-A ao 54-G e no título III capítulo V, dos art. 104-A ao 104-C.

Essa proposta, surgiu diante da crescente utilização do crédito no Brasil nas últimas décadas, alavancando o consumo de produtos e serviços. A lei tem em seu corpo artigos que sem dúvida trazem alterações expressivas e totalmente importantes, tendo em vista o número de pessoas que adentram a situação do superendividamento no Brasil. Os números, são alarmantes e chegam à soma de cerca de 60 milhões de brasileiros, além de atingirem o patamar de 64% das famílias brasileiras, segundo informações do CNC. As mudanças são vastas, e visam trazer soluções tanto de prevenção ou mesmo tratamento do superendividamento.

Uma dessas alterações, é a previsão do art. 54-A, §1º que visa trazer pela primeira vez em uma legislação brasileira, o conceito de superendividamento que fará com que seja mais fácil identificar quando uma pessoa se encontra em tal situação:

Art. 54-A. Este Capítulo dispõe sobre a prevenção do superendividamento da pessoa natural, sobre o crédito responsável e sobre a educação financeira do consumidor.

§ 1º Entende-se por superendividamento a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis e vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial, nos termos da regulamentação.

Além do mais, as modificações trazem em sua redação, a obrigatoriedade do fornecedor de relatar de maneira pormenorizada as informações acerca de valores, taxas, juros, o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do débito, devendo serem transmitidas de forma bastante clara e no próprio contrato da prestação do serviço, de forma a ser fácil a percepção do consumidor, ao que está sendo contratado:

Art. 54-B. No fornecimento de crédito e na venda a prazo, além das informações obrigatórias previstas no art. 52 deste Código e na legislação aplicável à matéria, o fornecedor ou o intermediário deverá informar o consumidor, prévia e adequadamente, no momento da oferta, sobre: I - o custo efetivo total e a descrição dos elementos que o compõem; II - a taxa efetiva mensal de juros, bem como a taxa dos juros de mora e o total de encargos, de qualquer natureza, previstos para o atraso no pagamento; III - o montante das prestações e o prazo de validade da oferta, que deve ser, no mínimo, de 2 (dois) dias; IV - o nome e o endereço, inclusive o eletrônico, do fornecedor; V - o direito do consumidor à liquidação antecipada e não onerosa do

débito, nos termos do § 2º do art. 52 deste Código e da regulamentação em vigor.

Prevê a lei que o poder público terá a responsabilidade de promover a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros: VI - instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural; VII - instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento.

Da mesma maneira, o art.54-C, inciso IV traz a vedação de utilização de meios de pressão ou assédio como forma de fazer com que o consumidor possa contratar os serviços oferecidos pelas instituições:

Art. 54-C. É vedado, expressa ou implicitamente, na oferta de crédito ao consumidor, publicitária ou não: IV - Assediar ou pressionar o consumidor para contratar o fornecimento de produto, serviço ou crédito, principalmente se se tratar de consumidor idoso, analfabeto, doente ou em estado de vulnerabilidade agravada ou se a contratação envolver prêmio;

Essa vedação, protege principalmente o idoso, o analfabeto, os doentes, ou aqueles que se encontram em estado de vulnerabilidade agravada. Importante alteração, é a inclusão do § 3º do art. 96 do Estatuto do Idoso, que não considera como crime a negativa de crédito motivada pelo superendividamento do idoso:

Art. 96. Discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade: Pena – reclusão de 6 (seis) meses a 1 (um) ano e multa. 3º Não constitui crime a negativa de crédito motivada por superendividamento do idoso.

Essa alteração, torna-se bastante útil, vez que a ideia das modificações trazidas na modernização do CDC, é renovar a proteção máxima ao consumidor dos dias atuais,

procurando afastar ao máximo as táticas e muitas vezes mascaradas propostas que visam tirar a verdade dos fatos aos contratantes dos serviços.

5 A PROTEÇÃO DO IDOSO CONFORME LEI Nº 10.741/2003 QUE DISPÕE SOBRE O ESTATUTO DO IDOSO

O grande marco de proteção dos interesses dos idosos no Brasil, foi a promulgação do Estatuto do Idoso - com a Lei nº 10.741/2003, que define como idoso(a) toda pessoa com 60 (sessenta) anos ou mais (BRASIL, 2003). O Estatuto do Idoso, após sua criação, quebrou a barreira de proteção exclusivamente patrimonial, pois nele a proteção ao idoso é integral, acolhendo a todos os aspectos da vida em sociedade, inclusive no campo econômico.

Desta forma, Morsch refere que em 2025 serão 35 milhões e em 2050, um em cada três habitantes”, ocupando o sexto lugar no ranking dos países com maior número de idosos e demonstrando que o envelhecimento da população brasileira ocorre a taxas aceleradas. Os idosos considerados hipervulneráveis são o grupo demográfico que mais cresce no Brasil e no mundo e representa uma mina de oportunidades à espera daquelas empresas que souberem satisfazer as necessidades e os desejos específicos dessas pessoas. A adoção do critério de hipervulnerabilidade do consumidor idoso é amplamente acolhida pela doutrina e pela jurisprudência. A doutrina brasileira ao enquadrar o consumidor idoso no grupo abrangido aos hipervulneráveis, estritamente visou a sua proteção no princípio da dignidade da pessoa humana, resguardando os aspectos patrimoniais e existenciais (ROSA; BERNARDES; FÉLIX, 2017, p. 533-558).

Com o passar do tempo a capacidade de discernimento do idoso é diminuída, inclusive no que tange ao seu raciocínio, devido a debilidade em que o corpo e o cérebro sofrem, sendo a falta de discernimento lúcido para a tomada de decisões o principal fator que o torna vulnerável. Essa fragilidade diante dos demais grupos da sociedade leva este grupo à busca pelo tratamento com igualdade, havendo a necessidade de normas jurídicas que não sejam iguais para todos. É de suma importância o ordenamento jurídico definir quem é o idoso para fins de sua tutela e, ao Estatuto do Idoso regular os direitos assegurados a esse cidadão, impondo assim, o reconhecimento de uma hipervulnerabilidade do consumidor idoso frente às relações de consumo (PINTO, 2017, p. 30).

Assim, a figura do CDC e do Estatuto do idoso firmam uma proteção para que este possa gozar de uma terceira idade com dignidade, pois, ambas legislações visam reprimir e punir as condutas dos fornecedores que atentam à condição de hipervulnerável do idoso.

CONCLUSÃO

Após o estudo sobre os direitos e garantias fundamentais e a principiologia do direito do consumidor, bem como a origem e aspectos da vulnerabilidade e da hipervulnerabilidade, passou-se a entender o conceito de idoso no ordenamento jurídico brasileiro e as dificuldades biológicas e sociais sofridas por esse grupo.

Analisando a população idosa e seu contexto no mercado de consumo, especialmente no de crédito consignado, nota-se sua importante inclusão a partir da promulgação a Lei 10.820/2003, que possibilitou aos idosos a consignação em seu benefício previdenciário para pagamento de créditos concedidos.

No entanto, apesar da inclusão no mercado, as concessões dos créditos se deram de forma desregulada, insegura e sem a efetiva análise da situação financeira do contratante, resultando em um alto número de endividados e superendividados, que cresceu gradativamente nos últimos anos.

A partir disso, buscou-se entender os aspectos gerais da concessão de crédito por pagamento consignado e sua consolidação pela Lei 10.820/2003, movimentando o mercado do crédito e o consumo. Porém, também se verificou que são recorrentes os problemas advindos da contratação do crédito consignado por idosos, sem as devidas informações e atendendo as formalidades legais, ocorrendo a operacionalização de contratos de forma irresponsável por instituições financeiras.

Não se sustenta deixar para o Poder Judiciário equalizar todas as relações consumeristas, especialmente por não ser todos os consumidores que alcançaram esse feito, mas exigir um comportamento preventivo e seguro pelos fornecedores, adotando práticas cuidadosas e a aplicação de punições diante do descumprimento.

Com a Lei 14.181/2021 e seus impactos na proteção do consumidor do crédito consignado, houve um avanço na tentativa de se garantir os direitos fundamentais, o mínimo existencial e o consumo financeiramente saudável, tratando e prevenindo o superendividamento.

No entanto, para se atingir a igualdade e equilíbrio contratual do idoso e o fornecedor de crédito, é necessária uma interpretação rigorosa dos princípios e normas constitucionais, oferecendo crédito responsável e de acordo com a real possibilidade do consumidor, orientando-se sempre pela dignidade da pessoa humana e adotando medidas educacionais.

A concessão do crédito ao idoso é importante e deve ser preservada, sendo necessário o oferecimento das informações relevantes sobre o contrato, as limitações mensais causadas e a oferta de acordo com a regulamentação legal, punindo

rigorosamente irregularidades, possibilitando uma vida digna e o envelhecimento saudável da população.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Instrução Normativa Inss/Pres nº 28, de 16 de maio de 2008. Disponível em: <https://www.gov.br/inss/pt-br/saiba-mais/seu-beneficio/emprestimo-consignado/in28PRESINSSatualizada22.4.2021.pdf>. Acesso em: 02 de Nov. 2021.

CNC - Confederação Nacional do Comercio de Bens, Serviços e Turismo. "Endividamento dos brasileiros é tema de audiência na Câmara dos Deputados". Disponível em: <<http://www.cnc.org.br/editorias/sistema-comercio/noticias/endividamento-dos-brasileiros-e-tema-de-audiencia-na-camara-dos>>. Acesso: 01 de Nov. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo curso de direito civil: contratos: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 11.

Lei no 10.820, de 17 de dezembro de 2003. Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.820Compilado.htm>. Acesso em: 25 de out. 2021.

Lei nº 13.172, de 21 de outubro de 2015. Altera as Leis nos 10.820, de 17 de dezembro de 2003, 8.213, de 24 de julho de 1991, e 8.112, de 11 de dezembro de 1990, para dispor sobre desconto em folha de pagamento de valores destinados ao pagamento de cartão de crédito. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13172.htm>. Acesso em: 25 de out. 2021.

Lei nº 14.181, DE 1º de julho de 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm>. Acesso em: 01 de Nov. 2021.

LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990. Art. 39.VI. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 02 de Nov. 2021.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no código de defesa do consumidor. O novo regime das relações contratuais. 4ª ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002, p. 194.

MORSCH, Marco. Novo consumidor idoso: um filão de oportunidades. Administradores. Disponível em: <<https://administradores.com.br/artigos/novo-consumidor-idoso-um-filao-de-oportunidades>>. Acesso em: 02 Nov. 2021.

NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil Anotado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 336.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberta. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. In: MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno (Org.). Doutrinas Essenciais. Direito do Consumidor, v.II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 431-461.

PINTO, Karla Cristine Nascimento. A vulnerabilidade do idoso nas relações de consumo: análise do crédito consignado e o superendividamento. 2017. Monografia (Curso de Direito) – Faculdade de Sabará, Sabará, 2017, p. 30.

ROSA, Luiz Carlos Goiabeira; BERNARDES, Luana Ferreira; FÉLIX, Vinícius Cesar. O idoso como consumidor hipervulnerável na sociedade de consumo pós-moderna. Revista Jurídica da Presidência, v. 18, n. 116, p. 533-558, 2017.

Rumos da inFormação - Revista Científica dos Cursos de Graduação da Faculdade Vale do Cricaré. Versão eletrônica – volume 1, n. 1 – julho / 2020. Acesso em: 25 de out. 2021.

TARTUCE, Flávio. Função social dos contratos. São Paulo: Método, 2007. P. 248.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2017, p. 633-634.

<<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>>. Acesso em 01 Nov. 2021.

<<https://www.projuris.com.br/contratos-direito-civil/>>. Acessado em: 30 de Out. 2021.

TERCEIRIZAÇÃO E REFORMA TRABALHISTA: POSSIBILIDADE DE INCLUSÃO DE CLÁUSULA EM INSTRUMENTO COLETIVO QUE LIMITE A TERCEIRIZAÇÃO

LEONARDO RODRIGUES DE JESUS:

Acadêmico do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

ERIKA CRISTHINA NOBRE VILAR ⁸

RESUMO: O presente trabalho tem como perspectiva o estudo acerca da possibilidade jurídica de confecção de cláusula de negociação coletiva que vede a terceirização da mão-de-obra. O problema da pesquisa diz respeito à viabilidade e validade de cláusula restritiva, haja vista as alterações sobre a terceirização no ordenamento jurídico, promovidas pelo advento das Leis nº 13.426/2017 e 13.467/2017. O presente trabalho tem como objetivos analisar a regulamentação jurídica sobre a terceirização, antes e depois das leis supracitadas, por meio da discussão da doutrina e jurisprudência no âmbito trabalhista e constitucional a respeito do tema. Os resultados obtidos com o presente trabalho expressam que a inclusão de cláusula permissiva de restrição de terceirização é completamente possível, no intuito de vedar a precarização das relações de trabalho, aplicando-se o princípio da adequação setorial negociada, para que não atinjam direitos de indisponibilidade absoluta, conforme entendimentos jurisprudenciais acerca do tema em comento.

Palavras-chave: Terceirização, negociação coletiva de trabalho, direito do trabalho, limitação.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Terceirização: Regramento Anterior à Lei nº 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017. 2.1 Do Aparecimento Da Terceirização No Ordenamento Jurídico Brasileiro: Breve Histórico. 3. Das Alterações Sobre Terceirização No Ordenamento Jurídico Laboral: Lei nº 13.429/2017 E Lei nº 13.467/2017. 4. Do Novo Modelo De Negociação Coletiva. 4.1 Da Prevalência Do Negociado Sobre Legislado. 4.2 Dos Limites Das Negociações Coletivas. 5. Da Possibilidade De Cláusula De Instrumento Coletivo Que Restrinja A Terceirização. 6. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

⁸ Bacharel em Direito. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (2015).
E-mail: erikavilar@hotmail.com

A terceirização é entendida, como o próprio nome sugere, como a intermediação de terceiros para a execução de força de trabalho e serviços. De forma genérica, a terceirização se define como a transferência de atividade à pessoa jurídica competente.

O ano de 2017, com o advento das Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017, foi determinante para acender a discussão acerca da terceirização da mão-de-obra, principalmente no tocante a terceirização de atividade-fim.

A Lei nº 13.429/2017, promulgada em 31/03/2017, conferiu maior amplitude das atividades passíveis de terceirização, no entanto, o texto da nova lei não soube precisar no tocante a terceirização de atividade-fim, em virtude do uso do verbo transitivo “poder”, dando a ideia de mera faculdade, tornando-se suficiente para defender que a lei não foi expressa quanto à possibilidade.

Contudo, em 13/07/2017, a Lei nº 13.467/2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, alterou a redação dos arts. 4º-A e 5º-A da Lei 6.019/1974, aumentando a abrangência da terceirização de serviços, trazendo expressamente a possibilidade de delegação da atividade fim da tomadora, acarretando em diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, haja vista que a terceirização de atividade-fim gera a precarização da relação de trabalho, em face da redução dos custos da produção e aumento nos lucros da atividade empresarial, uma vez que reduzidos direitos e garantias trabalhistas dos trabalhadores terceirizados.

Assim como a possibilidade de terceirização de atividade-fim empresarial, a Reforma Trabalhista constituiu a valorização dos instrumentos coletivos de trabalho, sobrepondo a legislação e valorizando a autocomposição. Tal alternativa possibilitou que categorias profissionais pudessem vedar a precarização da relação de trabalho estipulando cláusula impeditiva de terceirização da mão-de-obra, ainda que legalmente permitido tal modelo de contratação.

O presente estudo corresponde a uma pesquisa bibliográfica ou revisão de literatura com abordagem dedutiva. Nesse sentido, o presente artigo baseou-se em materiais contidos em artigos de pesquisa e outros materiais legítimos que contém informações essenciais e precisas sobre o tema abordado. Com o advento da internet e do avanço dos meios de informação, a pesquisa também se adaptou a essa nova realidade, tendo em vista proporcionar a possibilidade de utilização de outras fontes de pesquisa.

O referido artigo inicia tratando da parte conceitual da terceirização, pontuando a regulamentação anterior e posterior as Leis nº 13.429/2017 e 13.467/2017. Após a abordagem histórica, traz-se à baila a discussão acerca da validação dos instrumentos coletivos de sobreporem a legislação vigente, para, no fim, ponderar a respeito da

possibilidade de restrição da terceirização através de instrumentos de negociação coletiva, visando a não precarização da relação de trabalho entre as partes.

Por fim, são apresentados os entendimentos jurisprudenciais dos egrégios tribunais superiores acerca do tema.

2. TERCEIRIZAÇÃO: REGRAMENTO ANTERIOR À LEI Nº 13.429/2017 E À LEI Nº 13.467/2017.

A terceirização surgiu como um fenômeno para fomentar a atividade empresarial, por meio da transferência a empresas especializadas, denominadas empresas de prestação de serviços a terceiros, de atividades meramente instrumentais ou acessórias no processo produtivo.

Para Maurício Godinho Delgado:

Terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente, por meio do qual se insere o trabalhador no processo produtivo do tomador dos serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. (DELGADO, 2014, p. 452)

Nota-se que, a partir da adoção do modelo de terceirização, a relação que *a priori* seria bilateral, entre empregador e empregado, passa a ser trilateral, sendo formada por empregado, tomador e prestador do serviço.

Tal modelo de relação de trabalho ocorreu pela primeira vez com essa configuração em meados dos séculos XVII e XIX, na Inglaterra, durante a Revolução Industrial, quando a produção econômica artesanal foi substituída pelo modo de produção fabril (HUBERMAN, 2010).

No entanto, o marco expressivo da criação da terceirização ocorreu por volta de 1940 nos Estados Unidos, em meio a Segunda Guerra Mundial, fenômeno conhecido como *outsourcing*. As indústrias bélicas não conseguiam suprir a demanda decorrente da guerra, razão pela qual se obrigaram a buscar novos meios de produção, capazes de aumentar a produção, bem como de aprimoração dos produtos, a fim de suprir a excessiva demanda daquela época (CASTRO, 2000).

Ante a demanda, a solução foi pela delegação de serviços secundários, porém necessários para o processo de produção, transferindo tais serviços para empresas terceiras, reduzindo assim os custos operacionais, aumentando a velocidade da produção e gerando mais lucros.

Sobre o tema, Castro (2000, p. 75) leciona:

A terceirização encontra sua origem durante a II Guerra Mundial, quando os Estados Unidos aliaram-se a países europeus para combater as forças nazistas e também o Japão. As indústrias de armamento não conseguiam abastecer o mercado, necessitando suprir o aumento excessivo da demanda e aprimorar o produto e as técnicas de produção. Essa necessidade demonstrou que a concentração da indústria deveria voltar-se para a produção e as atividades de suporte deveriam ser transferidas para terceiros, o que, sem dúvida, gerou um maior número de empregos na época.

Acerca deste quesito, Martinez (2012) entendeu que tal fato ocorrido durante a produção bélica estadunidense foi determinante para derrocada do sistema fordista como modelo de produção industrial, baseado na produção em massa. Notou-se a importância de focar na qualidade da produção, priorizando as demandas do mercado, originando o Toyotismo.

Com um modelo de produção industrial focado nas demandas do mercado, o quadro de trabalhadores sofria alterações. Quanto maior a demanda, maior a necessidade de mão-de-obra, sendo necessária a terceirização, para que não houvesse a vinculação posterior entre prestador do serviço e tomador do serviço em momentos de menos demanda, haja vista que o foco era a redução dos custos da operação e a aferição de lucros, não demorando a aparecer os primeiros esboços do modelo no Brasil e conseqüentemente no ordenamento jurídico pátrio.

2.1 DO APARECIMENTO DA TERCEIRIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: BREVE HISTÓRICO

A prática da terceirização no Brasil teve início em meados da década de 1950, em razão do aquecimento da atividade industrial no país, em especial da indústria automobilística através de montadoras multinacionais.

A abertura do território ao mercado internacional intensificou a necessidade de mão-de-obra industrial de baixo custo, tornando inviável a aplicação dos preceitos juslaborais presentes na recém editada Consolidação de Leis do Trabalho, haja vista a necessidade do crescimento econômico brasileiro.

Com a necessidade de iniciar a regulamentação da atividade terceirizada, leciona Castro (2000), que no final da década de 1960, início da década de 1970, foi promulgado o Decreto-Lei nº 200/67, estabelecendo em seu artigo 10º a descentralização de algumas

atividades administrativas, bem como a Lei nº 5.645/70, que mencionava acerca da administração direta e indireta dos entes da federação.

O art. 10, §7º, do Decreto-Lei nº 200/1967 é um marco da regulamentação brasileira quanto a terceirização, descentralizando serviços não essenciais do ente para que possam ser executados por empresas terceiras:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

[...]

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. (BRASIL, 1967, Art. 10, §7º)

A Lei nº 5.645/70, também considerada vanguardista quanto a terceirização no Brasil, elencou expressamente atividades passíveis de terceirização por autarquia federais, de acordo com o Art. 10, §7º da Decreto-Lei nº 200/1967:

Art. 3º Segundo a correlação e afinidade, a natureza dos trabalhos, ou o nível de conhecimentos aplicados, cada Grupo, abrangendo várias atividades, compreenderá:

[...]

Parágrafo único. As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta, mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967. (BRASIL, 1970, Art. 3º)

Com o passar dos anos, em um cenário de expansão econômica e entrada do capital estrangeiro no país, a terceirização foi se tornando cada vez mais frequente. Os diplomas legais previam apenas a terceirização relacionada ao setor público, no entanto, a iniciativa privada necessitava de alguma regulamentação, visto que a finalidade da atividade é a aferição de lucros.

Dito isto, entrou em vigor a Lei nº 6.019/1974, que dispunha sobre o Trabalho Temporário. Embora a lei não trate unicamente da terceirização, esta foi a primeira a tratar diretamente o tema, indicando a possibilidade de uma empresa terceira realizar trabalhos para empresa contratante:

Art. 4º Compreende-se como empresa de trabalho temporário a pessoa física ou jurídica urbana, cuja atividade consiste em colocar à disposição de outras empresas, temporariamente, trabalhadores, devidamente qualificados, por elas remunerados e assistidos.

O diploma supracitado teve como inspiração a Lei Francesa nº 72-1 de 1972, que tratou sobre o trabalho temporário e a possibilidade de terceirização da mão-de-obra de atividades-meio para empresas tomadoras de serviço.

Com o advento da Lei nº 6/019/1974, a relação de trabalho deixou de ser bilateral, figurando empregado e empregador, passando a ser trilateral, figurando agora uma nova figura, o tomador do serviço.

Os diplomas legais que validavam a terceirização possuíam viés econômico, no intuito de fomentar ainda mais a economia local, buscando desonerar a atividade empresarial. No entanto, o aspecto jurídico trabalhista encontrava-se fragilizado em relação a existência ou não de relação de emprego entre empregado da prestadora de serviço e tomadora de serviço.

Na realidade fática das relações, via-se empregados terceirizados exercendo as mesmas funções que empregados da tomadora e recebendo salários inferiores, atentando contra o princípio da igualdade das relações.

Sobre a precarização da relação, Amorim (2009, p. 32) destaca:

Na rigorosa concorrência interempresarial desencadeada por este mecanismo, o enxugamento dos custos da produção conduz à drástica contenção dos níveis de proteção social deferidos aos trabalhadores dito terceirizados (contratados pelas empresas fornecedoras dos serviços), submetidos a condições de trabalho proporcionalmente menos favoráveis quanto mais o seu trabalho se distancia da empresa principal

Em meio à inexistência de regulamentação em lei sobre os limites da terceirização, o Tribunal Superior do Trabalho editou em 31 de maio de 2011 a Súmula nº 331, estabelecendo os parâmetros e limites para a terceirização dos serviços:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Súmula nº 331)

Através da súmula, restou expresso a possibilidade da terceirização apenas à atividade-meio da tomadora de serviço, restringindo a atuação dos empregados terceirizados a atividades relacionadas a área de atuação da empresa contratante.

Observada a precarização nas relações de trabalho em razão da terceirização, verificou-se o aumento no número de processos trabalhistas sobre o tema após a edição da aludida súmula, conforme tabela abaixo:

ANO	NÚMERO DE PROCESSOS
2011	9.296
2012	16.181
2013	16.438
2014	15.082
Até abril de 2015	16.323

Fonte: Martins (2017, p. 26).

Verifica-se, portanto, que antes da edição das Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, havia muitas incertezas acerca dos limites da terceirização, cabendo ao judiciário decidir à sua maneira sobre o tema, definindo seus limites e consequências, trazendo ainda insegurança jurídica as relações de trabalho.

Dessa forma, as alterações promovidas pelas Leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017 foram indispensáveis para trazer os esclarecimentos necessários sobre os limites da terceirização no ordenamento jurídico brasileiro.

3. DAS ALTERAÇÕES SOBRE TERCEIRIZAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO LABORAL: LEI Nº 13.429/2017 E LEI Nº 13.467/2017

A Lei nº 13.429/2017 e Lei nº 13.467/2017, trouxeram mudanças sensíveis à Lei nº 6.019/1974, instrumento legal que tratava da terceirização no Brasil. Embora não tratasse exclusivamente do tema, a lei da década de 1970 era a única que continha dispositivos, mesmo que genéricos, acerca do tema, causando dúvidas sobre os limites do fenômeno nas relações profissionais.

Como detalhado no tópico anterior, o Tribunal Superior do Trabalho editou em 2011 a Súmula nº 331 que implementou as diretrizes da terceirização no Brasil, sendo a principal delas a impossibilidade de terceirização das atividades principais das empresas, também chamadas atividades-fim, limitando-se apenas as atividades secundárias ou periféricas das empresas.

Em 31/03/2017 foi promulgada a Lei nº 13.429/2017, dispondo sobre mudanças no tocante ao trabalho temporário e a prestação de serviços a terceiros, objetos Lei nº 6.019/1974.

Além de detalhar aspectos formais, a lei supracitada conferiu maior amplitude das atividades passíveis de terceirização, não se limitando apenas a atividades-meio, como dispunha entendimento jurisprudencial pacificado nos tribunais.

No entanto, o texto da nova lei, da forma que foi publicado, trouxe uma série de incertezas quanto a real possibilidade de terceirização da atividade-fim das empresas, por conta da utilização do verbo transitivo “poder”, dando ideia de faculdade, mas, para aqueles que eram contra o novo entendimento, era o suficiente para argumentar que a lei não foi expressa quanto à possibilidade.

Assim, a nova lei, criada para sanar quaisquer dúvidas acerca do tema, causou mais embaraços, trazendo insegurança jurídica às relações trabalhistas, ante a imprecisão da norma.

O Tribunal Superior do Trabalho, aproveitando-se da falha legislativa, continuou a aplicar o entendimento da Súmula nº 331 mesmo após a edição da nova lei, conforme Informativo nº 162:

Instituição financeira. Telemarketing. Atividade-fim. Terceirização ilícita. Contrato de trabalho celebrado e extinto na vigência da Lei nº 6.019/74. Não incidência da Lei nº 13.429/2017.

A Lei nº 13.429/2017 não se aplica às relações de trabalho regidas e extintas sob a égide da Lei nº 6.019/1974, sob pena de afronta ao direito adquirido do empregado a condições de trabalho mais vantajosas. No caso, a reclamada insurgiu-se contra decisão da SBDI-I que, invocando a Súmula nº 331, I, do TST, estabeleceu que a prestação de serviços de cobrança a clientes de instituição financeira, mediante contato telefônico, se insere na atividade-fim bancária. Alegou que a Lei nº 13.429/2017, ao acrescentar o art. 4^a-A, § 2^o, à Lei nº 6.019/74, afastou a ilicitude na terceirização dos serviços prestados e tem aplicação imediata. Todavia, por se tratar de contrato celebrado e findo antes da entrada em vigor da Lei nº 13.429/2017, prevaleceu o entendimento jurisprudencial firmado no item I da Súmula nº 331 do TST, amparado no antigo teor da Lei nº 6.019/1974. Sob esses fundamentos, a SBDI-I, por unanimidade, deu provimento a embargos de declaração apenas para prestar esclarecimentos. [TST-ED-E-ED-RR-1144-53.2013.5.06.0004](#), SBDI-I, rel. Min. João Oreste Dalazen, 3.8.2017. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Informativo nº 162)

Diante do cenário de insegurança jurídica ocasionado pela Lei nº 13.429/2017, restou necessária a edição de um novo dispositivo legal a fim de sanar as suas omissões e falhas, razão pela qual, em 13/07/2017, foi promulgada a Lei nº 13.467/2017, popularmente conhecida como Reforma Trabalhista, que alterou novamente a Lei nº 6.019/1974, agora prevendo expressamente a possibilidade de terceirização das atividades-fim das empresas.

A lei de julho de 2017 alterou o *caput* do artigo 4º-A e 5º-A da Lei nº 6.019/1974, que tratava das definições de terceirização e contratante de serviço terceirizado, trazendo clareza quanto à possibilidade de terceirização nas atividades-fim:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. (BRASIL, 2017, Art. 4º-A)

Art. 5º-A. Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal. (BRASIL, 2017, Art. 5º-A)

Após a edição da reforma trabalhista e sanada as dúvidas acerca da possibilidade de terceirização das atividades-fim, a questão tornou-se tema de conflitos jurídicos quanto a constitucionalidade do dispositivo legal.

A corrente jurídica que entendia pela constitucionalidade da matéria, defendida pelo ministro Ives Gandra Martins Filho e demais políticos que votaram para aprovação da lei, argumentava que a lei promulgada percorreu todos os trâmites legais, passando pelas comissões constitucionais especializadas na Câmara e no Senado Federal, devendo ser respeitado princípio da legalidade.

A tese contrária, que trata da inconstitucionalidade, defendida pelos juristas Helder Santos Amorim e Gabriela Neves Delgado, em “A inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim das empresas” aduz que a terceirização da atividade principal da empresa reflete na precarização das relações de trabalho, atentando contra o princípio da proteção ao trabalhador, o princípio constitucional basilar nas relações de trabalho.

Em 30 de agosto de 2018, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do Recurso Extraordinário nº 958252 em repercussão geral, chancelou o entendimento trazido pela Lei nº 13.467/2017, reconhecendo a possibilidade de terceirização de atividade-fim nas empresas: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas,

mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Tema 725)

No entendimento do Supremo Tribunal Federal, a terceirização irrestrita das atividades ajuda a fomentar o mercado de trabalho, trazendo mais oportunidades de emprego a população, não trazendo nenhum prejuízo aos empregados, haja vista que respeitados todos os seus direitos.

Conclui-se, portanto, que no novo cenário da terceirização pós 2017, não há óbice para que as empresas terceirizem a mão-de-obra, sendo expressamente permitido por lei, independentemente de atividade principal ou secundária.

Com o novo cenário permissivo da terceirização, as negociações coletivas, que tiveram seus efeitos amplificados após a reforma trabalhista, ganharam destaque acerca de seus novos efeitos, limites e restrições.

4. DO NOVO MODELO DE NEGOCIAÇÃO COLETIVA.

As alterações trazidas acerca da terceirização, mais especificamente, na expressa autorização para terceirização de atividade-fim, a reforma trabalhista ampliou os poderes conferidos aos instrumentos coletivos de trabalho, garantindo maior poder de auto-composição entre as partes da relação jurídica coletiva.

Com o advento do artigo 611-A da CLT, criou-se o entendimento da prevalência do negociado sobre o legislado, aplicando o princípio da autonomia da vontade, presente no artigo 444 da CLT.

No entanto, resta salientar que tal prevalência não é absoluta, não podendo flexibilizar princípios constitucionais ou precarizar as condições de trabalho, encontrando limites inclusive no artigo 611-B da CLT.

4.1 DA PREVALÊNCIA DO NEGOCIADO SOBRE LEGISLADO.

Os instrumentos coletivos de trabalho possuem papel primordial para reger as relações de trabalho de cada categoria, observando suas particularidades. Em meados da década de 1980, as negociações coletivas começaram a ganhar relevância, ante o período de redemocratização do país e constitucionalização de direitos trabalhistas, garantindo novos direitos, como, por exemplo, o direito a greve.

Desde então, a negociação coletiva tornou-se indispensável, haja vista que a legislação por muitas vezes é genérica, não acompanhando eventuais necessidades específicas de determinada categoria.

Acompanhando a evolução no panorama negocial, a Lei nº 13.467/2017 garantiu maior amplitude aos instrumentos coletivos de trabalho, de modo a flexibilizar as normas aplicáveis, para garantir a manutenção dos empregos.

O Art. 611-A da CLT é expresso ao tratar dos temas passíveis de sobrepujar o texto legal, verificando-se a já citada extensão da amplitude dos instrumentos coletivos.

Ricardo Souza Calcini trata da autonomia concedida as negociações coletivas, sempre observado o patamar mínimo das relações de trabalho:

Por essa razão, procurou-se enfatizar a valorização da autonomia negocial coletiva como instrumento hábil a estabelecer regras e condições mais propícias à realidade dos sujeitos da relação de emprego, sem descuidar do respeito ao princípio da adequação setorial negociada, segundo o qual as partes convenientes, na alteração de normas de indisponibilidade relativa, devem sempre prever disposições que elevem os direitos trabalhistas previstos em lei.

De mais a mais, em nenhum momento se pactuou aqui com a violação ao patamar mínimo civilizatório dos trabalhadores, entendido como arcabouço de direitos de indisponibilidade absoluta previstos especialmente no art. 7º da CRFB, além daqueles estabelecidos em tratados e convenções internacionais, como também os correspondentes à proteção da saúde, medicina e segurança.

Logo, pugna-se por uma proposta na defesa do incremento da própria negociação coletiva, na forma do que preceituam as Convenções n. 98 e 154 da OIT, que foram ratificadas pelo Brasil. Tais normatizações internacionais dão respaldo à negociação coletiva, a qual constitui instrumento propulsor de diálogo social e requer a observância do princípio da adequação setorial negociada. (CALCINI, 2017, p. 125)

Verifica-se, portanto, a ampliação da abrangência atribuída à negociação entre classes através da negociação, desde respeitados os limites estabelecidos pelo art. 611-B, da CLT.

4.2 DOS LIMITES DAS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS.

Ante a elevação do patamar dos instrumentos coletivos de trabalho, indaga-se quais seriam os limites dessas negociações, ante a impossibilidade de sobrepor direitos constitucionalmente garantidos.

Para Maurício Godinho Delgado, a negociação trabalhista encontra limite no chamado princípio da adequação setorial:

Pelo princípio da adequação setorial negociada, as normas autônomas juscoletivas construídas para incidirem sobre certa comunidade econômico-profissional podem prevalecer sobre o padrão geral heterônomo justrabalista, desde que respeitados certos critérios objetivamente fixados. São dois esses critérios autorizativos: a) quando as normas autônomas juscoletivas implementam um padrão setorial de direitos superior ao padrão geral oriundo da legislação heterônoma aplicável; b) quando as normas autônomas juscoletivas transacionam setorial parcelas justrabalhistas de indisponibilidade apenas relativa (e não de indisponibilidade absoluta). (DELGADO, 2017, p. 1497-1498)

Em outras palavras, segundo o referido princípio, é vedada a negociação que implique em renúncia de direitos indisponíveis, que afrontem princípios e garantias constitucionais, de modo a não precarizar a relação.

Ricardo Souza Calcini reitera o posicionamento supracitado:

Essa é a razão pela qual a jurisprudência da Corte Superior Trabalhista faz a distinção entre normas de indisponibilidade absoluta e normas de indisponibilidade relativa. As primeiras, como acima mencionado, englobam o patamar mínimo civilizatório dos trabalhadores, insuscetíveis, portanto, de modificação pela via da negociação coletiva. Já as segundas conferem efetividade ao princípio da adequação setorial negociada, mas para sua legitimação é necessário garantir ao menos um mínimo de contraprestação, além de se estabelecer um patamar superior de direitos, de acordo com o princípio constitucional da progressividade dos direitos sociais.

Dessa forma, do cotejo entre os instrumentos coletivos de trabalho (normas autônomas) e a legislação consolidada (normas heterônomas), há de se aplicar o princípio da criatividade jurídica, traduzido na função normogenética da negociação coletiva, em harmonia com o citado princípio da adequação setorial negociada. (CALCINI, 2017, p. 125)

Além disso, o próprio artigo 611-B da CLT dispõe sobre matérias cuja disposição é vedada por negociação coletiva, servindo como cláusula de barreira ou contenção, como a possibilidade de habilitação no programa de seguro-desemprego em caso de dispensa imotivada, valor do salário mínimos, dentre outros.

Contudo, apesar do referido artigo usar a expressão “exclusivamente” no *caput*, Cassar (2017) entende que o referido artigo não é taxativo, mas sim exemplificativo, em razão da não inclusão de princípios, direitos e valores constitucionalmente garantidos, não sendo permitidas suas violações.

Desse modo, conhecendo a amplitude das negociações coletivas, bem como seus limites, resta o exame no que concerne a possibilidade de restrição da terceirização através de instrumento de negociação coletiva.

5. DA POSSIBILIDADE DE CLÁUSULA DE INSTRUMENTO COLETIVO QUE RESTRINJA A TERCEIRIZAÇÃO

Os tópicos anteriores trataram de todo processo evolutivo do fenômeno da terceirização até chegar à Lei nº 13.467/2017, que expressamente autorizou a sua utilização irrestrita no âmbito trabalhista, inclusive para atividades-fim das empresas.

Como também já citado, tal permissivo legal gerou dúvidas quanto as relações de trabalho, ante o receio pela sua precarização, sendo necessária a chancela do Supremo Tribunal Federal para ratificar a matéria e declarar a inexistência de qualquer prejuízo ao trabalhador, analisados os princípios da proteção e da norma mais favorável.

Ainda com as mudanças ocasionadas pela Lei nº 13.467/2017, restou incorporado ao texto legal a prevalência do negociado em face do legislado, dando autonomia e liberdade as categorias de classes e as empresas, representadas ou não por seus sindicatos, convencionarem sobre as obrigações a serem seguidas pelas categorias de trabalho, flexibilizando a aplicação das leis, devendo respeito aos princípios norteadores do direito do trabalho.

Em razão da força concedida aos instrumentos coletivos de trabalho, cingiu-se a discussão acerca da validade de cláusula normativa em negociação coletiva que restrinja à terceirização, principalmente no tocante a sua vedação na contratação de empregados terceirizados para realização de atividade-fim da empresa.

Em março de 2018, o Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Informativo nº 174, entendeu ser nula a cláusula que vedasse limitações a terceirização, decidindo que a cláusula restritiva versava contra o artigo 170, inciso IV, da Constituição Federal, que trata do princípio da livre concorrência:

Ação anulatória. Cláusula convencional que proíbe os condomínios de contratarem empregados terceirizados. Nulidade. Ofensa ao princípio constitucional da livre concorrência.

A SDC, por unanimidade, conheceu de recurso ordinário e, no mérito, por maioria, deu-lhe provimento para declarar a nulidade de cláusulas de convenções coletivas de trabalho que proíbem aos condomínios residenciais e comerciais a contratação de mão de obra terceirizada para a execução de serviços definidos pelas partes como atividade fim. Na espécie, prevaleceu o entendimento de que as referidas cláusulas, ao impedir que as atividades de zelador, de porteiro, de vigilante e de serviços gerais, entre outras, sejam executadas por empresas terceirizadas, além de afastar o permissivo da Súmula nº 331 do TST, limitaram a iniciativa empresarial para a consecução de objetivo considerado regular e lícito, em desacordo, portanto, com o princípio da livre concorrência consagrado no art. 170, IV, e parágrafo único, da CF. Vencidos os Ministros Mauricio Godinho Delgado, Kátia Magalhães Arruda, Maria de Assis Calsing e Fernando Eizo Ono. TST-RO-121-39.2014.5.10.0000, SDC, rel. Min. Mauricio Godinho Delgado, red. p/ acórdão Min. Dora Maria da Costa, 12.3.2018 (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Informativo nº 174)

No entanto, em junho de 2018, três meses após a decisão supracitada, o próprio Tribunal Superior do Trabalho, por meio do Informativo nº 180, entendeu por ser válida pactuação em instrumento coletivo de cláusula que veda a terceirização de atividade-fim, haja vista a autonomia do instrumento coletivo e a não precarização das relações de trabalho, aplicando-se ainda o princípio da adequação setorial, *in verbis*:

Ação anulatória. Cláusula convencional que proíbe os condomínios de contratarem empregados terceirizados. Validade. Princípio da adequação setorial negociada.

São válidas cláusulas de termo aditivo de convenção coletiva de trabalho que proíbem aos condomínios residenciais e comerciais a contratação de mão de obra terceirizada para a execução de serviços definidos pelas partes como atividade fim (zelador, garagista, porteiro, trabalhador de serviços gerais e faxineiro). Na espécie, registrou-se que as normas firmadas pelos convenentes apenas vedam a utilização de empresas interpostas nos serviços de limpeza, portaria, etc, sem adentrar na questão da validade ou não da terceirização das referidas atividades. Ademais, pelo princípio da

adequação setorial negociada, as normas autônomas, oriundas de negociações entre as categorias profissional e patronal, prevalecem sobre as regras estatais de proteção ao trabalho, desde que não avancem sobre direitos de indisponibilidade absoluta. De outra sorte, não há falar em ofensa ao princípio constitucional da livre iniciativa, pois a opção dos convenientes tem aplicação restrita às categorias representadas, sem imposição direta a terceiros. Sob esses fundamentos, a SDC, por maioria, conheceu dos recursos ordinários e, no mérito, negou-lhes provimento para manter a decisão do Tribunal Regional que julgara improcedente a ação anulatória. Vencidos os Ministros Emmanoel Pereira, Aloysio Corrêa da Veiga, Ives Gandra Martins Filho e Dora Maria da Costa. TST-RO-332-46.2012.5.10.0000, SDC, rel. Min. Kátia Magalhães Arruda, 11.6.2018. (BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Informativo nº 180)

Nota-se que o tema não possui entendimento pacificado, havendo argumentos para fundamentar as duas teses. No entanto, percebe-se a fragilidade do argumento que fundamenta a declaração de nulidade da cláusula.

Como já citado, tal nulidade é pautada pelo desacordo com o princípio da livre concorrência, implicando que a situação prevista prejudica o acesso ao trabalho pelos eventuais empregados, minando as oportunidades.

Todavia, a restrição não prejudica as oportunidades ou as relações, mas sim garantem a relação bilateral entre empregado e empregador, retirando a figura do tomador do serviço, visando a não precarização da mão-de-obra.

Acerca da temática, dispõe Mauricio Godinho Delgado:

Para a Constituição, em consequência, a terceirização sem peias, sem limites, não é compatível com a ordem jurídica brasileira. As fronteiras encontradas pela experiência jurisprudencial cuidadosa e equilibrada para a prática empresarial terceirizante, mantendo esse processo disruptivo dentro de situações manifestamente delimitadas, atende, desse modo, o piso intransponível do comando normativo constitucional. (DELGADO, 2014, p. 463)

Ainda corroborando com a precarização da mão-de-obra através da terceirização, entende o doutrinador Grijlabo Coutinho:

Ora, a terceirização dilapida conquistas sociais previstas em diplomas jurídicos nacionais e internacionais, sendo responsável pelo aumento

dos índices de trabalho escravo contemporâneo, mortes e mutilações relacionadas ao trabalho. Trata-se de veículo empresarial hoje utilizado com maior ênfase para liquidar ou mitigar Direitos Humanos da classe trabalhadora. Verifica-se, pois, a sua incompatibilidade com o princípio da proibição do retrocesso social inerente ao Direito do Trabalho, incorporado de maneira expressa ao ordenamento jurídico nacional (CRFG, art. 7^a) e internacional. (COUTINHO, 2015, p. 233)

A flexibilização das leis laborais através de instrumento coletivo não serve apenas para beneficiar as empresas ou sindicatos patronais, mas também os assistidos por determinada categoria profissional.

A edição de cláusula neste sentido garante aos trabalhadores a relação direta bilateral com a empresa, seguindo assim os ditames dos princípios da proteção e da continuidade das relações de emprego, evitando ainda o enfraquecimento da representação sindical.

Os juristas Cristiano Paixão e Ricardo Lourenço Filho (2014) destacam que com a terceirização, criou um obstáculo para identificar e atrair os trabalhadores de categoria sujeitos a mudanças de tomadoras de serviço, haja vista a ausência de condições fundamentais para o agir coletivo, como a igualdade de lutas, reivindicações, perspectivas, interesses.

O princípio da proteção é a base das relações de emprego. A terceirização de atividade-fim visa exclusivamente o lucro, desconstruindo as relações de emprego e precarizando a mão-de-obra, de modo a remunerar menos os colaboradores a fim de auferir maiores rendimentos.

Ao final, os empregados tornam-se descartáveis, tornando o trabalho uma mera mercadoria, em dissonância com a Declaração de Filadélfia da Organização Internacional do Trabalho de 1946.

Conclui-se que, conforme os preceitos legais acerca do negociado prevalecendo sobre o legislado, não há que se falar em nulidade de cláusula de restrição de terceirização, em especial de atividade finalística da empresa, haja vista que a disposição não fere qualquer princípio constitucional, bem como não se encontra presente na cláusula de barreira do artigo 611-B da CLT.

6. CONCLUSÃO

É possível observar que desde o fim da segunda guerra mundial, a terceirização tornou-se fundamental para fomentar a economia e reconstruir os estados afetados pela guerra, incluindo o Brasil.

Durante muito tempo, o Brasil não possuía uma legislação para tratar sobre o tema, embora rotineiro durante o dia-a-dia, ficando a cargo do Tribunal Superior do Trabalho, por meio da Súmula nº 331, regulamentar e limitar a matéria.

No entanto, o ano de 2017 foi fundamental para regularização da terceirização no país, com o advento das Leis nº 13.429 e nº 13.467, trazendo expressamente as regulamentações e limitações do tema, sendo a principal delas a possibilidade de terceirização de atividade-fim das empresas, ou seja, de forma irrestrita, vedada anteriormente pela súmula do Tribunal Superior do Trabalho.

A terceirização irrestrita trouxe insegurança jurídica para as relações laborais, ficando suscetíveis a precarização. A temática foi julgada em repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal, que entendeu pela constitucionalidade da terceirização de atividade-fim, com o fundamento de maior oportunidade de integração ao mercado de trabalho, haja vista o maior número de vagas de emprego.

Além da mudança quanto a mão-de-obra terceirizada, a Lei nº 13.467/2017 inovou no tocante a força dos instrumentos coletivos, prevalecendo sobre os dispositivos legais.

Diante disso, ante a possível precarização das relações de emprego pela terceirização de atividade-fim das empresas, chancelada pelo Supremo Tribunal Federal, os sindicatos representantes dos empregados acharam por bem convencionar em instrumento coletivo, cláusula de vedação de terceirização de mão-de-obra, a fim de garantir o cumprimento dos princípios constitucionais ligados ao trabalho, além da dignidade da pessoa humana.

Conclui-se, a *priori*, pela possibilidade de confecção de cláusula nos termos citados, visto que tal norma não afronta nenhum princípio juslaboral ou constitucional, sendo plenamente possível a estipulação de cláusula nos termos supracitados.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Helder Santos. **Terceirização no serviço público**. São Paulo: LTr, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

_____. **Lei nº 6.019, de 03 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm>. Acesso em: 4 jun. 2021.

_____. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de

serviços a terceiros. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13429-31-marco-2017-784561_publicacaooriginal-152293-pl.html>. Acesso em: 4 jun. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943.** Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 4 jun. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 4 jun. 2021.

_____. **Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970.** Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5645.htm>. Acesso em: 4 jun. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **Recurso Extraordinário 958252/MG.** Terceirização de serviços para a consecução da atividade-fim da empresa. Relator: Min. Luiz Fux, 16 de agosto de 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4952236&numeroProcesso=958252&classeProcesso=RE&numeroTema=725>>. Acesso em: 4 jun. 2021.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 331.** Contrato De Prestação De Serviços. Legalidade. Diário da Justiça: Brasília, DF, 31 mai. 2011.

CALCINI, Ricardo Souza. A Prevalência do Negociado sobre o Legislativo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, n. 51, 2017.

CASSAR, Vólia Bonfim. Flexibilização por norma coletiva e prevalência do negociado sobre o legislativo. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região**, Rio de Janeiro, 2017.

CASTRO, Rubens Ferreira de. **A Terceirização no Direito do Trabalho.** São Paulo: Malheiros, 2000.

CORREIA, Henrique. MIESSA, Élisson. **Manual da Reforma Trabalhista:** O que mudou? 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes. **Terceirização:** Máquina de moer gente trabalhadora. São Paulo: Ltr, 2015.

CRUZ, Luiz Guilherme Ribeiro da. A terceirização trabalhista no Brasil: aspectos gerais de uma flexibilização sem limite. **Revista do CAAP**, Minas Gerais, p. 319-343, 1º semestre, 2009.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A inconstitucionalidade da terceirização na atividade-fim das empresas. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 80, n. 3, p. 75-89, jul. / set. 2014

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 13. ed. São Paulo: LTr, 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

HUBERMAN, L. **História da riqueza do homem**. 22ª ed. revisada. Rio de Janeiro: LTC, 2010.

LEITE, Mônica Hélia Lira Andrade. A Prevalência do Negociado sobre o Legislativo: Os Limites da Flexibilização da Jornada de Trabalho no Direito do Trabalho e a Incidência do Princípio do Não Retrocesso Social. **Revista TST**, São Paulo, p. 211-230, vol. 84, n. 1, jan/mar, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. **Terceirização no direito do trabalho**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PAIXÃO, Cristiano; FILHO, Ricardo Lourenço. Impactos da Terceirização no Mundo do Trabalho: Tempo, Espaço e Subjetividade. **Revista do TST**, Brasília, v. 80, n. 3, p. 75-89, jul. / set. 2014

REIS, Fabiane Nogueira. Terceirização e Reforma Trabalhista: Possibilidade de Cláusula de Instrumento Coletivo Restringir a Terceirização. **Rev. Trib. Reg. Trab. 3ª Reg.**, Belo Horizonte, v. 65, n. 99, p. 191-226, jan./jun. 2019.

OIT. **Declaração de Filadelfia**, 1944. Disponível em: <<https://www.dgert.gov.pt/declaracao-defiladelfia>>. Acesso em: 4 jun. 2021.

THOLL, Susan. **Terceirização**: Da Origem e a Aplicação no Âmbito da Administração Pública. 2004. Monografia (Especialização em Gestão Empresarial). Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2004.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS FORNECEDORES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO.

CHLEBER REVOREDO:
Graduando do Curso de
Direito do Centro
Universitário FAMETRO

RESUMO: O presente artigo discorre sob a luz da Responsabilidade civil dos fornecedores, nas relações de consumo, perante a responsabilidade dos fornecedores por meio de plataformas digitais de *e-commerce*. O Código de Defesa do Consumidor, apresentando-se como meios de garantir a reparação dos prejuízos causados ao consumidor. O objetivo é discorrer como base a relações de consumo, correlacionando-a ao modo de vida contemporâneo, analisando a proteção aos consumidores contra essa prática. É importante destacar que, foi adotada uma metodologia de revisão de literatura sobre matérias atinentes à temática proposta, focando-se em obras jurídicas que defendessem uma faceta acusatória e garantista dos direitos do consumidor. Dentro de um método científico que consiste no conjunto de procedimentos intelectuais e técnicas adotadas para se atingir o conhecimento. Todavia, ao mesmo tempo em que confere poderes, o ordenamento jurídico impõe, de outro lado, deveres específicos na intermediação dos negócios jurídicos e nas relações de consumo, e que tem muito a contribuir para proteção dos consumidores, em relação a esse fenômeno, que tem crescido a descartabilidade dos produtos adquiridos pelos consumidores.

Palavras-chave: *E-commerce*. Responsabilidade Civil. Consumidor.

ABSTRACT: This article discusses the civil liability of suppliers, in consumer relations, before the liability of suppliers through digital *e-commerce* platforms. The Consumer Defense Code, presenting itself as a means of guaranteeing the repair of damages caused to the consumer. The objective is to discuss consumer relations as a basis, correlating it to the contemporary way of life, analyzing the protection of consumers against this practice. It is important to highlight that a literature review methodology was adopted on matters pertaining to the proposed theme, focusing on legal works that defend an accusatory and guaranteeing facet of consumer rights. Within a scientific method that consists of the set of intellectual procedures and techniques adopted to achieve knowledge. However, at the same time that it grants powers, the legal system imposes, on the other hand, specific duties in the intermediation of legal transactions and consumer relations, and which has much to contribute to the protection of consumers, in relation to this phenomenon, which the disposability of products purchased by consumers has grown.

Keywords: *E-commerce*. Civil responsibility. Consumer.

INTRODUÇÃO

A relevância do trabalho reside em esclarecer os direitos dos consumidores e especialmente a rapidez com que os produtos se tornam atrasados e necessitam serem substituídos a uma percepção que cada vez mais é notada pelas pessoas, já que, o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro, tem a função principal de garantir o equilíbrio entre as partes integrantes das relações de consumo.

Determinadas atividades econômicas têm grande impacto social, seja ao proporcionar o desenvolvimento econômico da sociedade, seja por envolver aspectos essenciais relacionados à vida e à saúde da população.

Por acumularem tais atributos, foi posto que a prestação de tais serviços à sociedade não se daria em regime de liberdade empresarial plena e irrestrita, guiada pela livre iniciativa em ambiente de mercado, com as partes estabelecendo livremente as condições em que os serviços seriam ofertados.

O desempenho do poder público sobre os prestadores de serviços públicos repetidamente visa garantir condições para que a oferta seja feita de forma ampla, promovendo o acesso do maior número possível de pessoas a esses serviços. Perante esses aspectos, o *e-commerce* nasceu como uma forma de melhorias, bem como para os consumidores deslumbrados pelas facilidades e comodidades do *e-commerce*, quanto para os fornecedores; pois para estes, muito entenda a potencialidade de atingir uma gama maior de consumidores.

Para mais perfeita compreensão, o artigo baseia-se em materiais encontrados principalmente em doutrina, jurisprudência, legislação e complementares como sites jurídicos. O estudo desses entendimentos visa demonstrar como este tipo de dano deve ser reparado ao consumidor.

Portanto, por meio deste estudo, visa-se alertar aos consumidores a observância do direito básico a informações claras, apropriadas e precisas, com isso aborda do serviço a ser contratado. É importante destacar que a garantia ao consumidor uma tomada de decisão mais acertada, na medida em que possibilita uma fonte de acesso direta a informações sobre o serviço contratado, bem como garantir a proteção do consumidor contra práticas abusivas ou ilegais possivelmente presentes na prestação do serviço.

Partimos da hipótese de que há prejuízo aos indivíduos em seu aspecto econômico e financeiro, e há prejuízo à sociedade quando à utilização dos recursos naturais para a produção de novos bens sem o adequado exaurimento do uso dos bens produzidos anteriormente que em tese ainda são matéria prima.

Diante deste contexto o desenvolvimento do comércio se entrelaça com o desenvolvimento da própria sociedade. Todavia não se pode traçar um marco teórico do início das práticas comerciais desde os primórdios da humanidade.

É de fundamental importância destacar que o CDC é um ordenamento jurídico, um conjunto de normas que visam a proteção e defesa aos direitos do consumidor, do mesmo modo como disciplinar as relações de consumo entre fornecedores e consumidores finais e as responsabilidades que têm esses fornecedores.

1 BREVE CONCEITO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A aceleração com que os produtos se tornam obsoletos e precisam serem substituídos é uma percepção que cada vez mais é registrada pelas pessoas. Desse fenômeno dois aspectos se destacam, um no campo do direito do consumidor, uma vez que essa substituição constante causa prejuízos aos consumidores especialmente os mais pobres, e outro no campo da proteção ao meio ambiente em razão do descarte dos produtos e de existência de elementos altamente contaminantes nesses resíduos sólidos.

O CDC determina que, independentemente da garantia oferecida pelo fornecedor (conhecida como “garantia de fábrica”), os produtos e serviços devem ser adequados aos fins que se destinam, devem funcionar bem, atender às justas expectativas do consumidor. A garantia estipulada diretamente pela lei (art. 18) não pode ser afastada nem diminuída pelo fornecedor (NEVES, 2016).

É de fundamental importância investigar como o Estado Brasileiro está protegendo os consumidores e o meio ambiente em relação a esse fenômeno que tem aumentado a descartabilidade dos produtos adquiridos pelos consumidores.

Muito antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, os riscos do consumo corriam por conta do consumidor. Falava-se até na aventura do consumo, porque consumir em muitos casos era realmente uma aventura.

Diante disso o fornecedor se limitava a fazer a chamada oferta inocente, e o consumidor, se quisesse assumisse os riscos dos produtos consumidos. Não havia legislação eficiente para proteger os consumidores contra os riscos do consumo (GARCIA, 2017).

Baseado na colocação de Sanseverino (2012, p. 36) diz que:

O Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 2º e 3º e parágrafos, apresentou os principais conceitos que regem a relação de consumo. Consoante o artigo 2º da Lei nº 8.090/90 (CDC) consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço

como destinatário final, ou seja, é qualquer pessoa que compra um produto ou que contrata um serviço, para satisfazer suas necessidades pessoais ou familiares.

Os vícios referem-se tanto a produtos (art. 18 e 19) quanto a serviços (art. 20). A sua noção é ampla. Além da ideia de adequada funcionalidade, a lei deixa bem claro que o vício pode decorrer de disparidade, com as indicações constantes da oferta e da mensagem publicitária (art. 18 e 20) (TARTUCE, 2014).

Diante disso quando o fornecedor veicular publicidade enganosa ou abusiva, os danos causados ao mercado de consumo são evidentes e, em que pese a impossibilidade concreta de desfazer tais prejuízos, será possível minorá-los por meio da contrapropaganda, isto é, da veiculação de nova mensagem publicitária, mas, desta vez, escoimada dos vícios da enganabilidade ou da abusividade.

Partimos da hipótese de que há prejuízo aos indivíduos em seu aspecto econômico e financeiro, e há prejuízo à sociedade quando à utilização dos recursos naturais para a produção de novos bens sem o adequado exaurimento do uso dos bens produzidos anteriormente que em tese ainda são servíveis.

Em regra, sempre que um indivíduo causar um dano, ele deve responder por seus atos. Consoante o artigo 927 do Código Civil Brasileiro, aquele que por ato ilícito causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo (BARROS, 2018).

Segundo Khouri (2013, p. 170) Para a implementação da defesa do consumidor se faz a criação de um conjunto de normas para regê-la. Destarte, o artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor trata acerca da Política Nacional das Relações de Consumo, com vistas a atender às necessidades dos consumidores, respeitando a saúde, dignidade, segurança, proteção dos interesses econômicos, melhoria da qualidade de vida, visando a transparência e harmonia das relações de consumo

Assim sendo Khouri (2013, p. 172) enfatiza que:

Ao atribuir à responsabilidade civil uma função essencialmente reparadora, a doutrina, invariavelmente, tem como ponto de partida a perspectiva do lesado. Evidente que, para o lesado, se o dano é material, o que interessa é ser reintegrado patrimonialmente à situação anterior. Se assim não fosse, estaria-se empobrecendo injustificadamente. Não é justo que ele suporte o prejuízo de um dano a que não deu causa; pelo contrário, foi provocado injustificadamente por outrem e é este que tem o dever de reparar o dano injusto a que deu causa. Entretanto, parece-me que a questão da responsabilidade

civil tem de ser avaliada também na perspectiva do lesante. É desta perspectiva, de alguém que terá que se desfazer de seu patrimônio (na forma de um pagamento em dinheiro) para entregá-lo a outrem, que sobressai a função punitiva da responsabilidade civil.

Diante da possibilidade de a obsolescência programada estar prejudicando os consumidores, o meio ambiente e por consequência a economia sustentável, o Código de Defesa do Consumidor estipula a responsabilidade objetiva do fornecedor (art. 14), desconsiderando o elemento culpa (NEVES, 2016).

Simplificando, pode-se afirmar que o produto é considerado impróprio ao consumo quando, por qualquer motivo, se revele inadequado. Nesse caso, pode o consumidor, a sua escolha, exigir o reparo, a substituição do produto por outro, em perfeitas condições de uso, o acabamento proporcional do preço, em razão de eventual diminuição do valor da coisa decorrente do defeito, além de indenização por perdas e danos.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CDC) é um ordenamento jurídico, um conjunto de normas que visam a proteção e defesa aos direitos do consumidor, assim como disciplinar as relações de consumo entre fornecedores e consumidores finais e as responsabilidades que tem esses fornecedores (fabricante de produtos ou o prestador de serviços) com o consumidor final, estabelecendo padrões de conduta, prazos e penalidades (FILOMENO, 2013).

Com o advento dos navegadores de internet (browsers) como o Internet Explorer, Netscape, Mozilla Firefox, fora a criação de redes sociais, blogs, chats e outros ocorreu a popularização e rápida expansão das relações de consumo na internet.

2. DESENVOLVIMENTO DA INTERNET NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

O desenvolvimento dos meios de produção e distribuição de produtos e serviços atualmente só alcançou os níveis ressaltados, todavia graças à atuação da chamada indústria da comunicação. Segundo (BARROS, 2018, p. 36) destaca que especialmente a partir do pós segunda-guerra mundial, as afinidades entre fornecedores e consumidores aconteceram a ser cada vez menos diretas e pessoais ou ajustadas pela simples necessidade de se adquirir um produto ou serviço.

Em contrapartida, essa relação passa cada vez mais a ser intermediada pelas mensagens veiculadas nos diversos suportes de mídia: em um primeiro momento massivamente em rádio e TV e cada vez mais nas mídias sociais e redes de compartilhamento de informações online.

Baseado na colocação de Garcia (2017, p. 27) destaca que são três os elementos que caracterizam o consumidor e que permitem identificar as situações em que as relações de consumo serão abrangidas pela legislação consumerista:

O primeiro deles é o subjetivo, (pessoa física ou jurídica), o segundo é o objetivo (aquisição ou utilização de produtos ou serviços) e o terceiro e último é o teleológico (a finalidade pretendida com a aquisição de produto ou serviço) caracterizado pela expressão destinatário final. Interessante observar que não é consumidor apenas quem adquire, mas também quem utiliza (por exemplo, um familiar do adquirente ou quem ganhou de presente um produto). Fica caracterizado o consumidor quando estão conjugados esses três elementos subjetivo, objetivo e teleológico. A definição legal de consumidor foi estabelecida na Lei 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), no art. 2º, quanto ao caráter subjetivo abrange tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo

Absurdamente, na presente sociedade de consumo os mercados são cada vez mais embasados e direcionados e menos rotulados, no sentido de que a relação direta entre fornecedor e consumidor atualmente é inclusive aniquilada no caso do crescente uso dos meios eletrônicos para a contratação de produtos ou serviços.

Outra colocação importante de Benjamin (2018, p. 57) que estabelece no CDC em seu artigo 3º, de modo bastante comum e propositadamente amplo, que fornecedor é “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como entes despersonalizados, que desempenham atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Basicamente, esta classificação de atividades mencionadas na lei é, segundo a doutrina, facilmente um exemplo do que pode improvisar o fornecedor para “colocar o produto ou serviço em circulação no mercado”. Nesse contexto o fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento

pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos (BENJAMIN, 2018).

Como citado no CDC, tanto uma empresa brasileira ou estrangeira quanto uma pessoa física que se empenhe para disponibilizar produto ou serviço no mercado são tratadas como fornecedoras.

Baseado na colocação de Bessa (2014, p. 111) enfatiza que:

A publicidade, na sociedade de massa, dissemina, portanto, não apenas informações sobre os produtos, mas busca convencer os consumidores da imprescindibilidade, conveniência ou importância de se adquirir certos bens. Com isso, difunde também valores e noções sobre estilos de vida e padrões do que pode ser considerado normal, esperado, interessante ou mesmo desejável. Para ser bem-sucedida, a mensagem deve dialogar ou repetir, em alguma medida, valores e sentimentos dos indivíduos de determinada sociedade. Nesse sentido, e como veremos mais a frente, discutir publicidade implica discutir também, em alguma medida, valores, o que torna o tema bastante controvertido e objeto de acaloradas discussões. Há certa discussão na doutrina para estabelecer em que termos uma pessoa física é considerada fornecedora ou não, a depender da habitualidade (ou frequência) com que exerce a atividade: se uma pessoa prepara em sua casa um tabuleiro de doces e, junto a seus colegas de classe ou serviço, vende-os para complementar sua renda apenas uma vez, ela não será considerada fornecedora.

Deve-se considerar que o fornecedor não precisa necessariamente auferir lucro de sua atividade, mas apenas receber uma remuneração direta ou indireta pelo produto ou serviço colocado em circulação.

Portanto, não implica a forma de constituição da empresa seja ela uma pequena ou grande empresa, uma Sociedade Anônima, uma Associação sem fins lucrativos, desde que desempenhe a atividade descrita no artigo.

Baseado na colocação de Tellechea (2021, p.15) diz que:

A complexidade do sistema do CDC inicia justamente pela definição do sujeito a proteger, o consumidor, que não é definido em apenas um artigo, mas em quatro dispositivos diferentes, como veremos (art. 2º, caput e parágrafo único, art. 17 e art. 29 do CDC) e não é definido apenas sobre a ótica individual, como sujeito de direitos individuais,

mas também sob a ótica meta ou transindividual ou de grupo. Conhecemos então interesses dos consumidores vistos sob a ótica coletiva, sejam interesses individuais homogêneos, sejam interesses coletivos, e como interesses difusos.

Entretanto, evade ao alcance da informação das pessoas de que há avaria às pessoas em seu aspecto econômico e financeiro, e há prejuízo à sociedade quando à emprego dos recursos naturais para a produção de novos bens sem o apropriado enfraquecimento do uso dos bens produzidos anteriormente que em tese ainda são servíveis.

De tal modo, é natural que tenha a dúvida da existência do instrumento programado. Nesse sentido, A publicidade pode ser entendida como o instrumento pelo qual o fornecedor faz com que seu produto ou serviço seja conhecido pela coletividade. Mas, em verdade, é muito mais do que isso. A publicidade, na atual sociedade de consumo de massa estimula não apenas o interesse dos consumidores acerca de determinados bens, como também induz ao seu consumo (GARCIA, 2017).

O Código de defesa do Consumidor em seu artigo 2º define a pessoa do consumidor, como toda pessoa jurídica ou física que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Assim de acordo com (MELO, 2018, p. 18) em relação ao direito ambiental, a responsabilidade civil ambiental dos fornecedores de produtos existe, uma vez que nesse ramo do direito o princípio da prevenção e o princípio da precaução são aplicáveis, o primeiro para o caso de dano conhecido e provado, o segundo para o caso de dano provável, ou seja, dano em ato ou em potência, aplica-se ainda o princípio do poluidor pagador para o caso de danos ambientais em ato.

Logo, está claro que existe a obsolescência programada em ato e não apenas em potência e é urgente a necessidade de proteção do meio ambiente e dos consumidores contra essa prática.

Outra colocação importante é a de Tellechea (2021, p. 16) a obsolescência programada pode parecer algo que beira a ficção científica ou até ter aparência de discurso típico das teorias de conspiração desprovidas de nexos com a realidade, já que diante da realidade complexa, especialmente da tecnologia em constante renovação, notoriamente, os consumidores são hipossuficientes técnicos e assim têm dificuldades para compreender o que há por trás de uma tela de telefone celular ou de um moderno televisor.

Bem como, foge ao alcance do conhecimento das pessoas os conceitos sobre infraestrutura lógica dos algoritmos de programação que fazem os atuais eletroeletrônicos e eletrodomésticos funcionarem melhor ou pior.

O direito à igualdade realça a importância do sinalagma nas relações de consumo, na moderna concepção da responsabilidade civil dos contratos. Nesse contexto, assumem a lei e os seus intérpretes papel de relevo no novo fenômeno da contratação, zeladores que são do equilíbrio e da harmonia nas relações de consumo, e da fidelidade que devem aos princípios da equidade e da boa-fé.

Não se pode mais tolerar a submissão da vontade do consumidor à do fornecedor, ao argumento, hoje despropositado, do *pacta sunt servanda*.

Diante disso as partes estiverem de acordo e desejarem se submeter a regras estabelecidas por elas próprias, o contrato obriga seu cumprimento como se fosse lei.

2.1 Responsabilidade Civil dos Contratos no Código de Defesa do Consumidor

A responsabilidade civil coloca-se na quebra do equilíbrio patrimonial provocado por um dano, ou seja, é como um dever, ante a inobservância de uma das partes que colocam um contrato, ante a acontecimento de dano para outrem, trazendo o patrimônio agredido ao estado inicial ou de se indenizar a dor sofrida injustamente.

É relevante instrumento de defesa dos interesses do consumidor, pois, muitas vezes a satisfação do direito do consumidor só é possível em virtude da existência de pluralidade de responsáveis, principalmente quando o comerciante encerra suas atividades e desaparece da noite para o dia sem deixar qualquer patrimônio para responder pelas suas dívidas (ALMEIDA, 2019).

Depois do contentamento do direito do consumidor, podem os fornecedores, entre si, debaterem quem, ao final, irá ostentar, de modo individual ou concorrente, com o valor gasto.

Partindo-se desse princípio, assinala como fato centralizador da responsabilidade o próprio agente causador do dano, até porque a culpa é o fundamento da responsabilidade civil subjetiva.

Baseado na colocação Cavalieri (2012, p. 28) enfatiza que:

A responsabilidade civil leva em conta, primordialmente, o dano, o prejuízo, o desequilíbrio patrimonial, embora em sede de dano exclusivamente moral, o que se tem em mira é a dor psíquica ou o desconforto comportamental da vítima. No entanto, é básico que, se houver prejuízo a ser ressarcido, não temos por que falar em responsabilidade civil: simplesmente não há por que responder. A responsabilidade civil pressupõe um equilíbrio entre dois patrimônios que deve ser restabelecido.

Com o advento das grandes marcas e dos produtos regulados transformou intensamente a relação do consumidor com o varejista, este perdendo as funções que até então lhe estavam reservadas: daí em diante, não é mais no vendedor que se fia o consumidor, mas na marca, sendo a garantia e a qualidade dos produtos transferidos para o fabricante.

Dependendo da perspectiva em que é analisada, a responsabilidade civil pode se apresentar sob diferentes subespécies. São elas: a responsabilidade contratual e extracontratual, a responsabilidade subjetiva e objetiva e a responsabilidade nas relações de consumo (SANSEVERINO, 2012).

A responsabilidade contratual, também chamada de ilícito contratual ou relativo ocorre quando preexiste um vínculo obrigacional, e o dever de indenizar é consequência do inadimplemento.

Segundo Tartuce (2014, p. 94) coloca que:

A responsabilidade extracontratual, também chamada de ilícito aquiliano ou absoluto, ocorre se o dever surge em virtude de lesão a direito subjetivo, sem que entre o ofensor e a vítima preexistam qualquer relação jurídica que o possibilite. Partindo critério da vida útil dos produtos e dos serviços, que alarga substancialmente os prazos para reclamar de produtos com vício oculto, cabe destacar outra vantagem conferida pelo Código de Defesa do Consumidor: a possibilidade de se obstar o prazo decadencial. Os prazos de 30 e 90 dias podem, em razão de alguns fatos, deixar de correr, beneficiando o consumidor. São duas hipóteses:

- 1) reclamação do consumidor;
- 2) instauração de inquérito civil.

A propósito, o § 2º do artigo 26 estabelece que “obstam a decadência”:

I – a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor perante o fornecedor de produtos e serviços até a resposta negativa correspondente, que deve ser transmitida de forma inequívoca;

II – (Vetado):

III – a instauração de inquérito civil, até seu encerramento.

A reclamação, referida no inciso I, pode ser apresentada pelos mais diversos meios: por escrito, mensagem eletrônica (Internet), telefone etc. É importante, entretanto, que o consumidor tenha como indicar posteriormente a realização da reclamação, seja com aviso de recebimento (AR), cópia da mensagem enviada pela internet.

Rompendo a antiga relação mercantil dominada pelo comerciante, e pela sociedade de consumo transformou o cliente tradicional em consumidor moderno, em consumidor de marcas a ser educado e seduzido especialmente pela publicidade.

Com a tripla invenção da marca, do acondicionamento e da publicidade, apareceu o consumidor dos tempos modernos, comprando o produto sem a intermediação obrigatória do comerciante, julgando os produtos a partir de seu nome mais que a partir de sua composição, comprando uma assinatura no lugar de uma coisa (BESSA, 2014).

A responsabilidade contratual envolve a aplicação de sanção às violações de convenções havidas em sede de relações privadas, emanadas das partes que a elas se tornam submissas. Já a extraconjugal é bem mais abrangente, sujeitando à sanção todos os que descumprirem dever estabelecido pela legislação ou norteados por preceito geral de Direito (MARQUES, 2016).

A teoria objetiva se despe destes requisitos e abarca a necessidade de se impor a alguém a obrigação de prestar indenização por fato relacionado à atividade ou ao ato do exercido, já que havia ciência da possibilidade de eventual dano.

A responsabilidade subjetiva se inspira na ideia de culpa e a objetiva esteia-se na teoria do risco. A teoria subjetiva pressupõe a culpa, seja pela capacidade de o agente evitar o fato danoso, seja pela intenção, o dolo, de lesar o direito alheio (KHOURI, 2013).

Também é possível, embora o tema seja polêmico, considerar que a reclamação contra o fornecedor, formulada diretamente no PROCON, seja suficiente para obstar o prazo de decadência, pois o órgão de defesa do consumidor, na hipótese, figura como intermediário entre o consumidor e o fornecedor.

Embora menos frequente, é possível que prazo decadencial seja obstado pela instauração de inquérito civil (art. 26, parágrafo 2º, III). Cuida-se de procedimento administrativo e investigatório utilizado pelo Ministério Público para apurar lesão a direitos coletivos, permitindo posterior ajuizamento de ação coletiva (MARQUES, 2016).

A posição jurisprudencial no Brasil em relação as regras é a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.

3. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL NO BRASIL EM RELAÇÃO A REGRAS E EFEITOS DA OFERTA DE PRODUTOS E SERVIÇOS

A oferta é a forma pela qual o fornecedor procura despertar o interesse das pessoas, oferecendo qualidades e condições do produto ou serviço que possam atrair o consumidor. No entanto, nem sempre estas informações são claras, suficientes ou fidedignas. Bem-informado, o consumidor pode analisar melhor as condições de cada contrato, as características de cada produto e decidir o que mais se ajusta às suas necessidades ou desejos.

Baseado na colocação de Tellechea (2021, p. 17) enfatiza que:

O mais próximo disso é a definição do inciso XXI do art. 13 do Decreto nº 2.181/1997 que considera “prática infrativa” do fornecedor a não oferta de componentes e peças de reposição durante o período em que fornecer os produtos ao mercado de consumo e após cessado o fornecimento pelo período de vida útil do bem. No plano legal, o que há é o Projeto de Lei nº 2833/2019 que busca adicionar inciso ao art. 39 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, Código de Defesa do Consumidor para vedar a obsolescência programada. Nesse sentido, a intenção do projeto de lei é introduzir a obsolescência programada como prática comercial abusiva contra o consumidor. Nesse referido projeto de lei, há a definição de obsolescência programada como “prática abusiva a redução artificial da durabilidade dos produtos ou do ciclo de vida de seus componentes, com o objetivo de torná-los obsoletos antes do prazo estimado de vida útil”. Nesse sentido, observa-se que o mens legislatoris é no sentido de fixar como prática abusiva a redução proposital e voluntária da durabilidade dos bens tomando como base o critério vida útil.

O atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito a sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

Diante disso (MELO, 2018, p. 105) coloca que “em forçosa exegese, buscando a completude do ordenamento jurídico é possível a utilização heteróloga das definições da Instrução Normativa RFB nº 1700, de 14 de março de 2017, da Receita Federal do Brasil, que define em tabela extensa a vida útil de bens para fins de tributação, já que no Anexo III, a referida instrução normativa apresenta as “TAXAS ANUAIS DE DEPRECIÇÃO”.

Avaliando que a oferta é um formidável momento da fase pré-contratual e principalmente decisivo, no alcance em que as informações neste contexto apresentadas podem ser categóricas para a formação volitiva o Código de Defesa do Consumidor oferece parâmetros formidáveis para garantir que a oferta seja jurídica.

Baseado na colocação de Marques (2016, p. 158) coloca que:

O CDC baseia-se no princípio da boa-fé e o fornecedor deve atender à legítima expectativa de seu público, adotando a lealdade e a honestidade como parâmetros norteadores de suas condutas. Informado sob estes princípios, o artigo 30 estabelece de modo claro que toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

O dever de informar de forma clara, ostensiva e suficiente é central, portanto, para a garantia do direito fundamental à liberdade de escolha dos consumidores.

Desta forma o comércio eletrônico, para tentar minimizar eventuais prejuízos, poderá ser imposto em face do fornecedor o dever da contrapropaganda, que possui natureza de obrigação de fazer, isto é, de veicular uma nova mensagem publicitária, só que, desta vez, escoimada dos vícios da enganiosidade ou da abusividade.

3.1 O comércio eletrônico que podem causar prejuízos ou desrespeitos aos consumidores

É importante destacar que, são incalculáveis as estratégias e métodos adotados pelas empresas para conseguirem seus objetivos de lucro, aumento de vendas e conquista de cada vez maior clientela deixando de lado o respeito e a proteção do consumidor

Segundo Neves (2016, p. 43) enfatiza que:

A jurisprudência brasileira também não apresenta precedente específico para o caso de obsolescência programada. O fato é constatado por meio de pesquisa no sítio oficial da Rede de Informações Legislativa e Jurídica no domínio governamental <<https://www.lexml.gov.br/>>, realizando-se a pesquisa por jurisprudência com a expressão “obsolescência programada”, os resultados são de zero recorrências. Bem como, não se obtém resultados quanto se realiza pesquisa nos sítios oficiais dos tribunais superiores.

O mais próximo possível da tutela jurisdicional aos consumidores que o Estado Brasileiro propicia é assentando-se nas teses sobre vícios ocultos de difícil constatação.

O CDC busca a harmonização das relações de consumo, o que demanda a garantia de manutenção de equilíbrio entre as partes desiguais. Assim, o ganho do fornecedor deve decorrer de razoável e justificado empenho incorporado no oferecimento regular do produto ou serviço, ficando preservada a liberdade de escolha do consumidor.

Na colocação de (TELLECHEA, 2021 p. 19) os fornecedores aproveitam-se de soluções técnicos e elaborados para atingirem vantagens nem sempre suportáveis pelos consumidores. Sua identificação exige dos órgãos de proteção e defesa do consumidor constante fiscalização e estudo das modificações do mercado "art. 4º, incisos VI e VIII, CDC".

Além disso, o consumidor não tem condições nem experiência suficientes para distinguir se está ou não sendo lesado. O direito que o fornecedor possui de escolher qual será o modo de oferecimento de seus produtos ou serviços no mercado não há de lhe gerar uma vantagem manifestamente excessiva e apoiada na fragilidade do consumidor

CONCLUSÃO

Esta pesquisa foi desenvolvida apresentando uma reflexão sobre o modo de viver do humano contemporâneo imerso em uma sociedade de consumo em que a dependência do mercado é umbilical e até de sobrevivência, uma vez que praticamente tudo que se precisa para viver tem sua obtenção subordinada ao mercado de consumo.

Rompendo a antiga relação mercantil dominada pelo comerciante da sociedade de consumo transformou o cliente tradicional em consumidor moderno, em consumidor de marcas a ser educado e seduzido especialmente pela publicidade.

A reunião destes bens casados não precisa ser só entre produtos ou só entre serviços. O condicionamento ocorre também entre produto e serviço, por exemplo, se uma concessionária só vende um veículo se for contratado com ela (ou outra empresa) um serviço de seguro do bem. Os dois bens são, por natureza, oferecidos individualmente no mercado, o que permitiria ao consumidor pesquisar melhores preços e condições, todavia a venda casada lhe retira tais opções.

Se consideradas as promoções feitas por supermercados, por exemplo, baixando o preço de determinados produtos, interessa aos fornecedores limitar o número de unidades que pode um consumidor adquirir, para atrair o maior número de compradores, pois enquanto existir o estoque do bem, o estabelecimento terá clientela.

Foi concluído que o *e-commerce* programada é um fenômeno que tem causa nas práticas fabris, tecnológicas e comerciais a fim de reduzir a fase de utilização dos produtos disponibilizados ao mercado de consumo para conduzir os consumidores à aquisição de novos produtos, o que acarreta maior onerosidade aos consumidores, maiores impactos ambientais pelo aumento da demanda de matéria-prima e aumento da geração de resíduos sólidos provenientes dos produtos descartados por terem sofrido a substituição por produtos "atualizados", justamente as fases do ciclo de vida do produto que geram maiores pegadas de carbono.

Bem como, foi observado, se um só consumidor levar todos os produtos em promoção, os demais não terão acesso aos bens. Este dilema é superado com o exame, no caso concreto, de justa causa para a limitação. Ademais, deve-se informar previamente o consumidor a respeito das restrições impostas à oferta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, João Batista. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BARROS, Ana Lucia Porto de. **O novo código civil comentado**. – São Paulo: Freitas Bastos Editora, 2018.

BENJAMIN, Antonio Herman V. **Manual de Direito do Consumidor**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**; coordenação de Juliana Pereira da Silva. -- 4. ed. Brasília: Escola Nacional do Consumidor, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10ª ed. rev e ampl. São Paulo: Atlas, 2012.

EVANGELISTA, Marco Antônio da Cunha. **Direito do Consumidor Aprenda de Uma Vez!** Manaus: [s/n], 2009.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor**. 6ª.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do Consumidor Código Comentado e Jurisprudência**. 10 ed.- São Paulo: Juspodivm, 2017.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor, Contratos, Responsabilidade Civil e Defesa do Consumidor em Juízo**. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 5ª. ed. São Paulo: RT, 2016.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral nas Relações de Consumo**. São Paulo: Saraiva, 2018.

NEVES, José Roberto de Castro. **O Código do Consumidor e as Cláusulas Penais**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. **Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a defesa do Fornecedor**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2014.

TELLECHEA, Rodrigo. Parte I - **As origens do comércio, da propriedade e do mercado**: o problema da troca. 2013. Disponível em: <http://www.administradores.com.br/artigos/academico/parte-i-as-origens-do-comercio-da-propriedade-e-do-mercado-o-problema-da-troca/70132/>. Acesso em: 20 de out. de 2021.

MARKETING JURÍDICO DIGITAL E A PUBLICIDADE DO ADVOGADO DENTRO DAS LIMITAÇÕES DA LEGISLAÇÃO VIGENTE: PROVIMENTO 205/2021 E SUAS DISPOSIÇÕES

LARYSSA MENDES SILVA.

Graduanda no curso de Direito, pela universidade de Gurupi – Unirg.

PAULO ISIDIO DA SILVA REZENDE⁹

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho se destribe em discutir de forma breve o marketing jurídico digital observando as limitações advindas do código de ética e disciplina. De forma que, com o aumento do uso das redes sociais, agora não somente para interação pessoal, mas também para demonstrar sobre seu trabalho. Todavia, sabe-se que existem limitações na legislação para o advogado. Assim, estudo se forma através de uma pesquisa bibliográfica, sendo fundamentada através de material já publicado, sem interferência da autora.

Palavras-chave: Marketing Jurídico; Código de Ética e Disciplina; Advogado; OAB.

ABSTRACT: The present work breaks down into a brief discussion of digital legal marketing, observing the limitations arising from the code of ethics and discipline. Therefore, with the increased use of social media, now not only for personal interaction, but also to demonstrate about your work. However, it is known that there are limitations in the legislation for the lawyer. Thus, the study is formed through a bibliographic research, being based on previously published material, without the author's interference.

Keywords: Legal Marketing; Code of Ethics and Discipline; Lawyer; OAB.

Sumário: Introdução. 1. Advocacia 4.0: uma nova interface no mundo jurídico. 2. Legislação Vigente e as disposições sobre publicidade e o marketing. 3. Marketing Jurídico Digital E Sua Aplicação No Plano Real. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A advocacia pode ser dita como uma profissão admirada pela sociedade, principalmente pelos encargos e múnus público advindo da função. O respeito, prestígio

⁹ Professor Universitário na Universidade de Gurupi, Mestrando em Direito Digital.

e a conduta ilibada, fazem parte dos anseios trazidos por aquele que tem o encargo de representar um indivíduo perante o poder judiciário.

Dessa forma, com a era digital e os constantes avanços da tecnologia, os meios de comunicação se tornam cada vez mais desenvolvidos de forma virtual. Hoje, o poder da rede social é capaz de atingir espectadores do outro lado do planeta em tempo real.

Assim, o advogado não precisa somente buscar meios pessoais para conseguir ter clientes, pode também utilizar de métodos interpessoais para poder buscar conquistar pessoas para seu trabalho, afinal esse é o poder que a internet proporciona: alcançar mais pessoas, no conforto de casa, do trabalho ou de qualquer lugar.

Todavia, a legislação que resguarda sobre a advocacia tem restrições severas quando a publicidade e o marketing, tornando limitada em grande parte, visto que a advocacia tem por finalidade não possuir cunho mercantilista. De fato, ainda sim, o ambiente jurídico acompanha o ritmo e as mudanças do mundo.

Portanto, a presente pesquisa debruçada na contextualização bibliográfica tem por finalidade apresentar as limitações do marketing jurídico digital e da publicidade.

2. ADVOCACIA 4.0 : UMA NOVA INTERFACE NO MUNDO JURÍDICO

Os avanços tecnológicos tem crescido cada vez mais não só em outras áreas, mas como também na jurídica. A advocacia vem passando por uma mutação grandiosa no quesito digital. "O Direito tem por objetivo resolver os interesses da sociedade por meio da aplicação da lei. Contudo, diante da globalização associada a tecnologia, mudaram-se alguns hábitos relacionados a maneira como o advogado exerce sua função."(MÁXIMO, 2021, on-line)

Toda essa revolução tecnológica que está impondo grandes modificações comportamentais inovadoras irão com certeza diminuir a importância do conteúdo intelectual do advogado, todavia espera-se que tudo isso ao menos traga uma grande vantagem em termos de rapidez e eficiência, porque se não for exercida com sabedoria irá certamente reduzir o papel do advogado a um simples executor material dos desejos dos seus clientes através das respostas padronizadas emitidas pelos robôs, que são criações da inteligência artificial. (MASSARO, 2019, on-line)

De acordo com Azevedo e Jhan (2019, p. 55) Apud Máximo (2021, on-line) :

O Direito não voltará a ser analógico como foi no passado. A constatação está exigindo dos profissionais novas características para

se adequar à nova realidade. Ao que tudo indica, as novas tecnologias no mundo jurídico vieram para ficar. Sendo assim, enxergar a tecnologia como oportunidade (e não como ameaça) é, a meu ver, uma das características fundamentais do advogado 4.0.

Portanto, o Advogado 4.0 vê a tecnologia e a inteligência artificial como aliadas poderosas em tempos de adversidade e crise do mercado. Por meio da inteligência artificial, tarefas repetitivas são automatizadas, tornando a dinâmica da propaganda menos burocrática. (CONJUR, 2020)

É fundamental que a advocacia 4.0 seja pautada no atendimento às necessidades do cliente, utilizando-se da tecnologia como ferramenta facilitadora destes serviços. [...] Portanto, a inteligência artificial na advocacia possuirá, também, a função de potencializar os resultados obtidos por escritórios de advocacia. Por meio da análise das decisões recorrentes, sobre determinado tema, o advogado poderá direcionar a redação de petições, aumentando o êxito das demandas. (CONJUR, 2020)

Ainda, de acordo com Moreno (2021, on-line):

A advocacia 4.0 traz ganhos significativos tanto para o escritório quanto para os clientes, como: **Aumento da produtividade:** é hora de dizer adeus para os processos burocráticos! Através da automação de processos e do uso da inteligência artificial, o escritório passa a vivenciar um aumento da produtividade dos profissionais em relação às suas tarefas cotidianas. **Otimização do tempo:** os recursos tecnológicos permitem que os profissionais tenham mais ferramentas à sua disposição para analisar cada caso e tomar decisões assertivas. Dessa forma, há economia e otimização significativa do tempo de trabalho. **Redução de custos:** uma vez que as tarefas são bem realizadas e com menos tempo de duração, há também uma redução considerável de custos, tanto para o escritório quanto para o cliente. **Melhora da qualidade dos serviços:** conforme o profissional 4.0 conquista mais conhecimentos acerca de inovações tecnológicas melhor a qualidade do serviço entregue. Assim sendo, o cliente atribui maior valor ao que lhe é ofertado.

Dessa forma, o advogado 4.0 deve ser pró-ativos buscando desenvolver a capacidade de prever problemáticas que podem surgir na nova era digital, sendo os principais desafios relacionados com a expansão das atividades e do âmbito das competências. Visto que, as novas tecnologias são aliadas valiosas para as empresas

definirem estratégias de inovação e modelos de negócio, e têm um impacto decisivo na organização e desempenho destas atividades, pelo que todas estas inovações digitais abrirão novos nichos de mercado neste domínio. (MASSARO, 2019)

Assim, para o alinhamento no meio digital é de suma importância que o advogado tenha a “mente aberta” para acompanhar as novas tecnologias e assim desenvolver-se na advocacia, sem desprezar as imposições da legislação que protege a advocacia.

3. A LEGISLAÇÃO VIGENTE E AS DISPOSIÇÕES SOBRE A PUBLICIDADE E O MARKETING

No art.39 do Código de ética da OAB, dispõe que a publicidade na advocacia tem finalidade meramente informativa, não podendo, portanto, configurar captação de cliente ou mercantilização. De forma que, a captação de cliente é totalmente diferente da publicação informativa, a captação tem justamente essa finalidade mercantil, enquanto a publicação informativa tem por finalidade demonstrar o trabalho é conscientizar as pessoas.

Assim, alinha PADILHA (2021, on-line):

Na captação, o advogado pratica uma abordagem de venda direta tentando persuadir o cliente da necessidade de contratar seus serviços. E é isso que o Código não permite. Em outras palavras, na publicidade informativa para conquistar clientes, o Advogado educa seu público, com artigos relevantes e úteis, falando sobre problemas jurídicos relevantes para as pessoas. Nesse caso, o Advogado se torna uma referência e assim vai conquistando o respeito do público em geral que terá aquele profissional como nome certo se porventura precisarem de algo. (2021, on-line)

No inciso VII, do Art. 2º do Provimento 205/2021, dispõe *in verbis*:

VIII - Captação de clientela: para fins deste provimento, é a utilização de mecanismos de marketing que, de forma ativa, independentemente do resultado obtido, se destinam a angariar clientes pela indução à contratação dos serviços ou estímulo do litígio, sem prejuízo do estabelecido no Código de Ética e Disciplina e regramentos próprios. (OAB, 2021)

Atualmente, a Ordem dos Advogados do Brasil, traz permissão quanto a a publicidade através de materiais informativos. Ainda assim se faz necessário desenvolver um diálogo maior sobre esse alcance, visto que, em um mundo digital, maior meio de chegar até o cliente e através da divulgação do material jurídico. *Em uma era de Instagram,*

Facebook, Youtube, LinkedIn, dentre outras mídias digitais, sobretudo em que o acesso à internet se traduz num meio responsável pela interação das negociações e potencialização de trabalho, aproximação entre clientes. (GONÇALVES, 2019, on-line)

Nessa holística, obsta analisar que, existe uma diferença entre publicidade e o Marketing. Enquanto na publicidade utiliza-se uma vertente de programação de ideias e serviços, no Marketing utiliza-se uma estratégia de envolvimento entre a empresa e o consumidor. Assim, previamente conceitua-se:

A Publicidade: Ela é a ciência da publicização de ideias, ou seja, sua tarefa é tornar públicas as mensagens que alguém deseja passar [...] O Marketing: Já no Marketing, todas as estratégias são voltadas para vendas. Ou seja, o objetivo principal não é a publicização de ideias, mas sim atender melhor às necessidades do cliente para que seus produtos ou serviços sejam bem-sucedidos no mercado. (UNIFOA, 2021, on-line)

Com tais definições e buscando acompanhar as novidades digitais, o provimento 205/2021, já dispõe introdutoriamente, de forma expressa e concisa sobre o marketing jurídico e a publicidade, mais precisamente no Art. 2º, assim, vê-se claramente que existe a possibilidade dos escritórios de advocacia produzirem conteúdo próprio.

Além disso, agora estes podem divulgar esse material mais variadas ferramentas disponíveis no mercado. Assim, os escritórios que desejam investir no marketing digital se sentem muito mais seguros. (ROGAL, 2021, on-line)

Art. 2º Para fins deste provimento devem ser observados os seguintes conceitos:

I - Marketing jurídico: Especialização do marketing destinada aos profissionais da área jurídica, consistente na utilização de estratégias planejadas para alcançar objetivos do exercício da advocacia;

II - Marketing de conteúdos jurídicos: estratégia de marketing que se utiliza da criação e da divulgação de conteúdos jurídicos, disponibilizados por meio de ferramentas de comunicação, voltada para informar o público e para a consolidação profissional do(a) advogado(a) ou escritório de advocacia;

III - Publicidade: meio pelo qual se tornam públicas as informações a respeito de pessoas, ideias, serviços ou produtos, utilizando os meios de comunicação disponíveis, desde que não vedados pelo Código de Ética e Disciplina da Advocacia;

IV - Publicidade profissional: meio utilizado para tornar pública as informações atinentes ao exercício profissional, bem como os dados do perfil da pessoa física ou jurídica inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, utilizando os meios de comunicação disponíveis, desde que não vedados pelo Código de Ética e Disciplina da Advocacia;

V - Publicidade de conteúdos jurídicos: divulgação destinada a levar ao conhecimento do público conteúdos jurídicos;

VI - Publicidade ativa: divulgação capaz de atingir número indeterminado de pessoas, mesmo que elas não tenham buscado informações acerca do anunciante ou dos temas anunciados;

VII - Publicidade passiva: divulgação capaz de atingir somente público certo que tenha buscado informações acerca do anunciante ou dos temas anunciados, bem como por aqueles que concordem previamente com o recebimento do anúncio; [...]. (OAB,2021)

No que tange sobre às ferramentas, como redes sociais entre outros permitidos e trazidos nas disposições pelo novo provimento, pode-se destacar o que é dito no Art. 4º e 5º do Provimento 205/2021, que dispõe:

Art. 4º No marketing de conteúdos jurídicos poderá ser utilizada a publicidade ativa ou passiva, desde que não esteja incutida a mercantilização, a captação de clientela ou o emprego excessivo de recursos financeiros, sendo admitida a utilização de anúncios, pagos ou não, nos meios de comunicação, exceto nos meios vedados pelo art. 40 do Código de Ética e Disciplina e desde que respeitados os limites impostos pelo inciso V do mesmo artigo e pelo Anexo Único deste provimento.

[...]

Art. 5º A publicidade profissional permite a utilização de anúncios, pagos ou não, nos meios de comunicação não vedados pelo art. 40 do Código de Ética e Disciplina. (OAB,2021)

Assim, regularizado o uso pelo profissional jurídico para fazer o uso praticamente completo de todas as ferramentas de marketing digital e publicidade, tais como:

- Criação de Site Institucional com o intuito de receber leads – oportunidades de negócio

- Criação de Campanhas no Google Ads
- Veiculação de conteúdo nas redes sociais e utilização das plataformas de anúncios, como Facebook Ads, Instagram Ads, entre outros
- Uso de E-Mail Marketing
- Criação de conteúdo em Blog Institucional
- Estratégias de SEO – Search Engine Optimization (ROGAL,2021, on-line)

Observa-se então que as restrições que pode-se perceber, são as já pontuadas anteriormente na legislação, que dispõem sobre as práticas de publicidades tradicionais, tais como: outdoors, anúncios em rádio e televisão, mala direta, distribuição de panfletos, entre outros que não correlacionam com uma prática advocatícia sem que transpareça ser mercantilista.

Art. 3º A publicidade profissional deve ter caráter meramente informativo e primar pela discricção e sobriedade, não podendo configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão, sendo vedadas as seguintes condutas:

I - Referência, direta ou indireta, a valores de honorários, forma de pagamento, gratuidade ou descontos e reduções de preços como forma de captação de clientes;

II - divulgação de informações que possam induzir a erro ou causar dano a clientes, a outros(as) advogados(as) ou à sociedade;

III - anúncio de especialidades para as quais não possua título certificado ou notória especialização, nos termos do parágrafo único do art. 3º-A do Estatuto da Advocacia;

IV - utilização de orações ou expressões persuasivas, de auto engrandecimento ou de comparação;

V - distribuição de brindes, cartões de visita, material impresso e digital, apresentações dos serviços ou afins de maneira indiscriminada em locais públicos, presenciais ou virtuais, salvo em eventos de interesse jurídico.

§ 1o Entende-se por publicidade profissional sóbria, discreta e informativa a divulgação que, sem ostentação, torna público o perfil profissional e as informações atinentes ao exercício profissional, conforme estabelecido pelo § 1o, do art. 44, do Código de Ética e Disciplina, sem incitar diretamente ao litígio judicial, administrativo ou à contratação de serviços, sendo vedada a promoção pessoal. (OAB, 2021)

Proíbe também o advogado prometer resultados, ficar comentando sobre as dimensões do escritório: *uso de veículos, hospedagens e bens de consumo como forma de ostentação em seus conteúdos, uso de casos concretos como oferta de atuação em outras causas e o pagamento para aparecer em rankings e premiações de publicações como revistas, por exemplo.* (ROGAL, 2021, on-line)

Art. 6o Fica vedada, na publicidade ativa, qualquer informação relativa às dimensões, qualidades ou estrutura física do escritório, assim como a menção à promessa de resultados ou a utilização de casos concretos para oferta de atuação profissional. Parágrafo único. Fica vedada em qualquer publicidade a ostentação de bens relativos ao exercício ou não da profissão, como uso de veículos, viagens, hospedagens e bens de consumo, bem como a menção à promessa de resultados ou a utilização de casos concretos para oferta de atuação profissional.

[...]

Art. 7o Considerando que é indispensável a preservação do prestígio da advocacia, as normas estabelecidas neste provimento também se aplicam à divulgação de conteúdos que, apesar de não se relacionarem com o exercício da advocacia, possam atingir a reputação da classe à qual o profissional pertence. (OAB, 2021)

Ainda dispõe no Art. 8º do provimento 205/2021:

Art. 8o Não é permitido vincular os serviços advocatícios com outras atividades ou divulgação conjunta de tais atividades, salvo a de magistério, ainda que complementares ou afins. Parágrafo único. Não caracteriza infração ético-disciplinar o exercício da advocacia em locais compartilhados (coworking), sendo vedada a divulgação da atividade de advocacia em conjunto com qualquer outra atividade ou empresa que compartilhem o mesmo espaço, ressalvada a possibilidade de afixação de placa indicativa no espaço físico em que se desenvolve a

advocacia e a veiculação da informação de que a atividade profissional é desenvolvida em local de coworking

Assim, o legislador no ato da elaboração da lei que pontuava justamente esse múnus público disposto na advocacia, buscando ponderar a atuação do advogado como um “servir” social e não algo comercializável.

4. MARKETING JURÍDICO DIGITAL E SUA APLICAÇÃO NO PLANO REAL

Com a modernização de alguns meios de comunicação foram substituídos por outros, como é o caso dos jornais que passaram de não deixar de existir, deram lugar para sites e blogs na internet. A internet tornou-se a “queridinha” dos meios de comunicação e para o marketing virou uma ferramenta essencial, e por conta disso as estratégias publicitárias tiveram que se adaptar. Tendo como principais: Marketing de conteúdo, Inbound Marketing e Redes sociais.

Como já dito, Marketing de conteúdo é considerado a matéria prima para as demais estratégias. Consiste em ajudar outras pessoas com o conteúdo que você domina, ao invés de vender o produto, o indivíduo será uma fonte de informação precisa e especializada no assunto. O objetivo principal é mostrar para as pessoas a possível necessidade que ela tenha e não sabe ou que possa ter futuramente.

Marketing de Conteúdo é uma estratégia de Marketing focada em engajar seu público-alvo e crescer sua rede de clientes e potenciais clientes por meio da criação de conteúdo relevante e valioso. Você atrai, envolve e gera valor para as pessoas de modo a criar uma percepção positiva da sua marca e, assim, gerar mais negócios. (PEÇANHA, 2021, on-line)

Já é de conhecimento de todos que boa parte da população brasileira não conhece os direitos e deveres que possui. Quando ocorre a divulgação de conteúdos relevantes, com informações importantes, que seja instrutivo e com uma linguagem de fácil absorção e entendimento. Este material acaba chamando a atenção e cativando o leitor o que pode servir de prevenção de lides.

Portanto, sua aplicação no plano real, faz com que o marketing jurídico e a publicidade tenham também uma finalidade pedagógica para com indivíduo, que o mesmo tenha contato direto com seus direitos e deveres, ainda que não possua lide, todavia, se mantém informado do assunto.

Igualmente, o Inbound marketing é uma forma de lista de contato direto, criada através do Marketing de conteúdo, de forma que, uma determinada pessoa que viu seu

conteúdo entrara em contato e de forma espontânea entregara um e-mail e solicitara mais material sobre determinado assunto. Assim diz MUNIZ (2019, on-line):

O Inbound Marketing é uma estratégia que se baseia na criação e compartilhamento de conteúdo. O termo pode ser traduzido como “Marketing de Entrada” e foi cunhado nos Estados Unidos[...] A principal característica que torna essa estratégia tão eficiente é a rejeição de táticas interruptivas de marketing e o foco na criação de um relacionamento com o cliente em potencial. Ou seja, ao invés exibir anúncios, o Inbound Marketing prefere oferecer informações. Isso abre um espaço para diálogo entre as empresas e seu público alvo. Dessa forma, o consumidor vem até você, e não o contrário. Alguns exemplos de recursos utilizados nessas estratégias são blogs, postagens em redes sociais, vídeos no youtube e newsletters.

Assim, considera-se que as redes sociais é uma estratégia de divulgação dos seus conteúdos informativos criando uma conexão ente o público e seu conteúdo. Ter um perfil profissional seu ou do seu escritório e o meio mais eficaz de disseminação de matéria e de certa forma captação de clientes. (ADVBOX, 2019)

Portanto, atualmente, a aplicação do marketing jurídico e da publicidade no plano real, torna-se indispensável para a atuação do advogado, sendo precisa para o alcance de mais indivíduos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A perspectiva da advocacia é acompanhar as mudanças sociais, visto que, o próprio propósito da profissão pode ser considerado buscar alinhar as indiferenças sociais perante a justiça.

Assim, com nova era digital, que tem por finalidade trazer a tecnologia para o contexto social, utilizando-a para praticamente tudo na sociedade, não poderia ser diferente na advocacia, que busca estar em contato direto com a sociedade, visto ser uma profissão com grande múnus público.

De forma que, obsta abarcar que o provimento 205/2021 trouxe muitas disposições que, anteriormente ficavam sem uma regulamentação do que poderia ser feito ou não, deixando o profissional jurídico sem saber o que cabia ou não sanção.

Por fim, é possível perceber como é extremamente necessário a tecnologia na advocacia, não somente para conseguir ter acesso a clientes, mas também para que o advogado consiga acompanhar a sociedade de forma plena, podendo atingir pessoas através de um conteúdo informativo e agregador.

REFERÊNCIAS

AB2L. **Advocacia 4.0: entenda o que é esse conceito! Publicado em: 20/04/2021.** Disponível em: <https://ab2l.org.br/advocacia-4-0-entenda-o-que-e-esse-conceito/>. Acesso: 16 de setembro de 2021.

Advocacia Digital ADVBOX. **Marketing jurídico digital. O que é e Por onde começar?** YouTube. 15 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=C9ooTWR0yI>. Acesso: 13 de outubro de 2021.

ALLINE RIBEIRO MÁXIMO, . **Desenvolvimento tecnológico e a advocacia 4.0 Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 10 set 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56622/desenvolvimento-tecnologico-e-a-advocacia-4-0>. Acesso em: 10 set 2021.

CONSULTOR JURÍDICO. **Advogado 4.0 em tempos de crise.** 7 de agosto de 2020, 19h01. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-07/advogado-40-tempos-crise>. Acesso: 10 de setembro de 2021

GONÇALVES, Inaiane Alves. **Publicidade na advocacia.** 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/311972/publicidade-na-advocacia>. Acesso em: 29 de setembro de 2021.

MASSARO, Vanessa. **Advocacia 4.0: o futuro chegou.** Publicado em 06/2019. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/jus.com.br/amp/artigos/75026/1>. Acesso em: 2 de outubro de 2021

OAB. **Provimento 205/2021.** Disponível em: <https://www.oab.org.br/leisnormas/legislacao/provimentos/205-2021?search=205&provimentos=True>. Acesso: 2 de outubro de 2021.

MUNIZ, Karen. **Inbound Marketing: O Que é, Exemplos, Como Fazer.** Disponível em: <https://www.activecampaign.com/br/blog/inbound-marketing>. Acesso: 2 de outubro de 2021.

PADILHA, Rodrigo. **Marketing jurídico: O que é e como fazer na prática.** Disponível em: <https://rodrigopadilha.com.br/advocacia/marketing-juridico#o-que-e>. Acesso: 24 de setembro de 2021.

ROGAL, André. **Provimento 205/2021 da OAB e novas regras de marketing Jurídico** Disponível em: <https://blog.sajadv.com.br/provimento-205-2021/>. Acesso: 10 de outubro de 2021

UNIFOA. **O que é Publicidade e Marketing?** Disponível em: <https://blog.unifoa.edu.br/publicidade-e-marketing-voce-sabe-qual-e-a-diferenca/>. Acesso: 15 de setembro de 2021.

O DIREITO À VIDA FRENTE À LIBERDADE DO PACIENTE NA RECUSA DE TRANSFUSÃO DE SANGUE

DIEGO FONSECA DIAS:
Bacharelado em Direito pela
Faculdade Serra do Carmo.

EDY CÉSAR DOS PASSOS JÚNIOR¹⁰

RESUMO: O presente trabalho de conclusão de curso tem como o cerne conflito ético e legal decorrente da recusa à terapêutica transfusional sanguínea pelos adeptos da religião “Testemunhas de Jeová”. Objetiva-se, a partir deste, demonstrar, tendo por fundamento a doutrina e a jurisprudência pátrias, utilizando-se da metodologia de pesquisa sociojurídica, a melhor forma de solução desse conflito, baseando-se na ponderação de valores, principalmente quando é percebido o risco de morte do paciente que se nega a receber o sangue pelo método transfusional. Pretende-se, ainda, comprovar a necessidade da atenção a estes casos, não só por parte dos médicos, mas principalmente pelo Estado e sociedade.

Palavras-Chave: Constituição, conflito de direitos, Testemunhas de Jeová, transfusão de sangue.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso é apresentado a Faculdade Serra do Carmo, como requisito parcial para conclusão do curso de graduação em Direito, e tem por finalidade discorrer sobre a colisão existente entre o direito de Liberdade e Vida, aplicado à questão relativa aos tratamentos transfusionais em pacientes que se recusam a recebê-lo por convicções religiosas, como é o caso das Testemunhas de Jeová.

De acordo com a lei penal, se o paciente necessitar urgentemente de sangue para que tenha sua vida resguardada, deverá o médico realizar o procedimento. Estes são aconselhados a buscarem um alvará judicial para obter autorização para que o procedimento seja realizado.

Percebe-se, assim, no Brasil, a visível importância conferida à vida como principal

¹⁰ Bacharel em Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC. Advogado militante nas áreas de Direito Civil, Trabalho e Direitos Humanos. Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade Suldamerica. Mestre em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade Federal do Tocantins-UFT. Professor de graduação e pós-graduação na área de Gestão Pública e Direito. Servidor público federal. Assessor do Comitê de Ética e Pesquisa com seres humanos da Universidade Federal do Tocantins. Membro do Conselho Estadual de Direitos Humanos.

interesse da sociedade. O ordenamento pátrio, ao elencar o direito à vida entre os direitos fundamentais e ao colocá-lo no ápice da legislação penal, ratifica a carga valorativa atribuída a esse bem.

Há que se ressaltar que, no Brasil, é do costume médico intervir em caso de iminente risco de morte, com amparo precípua no juramento hipocrático de promover sempre o bem. Diante desta dicotomia, liberdade de consciência e direito à vida, no caso das Testemunhas de Jeová faz-se necessário pensar, será que realmente deve-se abster da vida em função da religião. Ou submeter alguém a um tratamento que ofenda suas convicções e credos, destruindo, assim, o sentido de vida que determinada pessoa possui

A análise da referida temática dar-se-á sob os ângulos da Bioética e Biodireito, bem como das perspectivas fáticas e teóricas relativas à realidade apresentada por estudos dedicados ao tema. Tais direitos merecem atenção especial por estarem intimamente ligados à recusa ao tratamento médico com transfusão de sangue, expressamente manifestada com base em convicções religiosas.

Confrontar valores éticos e morais não é uma tarefa fácil, mais difícil ainda se tornam quando estes valores são direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal. Sabe-se que não há possibilidade de se apresentar aqui soluções para todas as problemáticas que cercam a recusa da transfusão de sangue dos adeptos da religião Testemunha de Jeová, nem tampouco deliberar-se sob a égide de julgamento. A polêmica suscitada neste trabalho é o levantamento das questões que permeiam esta complexidade na esfera jurídica.

2 PRINCÍPIOS DA BIOÉTICA E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 PRINCÍPIOS BIOÉTICOS

Os princípios da bioética foram primeiramente discutidos pelo Congresso dos Estados Unidos, por uma Comissão Nacional que se encarrega de identificar os princípios éticos básicos que deveriam guiar a investigação em seres humanos pelas ciências do comportamento e pela biomedicina. Como trabalho resultante dessa Comissão Nacional, foi publicada uma pesquisa denominada Informe Belmont, contendo os três princípios abaixo, que seguem: Autonomia: respeito às pessoas por suas opiniões e escolhas, segundo valores e crenças pessoais; Beneficência: é a obrigação de não causar dano e de extremar os benefícios e minimizar os riscos; Justiça: uso da imparcialidade na distribuição dos riscos e benefícios, não podendo uma pessoa ser tratada de maneira distinta de outra. (BAÚ, 2015, p. 211).

Logo após a publicação desse documento, os autores Tom L. Beauchamp e James F. Childress adicionaram em seu livro *Principles of Biomedical Ethics*, um quarto princípio,

o da não-maleficência, que é o ato de evitar o dano intencional ao indivíduo.

A partir desse momento, os quatro princípios passaram a nortear a relação médico-paciente no âmbito da bioética, formando as bases das considerações éticas do “processo de decisão” da conduta terapêutica para o paciente. Embora tais princípios não apresentem filosoficamente caráter absoluto, o fato é que foram rapidamente aceitos como “ferramentas” básicas na elaboração de discussões e decisões de conflitos emergentes na área da Bioética.

O Princípio da Beneficência é o que estabelece que se deva fazer o bem aos outros, independentemente de estes o desejarem ou não. Consiste no dever do médico de promover o bem ao seu paciente. Muitos autores propõem que o Princípio da Não-Maleficência seja um elemento do Princípio da Beneficência, pois, deixar de causar o mal intencional a uma pessoa seria fazer o bem a mesma. Neste sentido, várias propostas de tratamento podem ser avaliadas em sua potencialidade para prevenir ou remover sintomas ou sofrimentos angustiantes, promovendo, assim, o bem estar do enfermo (BULOS, 2018).

Os princípios bioéticos da beneficência e da não-maleficência correspondem às obrigações hipocráticas de atuar sempre tendo em vista o bem estar do paciente (*primum, bonumfacere*) e de evitar causar-lhe danos (*primum, non nocere*). O princípio da beneficência constitui a essência do ser médico e expressa a obrigação que o profissional da medicina tem de ajudar aos pacientes, para além dos interesses destes, por meio da remoção e prevenção de riscos a saúde. Este princípio é de importância decisiva na prática médica (DINZI, 2018).

Muitas vezes, o princípio de não prejudicar é um pretexto, pois as falhas de omissão, por exemplo, são as mais difíceis de detectar e as mais fáceis de racionalizar e perdoar.

Por definição tem-se que Autonomia – (*autos*, eu; *nomos*, lei) é a constituição da vontade da pessoa de fazer leis para si mesmo, escolher, avaliar, dividir, sem restrições.

A autonomia do paciente é o princípio que se associa à idéia de respeito pelo próximo. Celso Ribeiro Bastos (2018) a considera como uma extensão ao princípio da equidade ou justiça. Ao respeitar o paciente em sua condição humana o médico poderá obter, com facilidade, o consentimento para que realize sua função que se encontra repleta de riscos entendendo os motivos de certas terapêuticas não serem aceitas e viáveis e, a partir daí, procurar alternativas para curá-lo ou amenizar o seu sofrimento.

Esse princípio depende da revelação cuidadosa da verdade sobre o diagnóstico e prognóstico, da troca de informações sobre o estado de saúde atual e real do paciente, sobre as opções de conduta, os planejamentos do tratamento, as implicações de sua

decisão e as expectativas futuras. Há uma necessidade de uma relação humana verdadeira, recíproca e dinâmica entre o médico e seu paciente (BULOS, 2018).

Uma atitude paternalista que diz “eu sei o que é melhor pra você” é de grande importância, pois que consiste no oposto do Princípio da autonomia. Aqueles que agem com paternalismo médico apresentam principalmente dois argumentos, abaixo explicitados. O primeiro refere-se à ética médica desde os tempos de Hipócrates. O juramento de Hipócrates reza que: “Tomarei a conduta médica que, de acordo com a minha habilidade e julgamento, considero benéfica ao paciente”. Nesse juramento não se faz menção à vontade do paciente, a necessidade de não enganá-lo, de consultá-lo sobre os seus desejos, de informá-lo sobre as prováveis conseqüências das condutas ou mostrar-lhe as alternativas de ação.

O segundo argumento paternalista diz respeito à incapacidade de o paciente tomar suas próprias decisões, porque “medicamente falando”, ele é ignorante e os seus conhecimentos são parciais. A Beneficência no contexto médico é o dever de agir no interesse do paciente.

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: VIDA E LIBERDADE

No que concerne ao direito à vida, a Constituição Federal assegura este como sendo o mais fundamental dentre aqueles erigidos em seu texto, haja vista sua importância *sine qua non* ao homem. O Estado deve priorizar não só este direito como, acima de tudo, mantê-lo digno.

Sem vida humana, não se pode falar em pessoa, ao passo que, em decorrência disso, não há direito. Assim, a vida é delineada por Fabriz (2013, p. 267) como, antes de ser um direito, pressuposto e fundamento maior de todos os demais direitos, configurando-se, no âmbito do direito constitucional brasileiro, como um princípio que deve ser observado e respeitado por todos, de modo que seus titulares são todas as pessoas que se encontram submetidas ao ordenamento jurídico brasileiro. Todos têm o direito à vida e o dever de respeitá-la.

No mesmo sentido, Marconi do O Catão (2014, p. 159) acredita estar, o direito à vida, inserido entre os direitos da personalidade de ordem física, ocupando posição de máxima importância como bem maior no âmbito jurídico, e estando todos os demais bens gravitando em torno de sua existência.

Para este autor, o direito à vida apresenta o aspecto da indisponibilidade. Por este motivo torna-se ineficaz qualquer declaração de vontade de seu titular que implique negação a este direito, haja vista que não se pode dispor da vida nem por si nem por intermédio de outrem, mesmo sob consentimento, porque a vida possui caráter supremo,

sendo consagrada pela ordem jurídica vigente.

Maria Helena Diniz (2018), refere-se ao direito à vida como essencial ao ser humano, significando integridade existencial e constituindo objeto de direito personalíssimo, condicionando a este os demais direitos da personalidade.

As liberdades são apresentadas partindo-se da perspectiva da pessoa como ser em busca da manifestação de autonomia individual responsável pela liberdade de atuação de cada um e escolha dos meios aptos para realizar as suas potencialidades.

O Estado democrático tem a obrigação de assegurar que essas liberdades sejam resguardadas e estimuladas, inclusive por meio de medidas que assegurem a igualdade entre eles e solucione conflitos de pretensões que eventualmente venham a colidir em razão dessas liberdades. O direito fundamental à liberdade, em ampla acepção, engloba os direitos fundamentais a liberdades específicas, sendo uma delas o objeto de estudo da presente pesquisa, qual seja, a liberdade de crença e culto (DINIZ, 2018).

Sob esta ótica, a liberdade religiosa abarca também o direito de exercer seu credo religioso em qualquer lugar e sendo este lugar protegido pela Constituição, desde que não atrapalhe o mesmo direito de outrem, ou que tal conduta seja usada para acobertar práticas ilícitas. Sobre a liberdade de religião, Celso Ribeiro Bastos (2018, p.499) assim compreende:

Não haverá verdadeira liberdade de religião se não for reconhecido o direito de orientar-se livremente de acordo com as posições religiosas estabelecidas, ou seja, o direito à liberdade religiosa pressupõe a sua livre manifestação.

Assim sendo, a Constituição Federal, no artigo que trata das garantias constitucionais, prevê que ninguém será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo, se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir com prestação alternativa, fixada em lei, pois, a liberdade de consciência constitui núcleo do qual derivam as demais liberdades do pensamento, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo

assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e as suas liturgias;

(...)

VIII - ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Assim, a liberdade religiosa deve ser estudada como um direito fundamental, previsto na Constituição Federal no rol dos direitos fundamentais, o que, por si só, já configura premissa que permite a todos a livre escolha do seu credo religioso, ou, até mesmo, não escolher nenhum.

3 TESTEMUNHAS DE JEOVÁ: ASPECTOS JURÍDICOS ACERCA DA RECUSA DE TRANSFUSÃO DE SANGUE

No Brasil há vários adeptos da religião Testemunha de Jeová, que não aceitam transfusão de sangue em hipótese alguma, e esse número tem crescido a cada dia. Daí a relevância do tema aqui abordado e a necessidade de seu estudo.

Conforme a crença desse grupo religioso, a transfusão de sangue é proibida pela Bíblia. Em decorrência desta convicção surgem situações de impasse, em que o doente recusa o sangue e proíbe o tratamento transfusional, mesmo que a morte seja consequência inevitável de tal ato.

Nesse sentido citamos o Código de Ética Médica, que assim prescreve:

Art. 22. (É vedado ao médico) Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.

Art. 31. (É vedado ao médico) Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.

O que fazer se um seguidor de determinada religião, como é o caso da Testemunha de Jeová, recusar uma transfusão de sangue, quando este é o único recurso para salvá-lo a vida? Os médicos enfrentam um grande desafio quando têm de salvar uma vida em iminente perigo e de respeitar um sentimento religioso (BULOS, 2018).

Infelizmente nem sempre é possível tal conciliação. A legislação penal pátria, em seu artigo 135, admite como crime deixar de prestar assistência à pessoa em grave e iminente perigo de morte. Neste caso, o médico deve agir porque está amparado no exercício regular de seus direitos e no cumprimento de seu dever legal.

É o que determina a Resolução CFM nº 1.021, de 26 de setembro de 1980, que tratou especificamente sobre a questão da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. Tal dispositivo garante o respeito à autonomia do paciente até o limite do risco de vida; atingindo esse limite, deve o médico intervir, utilizando-se da Beneficência ou do seu dever de salvar a vida do paciente.

O Código de Ética Médica, instituído por meio da Resolução CFM nº 1.246/88, de 08 de janeiro de 1988, publicada no D.O.U de 26 de janeiro do mesmo ano, por sua vez, estabelece:

É vedado ao médico:

Art. 46 - Efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida.

Art. 56: Desrespeitar o direito do paciente de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente perigo de vida.

Art. 57 - Deixar de utilizar todos os meios disponíveis de diagnósticos e tratamento a seu alcance em favor do paciente.

Como alternativa ao método transfusional, existem outros procedimentos que podem não envolver o armazenamento do sangue. No texto de Celso Ribeiro Bastos intitulado "Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue por razões científicas e convicções religiosas", o autor descreve alguns desses procedimentos. Certos fluidos, por exemplo, são usados para manter o volume do sangue no corpo, evitando-se, por assim dizer, o choque hipovolêmico, ou seja, a perda maciça de sangue. Em alguns laboratórios de investigação estão sendo testados alguns fluidos que podem transportar oxigênio.

Todavia, nos artigos 7º e 11, do ECA normatiza, tal qual o fez a Constituição Federal, que toda criança e adolescente têm o direito à proteção integral à saúde e à vida.

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso,

em condições dignas de existência.

(...)

Art. 11. É assegurado atendimento integral à saúde da criança e do adolescente, por intermédio do Sistema Único de Saúde, garantido o acesso universal e igualitário às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde.

Neste caso, devem ser analisadas as regras jurídicas traçadas pela Lei Federal nº 8.069/90- Estatuto da Criança e dos Adolescentes (ECA). A referida Lei garantiu às crianças e adolescentes, como não poderia deixar de ser, o direito à liberdade de crença e religião.

4 DIREITO À VIDA VERSUS DIREITO À LIBERDADE NA QUESTÃO DA TRANSFUSÃO DE SANGUE

4.1 CLASSIFICAÇÃO DAS COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desenvolvendo este trabalho a partir do citado anteriormente, encontra-se a questão da colisão existente entre os direitos fundamentais abordados, esta colisão acontece pois os dois direitos previstos e protegidos na Constituição Federal (Liberdade e Vida) se contradizem, pois a esfera de proteção de um interfere diretamente no outro.

Gilmar Ferreira Mendes nomeia os tipos de colisão ao acrescentar ensinamentos da doutrina. Sobre o tema ele afirma:

A doutrina cogita de colisão de direitos em sentido estrito ou em sentido amplo. As colisões em sentido estrito referem-se apenas àqueles conflitos entre direitos fundamentais. As colisões em sentido amplo envolvem os direitos fundamentais e outros princípios ou valores que tenham por escopo a proteção de interesses da comunidade (MENDES, 2016, p 78).

Segundo Robert Alexy (2015), as colisões de sentido estrito ocorrem quando a concretização do direito fundamental de um titular repercute negativamente sobre direitos fundamentais de outros titulares. Nesse caso, os direitos fundamentais podem ser idênticos ou diversos e a colisão se dá exclusivamente entre direitos fundamentais. Por outro lado, nas colisões de direitos fundamentais em sentido amplo, apresentam-se colisões entre direitos fundamentais e qualquer outra norma ou princípio que regule bens coletivos.

O mesmo autor também afirma que, as colisões em sentido estrito de direitos fundamentais se concretizam de quatro formas. O primeiro, quando afetado um mesmo

direito como direito de defesa; o segundo, quando afetado um mesmo direito, por um lado como direito de defesa e por outro como direito de proteção; o terceiro, quando afetado um mesmo direito, por um lado em sua concepção positiva e por outro em sua concepção negativa; e por fim, o quarto tipo, quando a colisão do mesmo direito apresenta, em um dos seus lados, um acréscimo de realidade fática.

Na colisão em sentido estrito entre direitos fundamentais diferentes é muito comum tratar-se de direitos de liberdade, em que se contrasta a liberdade de exercer o direito com o ofendido pelo exercício dessa liberdade. Contudo, esse tipo de colisão é possível entre direitos de qualquer tipo, especialmente entre os direitos de liberdade e igualdade (DINIZ, 2018).

As colisões de direitos fundamentais no sentido amplo denotam uma vertente diferente, em que o confronto se dá entre o direito fundamental de um particular e bens coletivos, bens esses que, em muitos casos, não se apresentarão como contrários e concorrentes dos direitos individuais, mais sim uma forma de concretização de direitos; e entrarão em colisão com os direitos individuais daqueles que o ameaçam.

4.2 A PONDERAÇÃO COMO SOLUÇÃO PARA A COLISÃO ENTRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A solução para a colisão entre direitos fundamentais constitui na harmonização entre estes e se necessário, na prevalência de um direito ou bem sobre outro. Para considerar-se, no entanto, que um direito tem um peso maior que outro é necessário que a análise de prevalência seja feita no caso concreto por meio de um juízo de ponderação, ou seja, apenas em face das circunstâncias de um caso concreto pode-se dizer que um direito prefere a outro.

A primeira prevê a declaração de pelo menos uma das normas em colisão como não-vinculativa; a segunda opta pela declaração de pelo menos uma dessas normas como não-aplicável, e a terceira consiste em livre ponderação a fim de encontrar uma exceção e uma das normas.

Assim como forma de solucionar esses conflitos, Barroso (2019) definiu a ponderação como uma técnica de decisão jurídica aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente, especialmente quando uma situação concreta dá ensejo à aplicação de normas de mesma hierarquia que indicam soluções diferenciadas.

Conclui o mesmo autor "que o raciocínio ponderativo está sempre associado às noções difusas de balanceamento e sopesamento de interesses, bens, valores ou normas" (BARROSO, 2019, p. 346)

De acordo com a lei da ponderação, essa deve se dar em três fases distintas, em que

na primeira é estabelecida a intensidade da intervenção; na segunda, determina-se a importância das razões que justificam a intervenção; e somente na terceira fase, por fim, procede-se à ponderação propriamente dita (ALEXY, 2015, p.67-69).

Com isso, afim de, solucionar os conflitos existentes causados pela recusa às transfusões de sangue por parte das Testemunhas de Jeová, deve-se utilizar a técnica da ponderação, pautado no princípio da Proporcionalidade. Princípio esse que é utilizado na colisão de direitos através da ponderação entre bens em conflito.

O princípio da proporcionalidade pode ser melhor compreendido pela análise de seus requisitos. A adequação é o primeiro elemento a ser considerado na observância do princípio da proporcionalidade, devendo-se analisar, no tocante à adequação, simplesmente se o meio utilizado alcança o resultado desejado, ou seja, se foi utilizado um meio eficaz, independente de ser ou não o melhor. Dessa forma o juízo de adequação trata de investigar apenas se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim desejado, nada dizendo sobre qual medida deve prevalecer (DINIZ, 2018).

A necessidade, diferentemente da adequação, leva em consideração não apenas a eficácia, mas também a eficiência dos meios utilizados, ou seja, se estes são os mais adequados para se alcançar o resultado desejado.

Uma medida legislativa restritiva completamente inadequada quando se questiona a sua duração no tempo pode ser considerada apta em relação ao modo de restrição conducente ao resultado a ser obtido, motivo pelo qual, para evitar que isso ocorra, a aferição da necessidade de uma restrição a direito fundamental deve se dar tanto qualitativa como quantitativamente.

Nem sempre um juízo de adequação e necessidade será suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, principalmente devido ao fato de que desta medida pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Dessa forma, complementando os princípios da adequação e da necessidade, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é de suma importância na aferição se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim desejado (BARROS, 2018).

Praticando esses princípios acima, deve-se ressaltar que o prejuízo de ponderação deve sempre visar o sacrifício mínimo dos direitos contrapostos para solucionar a colisão sobre as decisões, aos médicos imposta, em relação à transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. A fim de demonstrar a relevância jurídica do assunto em questão, faz-se necessária a transcrição de algumas decisões proferidas em sede de tribunais superiores pátrios.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 595000373. CÂMARA CÍVEL RELATOR. Des. SERGIO GISCHKOW PEREIRA. CAUTELAR. TRANSFUSÃO DE SANGUE. TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. NÃO CABE AO PODER JUDICIÁRIO, NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO, AUTORIZAR ALTAS HOSPITALARES E AUTORIZAR OU ORDENAR TRATAMENTOS MÉDICOS-CIRÚRGICOS E/OU HOSPITALARES, SALVO CASOS EXCEPCIONALÍSSIMOS E SALVO QUANDO ENVOLVIDOS OS INTERESSES DE MENORES. Se iminente o perigo de vida, é direito e dever do médico empregar todos os tratamentos, inclusive cirúrgicos, para salvar o paciente, mesmo contra a vontade deste, de seus familiares e de quem quer que seja, ainda que a oposição seja ditada por motivos religiosos. Importa ao médico e ao hospital é demonstrar que utilizaram a ciência e a técnica apoiadas em séria literatura médica, mesmo que haja divergências quanto ao melhor tratamento. O judiciário não serve para diminuir os riscos da profissão médica ou da atividade hospitalar. Se a transfusão de sangue for tida como imprescindível, conforme sólida literatura médico-científica (não importando naturais divergências), deve ser concretizada, se para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade das Testemunhas de Jeová, mas desde que haja urgência e perigo iminente de vida (art. 146, §3º, inc. I, do CP). Caso concreto em que não se verifica tal urgência. O direito à vida antecede o direito à liberdade, aqui incluída a liberdade de religião; é falácia argumentar com os que morrem pela liberdade, pois aí se trata de contexto fático totalmente diverso. Não consta que morto possa ser livre ou lutar pela sua liberdade. Há princípios gerais de ética e de direito, que aliás norteiam a Carta das Nações Unidas, que precisam se sobrepôr às especificidades culturais e religiosas; sob pena de se homologarem as maiores brutalidades; entre eles estão os princípios que resguardam os direitos fundamentais relacionados com a vida e a dignidade humanas. Religiões devem preservar a vida e não exterminá-la.

Do contrário, a intervenção estatal se faz necessária, até mesmo como medida de garantia da ordem pública. Neste sentido, sobretudo com fundamento nos princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, colha-se decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

APELAÇÃO CÍVEL Nº. 20031020001556 RELATOR. Des. Federal VÂNIA HACK DE ALMEIDA. DIREITO A VIDA. TRANSFUSÃO DE SANGUE, TESTEMUNHAS DE JEOVÁ. DENUNCIAÇÃO DA LIDE INDEFERIDA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. LIBERDADE DE CRENÇA

RELIGIOSA E DIREITO À VONTADE DOS PAIS SUBSTITUÍDA PELA MANIFESTAÇÃO JUDICIAL. VIDA. IMPOSSIBILIDADE DE RECUSA DE TRATAMENTO MÉDICO QUANDO HÁ RISCO DE VIDA DE MENOR. O recurso de agravo deve ser improvido porquanto à denúncia da lide se presta para a possibilidade de ação regressiva e, no caso, o que se verifica é a responsabilidade solidária dos entes federais, em face da competência comum estabelecida no art. 23 da Constituição federal, nas ações de saúde. A legitimidade passiva da União é indiscutível diante do art. 196 da Carta Constitucional. O fato de a autora ter omitido que a necessidade da medicação se deu em face da recusa à transfusão de sangue, não afasta que esta seja a causa de pedir, principalmente se foi também o fundamento da defesa das partes requeridas. A prova produzida demonstrou que a medicação cujo fornecimento foi requerido não constitui o meio mais eficaz da proteção do direito à vida da requerida, menor hoje constando com dez anos de idade. Conflito no caso concreto dois princípios fundamentais consagrados em nosso ordenamento jurídico-constitucional: de um lado o direito à vida e de outro, a liberdade de crença religiosa. A liberdade de crença abrange não apenas a liberdade de cultos, mas também a possibilidade de o indivíduo orientar-se segundo posições religiosas estabelecidas. No caso concreto, a menor autora não detém capacidade civil para expressar sua vontade. A menor não possui consciência suficiente das implicações e da gravidade da situação para decidir conforme sua vontade. Esta é substituída pela de seus pais que recusam o tratamento consistente em transfusões de sangue. Os pais podem ter sua vontade substituída em prol de interesses maiores, principalmente em se tratando do próprio direito à vida. A restrição à liberdade de crença religiosa encontra amparo no princípio da proporcionalidade, porquanto ela é adequada à preservar a saúde da autora: é necessária porque em face do risco de vida a transfusão de sangue torna-se exigível e, por fim ponderando-se entre vida e liberdade de crença, pesa mais o direito à vida, principalmente em se tratando não da vida de filha menor impúbere. Em consequência, somente se admite a prescrição de medicamentos alternativos enquanto não houver urgência ou real perigo de morte. Logo, tendo em vista o pedido formulado na inicial, limitado ao fornecimento de medicamentos, e o princípio da congruência, deve a ação ser julgada improcedente. Contudo, ressalva-se o ponto de vista ora exposto, no que tange ao direito à vida da menor.

A Constituição Federal garante, indubitavelmente, no capítulo das garantias constitucionais fundamentais, a liberdade de consciência, mas legislações específicas excluem esta garantia quando se deparam com situações de iminente risco de morte, e é com este amparo que os médicos decidem por seus pacientes. Tem-se, então, que os direitos fundamentais estão ligados uns aos outros, apesar de serem autônomos, não devendo, por esta razão, serem interpretados isoladamente, mas de forma conjunta, a fim de alcançar os objetivos previstos (BARROSO, 2019).

Além disso, o Conselho Federal de Medicina prevê e indica procedimentos para o médico que se deparar com este tipo de conflito. A regra impõe que o profissional da saúde analise o quadro clínico do paciente e conclua se uma transfusão sanguínea é de fato necessária ou não.

Se a resposta for negativa, ou seja, não existindo caráter emergencial, o médico deverá respeitar a vontade declarada pelo paciente e seus familiares, e se assim não o fizer, poderá ser penalizado de acordo com a legislação vigente pelo crime tipificado no artigo 146 do Código Penal Brasileiro (constrangimento ilegal). Nesses moldes, a transfusão determinada pelo médico, em situações em que não houver outra forma de salvar a vida do paciente, está igualmente amparada pelo disposto no artigo 146, §3º do Código Penal. Eventual violação da liberdade de consciência ou da liberdade religiosa cede ante a um bem jurídico superior, que é a vida, na inevitável relação de proporcionalidade entre os bens tutelados (BARROS, 2018).

Neste sentido, o Cardeal D. Eusébio Oscar Scheid, Arcebispo da Arquidiocese do Rio de Janeiro, no artigo intitulado "O Dom da Vida", assim considera:

A Deus pertence a ciência da vida, que Ele compartilha com o homem. O Livro de Eclesiástico introduz profundas considerações sobre este tema, que considero o maior elogio que os médicos e outros profissionais da saúde poderiam receber: "O Altíssimo deu-lhes a ciência da medicina para ser honrado em suas maravilhas. Meu filho, se estiveres doente não te descuides de ti, mas ora ao Senhor, que te curará. Em seguida, dá lugar ao médico, pois ele foi criado por Deus; que ele não te deixe, pois sua arte te é necessária" (ECL. 38, 6.9.12).

Há, pois, que se questionar até que ponto os adeptos desse posicionamento contrário à técnica transfusional simplesmente abrem mão de suas vidas e não mais agem para preservá-la. Reitere-se, neste contexto, que, como garantia fundamental, o direito à vida plena, justa e digna, é irrenunciável, não cabendo ao particular, sob a influência de dogmas religiosos, se abster da mesma (DINIZ, 2018).

A vida é santa em si e em sua finalidade. Somente Deus pode e tem o direito de dar

a vida e tornar a tirá-la. O dever médico essencial reside no fato de aliviar o sofrimento das pessoas por intermédio de todas as técnicas que estiverem ao seu alcance e não tirar-lhes a vida, deixando de proceder à técnica salutar da transfusão sanguínea.

Sopesar valores jurídico-constitucionais, diante de tão conflituosas questões, é dever primordial do jurista, ao passo que, ausentes tais situações no mundo moderno e auto-aplicável a legislação ora vigente, não seria necessária, nem mesmo, a formação acadêmica do profissional de Direito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi possível observar diante dos dados apresentados na presente pesquisa, trata-se de temática árida, que propõe diversas controvérsias legais, científicas, religiosas e éticas. Quando um direito fundamental colide com outro, juridicamente designa-se esse fenômeno como colisão de direitos fundamentais. Ao Judiciário cabe analisar e decidir o caso concreto e estabelecer quais parâmetros deverão ser utilizados, para que se estabeleça um equilíbrio entre os dois direitos em conflito.

Usando de instrumentos processuais adequados, cabe ao magistrado a árdua tarefa de julgar o caso concreto, atuando de maneira considerada mais ou menos avançada ou conservadora, mais jamais como elemento de ruptura das instituições ou das liberdades. Não resta dúvida, diante do que aqui se analisou, de que o conflito mais recorrente diz respeito ao embate entre direito à vida e direito à liberdade. Como, hodiernamente, os dois são espécies integrantes do rol de direitos fundamentais, a dificuldade se estabelece justamente em delimitar as fronteiras entre um e outro.

Assim sendo, na tarefa de estabelecer as fronteiras entre os direitos acima identificados, as intervenções devem ser justificadas em conformidade com o critério da proporcionalidade, de forma que a essência de nenhum direito venha a ser maculada.

Portanto, já que inexistente um critério dogmático preliminar que informe qual direito deve prevalecer, até mesmo porque ambos são tutelados com o mesmo grau de importância, a despeito de a vida ser a causa primordial dos demais, deve-se tentar alcançar o critério da proporcionalidade a partir da articulação e do respeito aos Princípios da Unidade da Constituição, da Concordância Prática e da Proporcionalidade, respeitando, obviamente, o núcleo essencial dos direitos envolvidos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: RDA, 2015.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de**

constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília: Brasília Jurídica, 2018.

BARROSO, Luís Roberto (org.) **A nova interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2019.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue por razões científicas e convicções religiosas.** São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 787. Ano 90, 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Parecer Jurídico.** São Paulo, 23 de nov de 2018.

BAÚ, Marilise. **Revista Bioética.** v. 8. N. 2 – Conselho Federal de Medicina, 2015.

BULOS, Ualdi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada. e Atual. São Paulo: Saraiva. 2018.**

CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos de personalidade.** São Paulo: Madras, 2014

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** São Paulo: Saraiva, 2018

FABRIZ, Daury César. **Bioética e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2016.

SHEID, Eusébio Oscar. **O Dom da Vida.** Disponível em <www.amaivos.uol.com.br>. Acesso em 3 nov 2021.

ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO NAS COMPRAS ONLINE DE PRODUTOS ESSENCIAIS DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19

MAYENE CHAUL AMORIM:

Graduanda em Direito pelo
Centro Universitário
Fametro.

RESUMO: O objetivo geral da edição da Lei nº 14.010 de 10 de junho de 2020 foi de intervir nas controvérsias resultantes da excepcional situação de pandemia causada pela Covid-19, incorporando-se ao Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de direito privado (RJET), no qual se insere a. Com a previsão, em seu art. 8º, de suspensão temporária do direito de arrependimento em compras realizadas pelo sistema “delivery” de produtos essenciais, houve o contorno voluntário do legislador em relativizar a proteção do consumidor, o qual é uma garantia fundamental. Sendo assim, o presente trabalho objetiva analisar a relativização do direito de arrependimento e consequente aplicação de interpretação extensiva desse direito, com foco em compreender a importância da defesa do consumidor de acordo com a legislação e doutrina pátria, compreendendo que ignorar arbitrariamente direitos do consumidor implica em desrespeito a princípios constitucionais e ferimento ao Código de Defesa do Consumidor. Para isso, o estudo passará pela análise dos conceitos, previsões legais e doutrinárias, bem como de dados teóricos e fáticos que demonstram a importância da defesa do consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Relação de Consumo. Direito do consumidor. Direito de arrependimento. Pandemia. Covid-19. Relativização.

ABSTRACT: Law number 14.010 of June 10, 2020, was incorporated into the Emergency and Transitional Legal Regime of Legal Relationships under Private Law (RJET), which sought to determine measures that would mediate problems resulting from the exceptional pandemic situation caused by Covid-19. With the provision, in its article 8, of the temporary suspension of the right of withdrawal for purchases made by the delivery system of essential products, there was a voluntary outline of the legislator in relativizing consumer protection, which is a fundamental guarantee. Thus, this paper aims to analyze the relativization of the right of withdrawal and the consequent application of an extensive interpretation of this right, focusing on understanding the importance of consumer protection according to the legislation and doctrine, understanding that arbitrarily ignoring consumer rights implies in disrespect to constitutional principles and injury to the Code of Consumer Law. To this end, the study will go through the analysis of concepts, legal and doctrinal provisions, as well as theoretical and factual data that demonstrate the importance of consumer protection.

KEYWORDS: Consumer relation. Consumer rights. Right to repent. Pandemic. Covid-19. Relativism.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Do Consumidor; 2.1. O consumidor sob a Perspectiva Constitucional; 2.2. O Código de Defesa do Consumidor e seus Princípios; 2.3. Direitos Básicos do Consumidor e a Teoria da Qualidade; 2.4. O Direito de Arrependimento. 3. Da Pandemia de Covid-19; 3.1. A Pandemia e seus Reflexos na Economia Brasileira; 3.2. Da Lei nº 14.010/2020. 4. Da Relativização de Direito Básico e Garantia Fundamental do Consumidor. 5. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

No início do ano de 2020, o mundo se viu assolado pela transmissão global do vírus SARS-CvO-2, que possuía alta volatilidade e fácil transmissão aérea, o que culminou em uma situação pandêmica e acarretou diversas mudanças socioeconômicas, como o distanciamento social, isolamento e suspensão ou restrição de atividades comerciais.

Em 10 de junho de 2020 foi editada a Lei nº 14.010/2020, que objetivava a defesa dos “vulneráveis” durante o período de pandemia, bem como a proposta de um mecanismo que presasse pela preservação das relações jurídicas. Considerando que houve uma suspensão do direito de arrependimento na referida lei, conclui-se que os ditos vulneráveis seriam as empresas afetadas pela crise econômica advinda do isolamento social e conseqüente fechamento das postar comerciais.

Em suma, no que tange a leis consideradas mais pomposas, houve a preocupação da RJET em estabelecer medidas legislativas de caráter transitório, suspendendo tais dispositivos durante a ocorrência da pandemia para evitar prejuízos financeiros mais profundos.

Ocorre que a restrição imposta sobre o direito de arrependimento, em seu art. 8º, implicou diretamente em relativização de direito adquirido através da própria Constituição Federal de 1988 e pelo Código de Defesa do Consumidor, causando conflito entre a necessidade econômica e o arbitrário desamparo do consumidor ante a seu direito, sendo a proteção deste um direito fundamental constitucional.

Diante disso, em decorrência deste cenário de pandemia, da relevância da proteção dos direitos do consumidor pela Constituição Federal e da relevância da lei que vigorou e transitou por ambas temáticas, o presente trabalho objetivou analisar a implementação da lei nº 14.010/2020, especificamente seu art. 8º, e como a sua interpretação extensiva do direito de arrependimento relativiza o direito protegido pelo Código de Defesa do consumidor e quais as conseqüências de tal ato, trazendo alternativa que poderia ter sido aplicada sem ferir à garantia fundamental do consumidor.

2. DO CONSUMIDOR

2.1. O consumidor sob a Perspectiva Constitucional

A relação jurídica de consumo é protagonizada pelo consumidor e pelo fornecedor, denominado elementos subjetivos, e envolve a comercialização de produtos e fornecimento de serviços, determinados como elementos objetivos. Diante disso, o Código de Defesa do Consumidor figura como o principal modo de assegurar que direitos e deveres dos envolvidos e do objeto.

Parte-se da premissa de que o consumidor, diante dos aspectos econômicos e sociais, é a parte hipossuficiente e vulnerável da relação de consumo, conforme elucida o próprio art. 4º, inciso I, do CDC, diante disso, visando assegurar o equilíbrio nessa relação jurídica, o texto legal prevê princípios e regras que constituem um sistema crucial de resguardo à figura do consumidor.

Nesse sentido também dispõe o art. 4º, inciso III, do CDC, que, ao prever “a harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo”, abre uma maior possibilidade de ocorrência de relações de consumo pautadas na boa-fé e equilíbrio nas relações.

Logo, partindo da premissa de que o consumidor é a parte presumidamente vulnerável e hipossuficiente na relação de consumo, então, para que houvesse o mínimo de equilíbrio nesse tipo de demanda, a doutrina e a legislação se preocupam em abordar princípios e diretrizes que conduzam a um sistema robusto de proteção ao consumidor. Sobre essa particularidade Souza, Werner e Neves lecionam:

[...] o sistema de proteção do Consumidor está orientado por diversos feixes, todos eles radicados no art. 6º do CDC: (i) a garantia da qualidade dos produtos e serviços, tanto no que diz respeito a sua segurança quanto no que diz respeito a sua adequação à funcionalidade e quantidade esperadas; (ii) a garantia da transparência, seja no que tange à educação e informação sobre o consumo adequado e à higidez do processo de escolha do fornecimento, seja no que tange à informação sobre os próprios produtos e serviços e sobre o programa contratual do fornecimento; (iii) a proteção contra práticas abusivas (práticas comerciais desleais, cobranças abusivas, publicidade agressiva e predatória); e (iv) proteção contratual. (SOUZA; WERNER; NEVEZ, 2018, p. 154)

Além disso, a Constituição, em seu artigo 5º, inciso XXXII, prevê a vulnerabilidade do consumidor sob uma perspectiva absoluta, de forma a dispor os direitos e garantias fundamentais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

[...] (BRASIL, 1988)

Nesse contexto, estariam garantidos os direitos e proteção, juntamente com os deveres, do consumidor com aplicação de cláusula pétreia, conforme previsão do § 4º, inciso IV do artigo 60 da Constituição.

Nota-se que o texto constitucional é de eficácia limitada, ou seja, mesmo havendo aplicabilidade imediata da norma constitucional, faz-se necessária a intervenção de leis específicas, que limitem os particulares e vigorem sobre suas ações, logo o CDC é o instituto capaz para impor tais limites e regra as relações dessa natureza.

Outro aspecto relevante é o fato de que, de acordo com o que defende Lenza (2015, p.1194), ao passo que o Estado promova a proteção do consumidor, a mesma abordagem advém da ordem econômica, conforme prevê o art. 170 da CF/88, e essa abordagem eleva ainda mais a defesa do consumidor:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor;

[...]”

É a preocupação de pôr a defesa do consumidor com o princípio basilar do coletivo econômico e, diante dessa abordagem, o Direito do Consumidor se tornou excepcional no contexto do ordenamento brasileiro.

Portanto, as medidas estatais em torno da defesa do consumidor se tornam ainda mais eficazes quando há a abordagem da proteção do consumidor como um princípio norteador nessa relação jurídica, de forma que traga harmonia e equidade entre as partes protagonistas da relação jurídica de consumo.

2.2. O Código de Defesa do Consumidor e seus Princípios

Nesse contexto a figura do fornecedor de produtos, ou prestador de serviço, deverá estar de acordo com o que bem prevê o art. 3º, *caput*, da Lei nº 8.078/1990:

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços. (BRASIL, 1990)

Entende-se, então, que fornecedor é qualquer pessoa física ou jurídica que que desempenhe atividade mercantil ou civil e que habitualmente ofereça produtos ou serviços no mercado, sendo a primeira de forma individual e a segunda em associação.

É necessário destacar que se encaixa como fornecedor o sujeito que desenvolve atividade profissional de fornecimento de produtos ou prestações de serviços mediante remuneração.

Em contrapartida, o sujeito consumidor é determinado como explicita o art. 2º, *caput*, da Lei nº 8.078/1990, como “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990).

O consumidor é o destinatário final da relação e, em linhas gerais, é aquele que adquire um bem ou serviço para si ou para uso de sua família, não havendo abrangência ao comerciante que adquire materiais que contribuem com a produção de seus próprios produtos, por exemplo.

Além disso, não apenas a pessoa física pode ser um consumidor, como, também, aquelas previstas no art. 2º, parágrafo único, 17 e 29, da Lei 8.078/1998, quais sejam “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de consumo”; as vítimas de um evento, ainda que não tenham participado da relação jurídica, bem como aquelas pessoas determináveis ou não, expostas às práticas comerciais.

Por conseguinte, faz-se necessário determinar o elemento objetivo que figura na relação consumerista: o produto fornecido, ou o serviço prestado. Nesse sentido, conceitua o nos §§1º e 2º, do art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 3º [...]

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista. (BRASIL, 1990)

Nesse ínterim, existe a relevância vital em abordar os princípios basilares que regem a relação jurídica de consumo, tornando-a mais harmônica e equânime entre o consumidor e o fornecedor.

Em primeiro plano há o Princípio da Boa-fé, que é o instituto capaz e responsável pela busca por lealdade e cooperação entre os sujeitos da relação de consumo, com o intuito de evitar que haja onerosidade à atividade ou que ocorram expectativas excessivas da contraparte por meio de imposição de cláusulas abusivas. Esse princípio é disciplinado pelo art. 4º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 4º [...]

[...]

III - harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores; [...] (BRASIL, 1990):

Por conseguinte, decorrente do princípio supracitado, há o Princípio da Proporcionalidade, o qual tem por direcionamento reforçar a garantia de que haja reciprocidade entre as partes e suas respectivas prestações contratuais, preceituando que o consumidor possui como direito básico a possibilidade de alterar cláusulas proporcionais ou excessivamente onerosas, conforme prevê o art. 6º, inciso V do CDC.

Então, há o Princípio da Transparência, que garante cristalinidade às partes contraentes na forma de cláusulas contratuais claras e específicas, sobre as quais não se pode haver dúvidas, conforme disciplina o art. 4º, *caput*, do CDC:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua

dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...] (BRASIL, 1990)

Portanto, é de suma importância que haja a aplicação destes princípios, juntamente com os demais que são responsáveis por reger a relação de consumo, para que haja o fornecimento de condições justas entre as partes, alicerçadas em uma relação dinâmica, límpida e harmônica.

2.3. Direitos Básicos do Consumidor e a Teoria da Qualidade

A partir da cristalina visão de que a relação de consumo equilibrada é de previsão constitucional e infraconstitucional, passa-se a tratar sobre os direitos basilares do consumidor.

Neste contexto, para se iniciar as considerações sobre os direitos básicos dos consumidores, é necessário partir dos princípios legais, como o da dignidade da pessoa humana, da proteção à vida, saúde e segurança, da transparência, da vulnerabilidade, da liberdade de escolha, da intervenção do Estado, da boa-fé objetiva, do equilíbrio, da igualdade nas contratações e do dever de informação.

Destaca-se a relevância bastante apropriada do princípio da dignidade da pessoa humana, uma garantia fundamental advinda diretamente da Constituição Federal, a qual influencia diretamente na manutenção da premissa de respeito ao ser humano e suas necessidades, servindo de guia vital para os princípios da proteção à vida, à saúde e à segurança do consumidor.

Diante disto, entende-se que a proteção à vida, saúde e segurança são direitos que surgem diretamente ligados ao princípio da dignidade, sendo este uma base vital. Logo, com o intuito de assegurar que a qualidade de vida e a segurança do consumidor recebessem a devida atenção, o Código de Defesa do Consumidor, previu, em seu art. 6º, inciso I, “a proteção da vida”, “saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos”. Iniciando o rol de direitos básicos do consumidor.

Na mesma oportunidade, quanto ao princípio da harmonia, com previsão no artigo 4º, inciso III, do CDC, trata-se de uma segurança contratual presente na relação de consumo, baseada em princípios constitucionais, como a isonomia, a boa-fé, a solidariedade e os princípios gerais da atividade econômica.

E, dentre os princípios mais relevantes, está o princípio da boa-fé previsto no artigo 4º do CDC, possuindo a função precípua de tornar exequível a imperatividade constitucional quando se trata de ordem econômica, tornando a relação mais equalitária, equilibrando os interesses opostos de desenvolvimento econômico e proteção do consumidor em sua forma paternalista, por exemplo. Assim, a boa-fé é apta para servir para a defesa daquele que está em óbvia desvantagem econômica e, também, como parâmetro para a interpretação das garantias de ordem econômica.

Nesta senda, a partir de princípios norteados, notam-se os demais direitos basilares do consumidor como o ponto de partida para a construção de toda e qualquer relação de consumo para o que prega o art. 6º do CDC.

Neste sentido, é notória a preocupação com os princípios norteadores, observando os primórdios justificativos da criação da norma consumerista e abrangendo a intervenção do Estado no domínio econômico, com o intuito de proteger o consumidor quando este adquire produtos e contrata serviços para si.

Sendo assim, o inciso II do art. 6º traz a necessidade de haver transparência na relação de consumo, o que, em resumo, obriga ao fornecedor oferecer a oportunidade de que o consumidor conheça previamente os produtos e serviços oferecidos, conforme determinações contratuais.

Por conseguinte, como regra, o consumidor tem direito à igualdade nas contratações com fundamento no artigo 5º, caput, da CF/88, que trata especificamente do princípio da igualdade, abrangendo o dever de informar. Ambas as previsões encontram base no art. 6º, inciso III, do CDC, dispositivo que trará a obrigação do fornecedor informar, de todas as formas necessárias, as características, qualidades, riscos preços e todas as particularidades de seus serviços ou produtos, de maneira clara e precisa, não sendo admitido falhas ou omissões.

Indo além, e extremamente importante, o Código de Defesa do Consumidor veda, ainda, a publicidade enganosa ou abusiva no artigo 6º, inciso IV. Pondo, de forma autoexplicativa, o fator prejudicial desta desleal atitude do fornecedor ante o consumidor. Sendo assim, a legislação pátria é ativa no controle da publicidade enganosa e abusiva, exercendo sua autoridade por meio de normas específicas, tais quais os artigos 36 a 38 do mesmo diploma.

Ademais, a publicidade enganosa é vista como um ato de extrema aleivosia, e, portanto, possui punições próprias para o caso de sua ocorrência, tal qual se verifica pelos artigos 67 a 69 do CDC:

Art. 67. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva:

Pena Detenção de três meses a um ano e multa.

Art. 68. Fazer ou promover publicidade que sabe ou deveria saber ser capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança:

Pena - Detenção de seis meses a dois anos e multa.

Art. 69. Deixar de organizar dados fáticos, técnicos e científicos que dão base à publicidade:

Pena Detenção de um a seis meses ou multa. (BRASIL, 1990)

Nesta senda, os direitos que são primordiais e inerentes aos consumidores incluem a possibilidade de reforma de cláusulas que estabeleçam prestações desequilibradas, além do direito de requerer revisão de cláusulas contratuais que sejam excessivamente abusivas, onerosas ou restritivas; existem, também, o direito do consumidor à prevenção e reparação de danos materiais e morais, bem como a reparação integral de danos que lhes acometam.

Tais direitos, como é cristalina a observação, advêm diretamente dos princípios da boa-fé, do equilíbrio e da vulnerabilidade do consumidor, implicando na aplicação concreta do princípio constitucional da isonomia.

Importante salientar que, quando se trata do direito do consumidor de prevenção de direitos morais e materiais, existe a previsão legal de que o consumidor pode, e deve ir à juízo requerer medidas jurídicas para o ressarcimento dos danos, mas, também, requerer medidas cautelares, com o intuito de evitar os danos, como se nota pelos artigos 83 e 84 do CDC:

Art. 83. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (BRASIL, 1990)

Acerca disto, é notória a importância de abordar a teoria da qualidade e seus dois aspectos e como ela é capaz de ser tão influente na relação jurídica de consumo, posto

que é serve como principal proteção do consumidor contra vícios de qualidade. Nota-se que a teoria da qualidade se divide em dois aspectos: o primeiro é a proteção da segurança econômica e patrimonial do consumidor, diz respeito à possibilidade de danos e incidentes ao patrimônio do consumidor, sobre o qual podem incidir vícios de qualidade por inadequação; e o segundo é a proteção físico-psíquica do consumidor, no existe a figura do fato do produto.

É de grande valorosidade ressaltar que ambos os aspectos da teoria da qualidade não podem ser dissociados um do outro de forma completa quando aplicados ao campo fático, cabendo o estudo da harmonia dos traços mais relevantes de cada aspecto da teoria da qualidade, não havendo como afirmar de forma absoluta que a existência de um aspecto implique, taxativamente, na inexistência do outro.

Diante disso, tem-se que os vícios de qualidade por inadequação são aqueles em que existe a “inaptidão ou inidoneidade do produto para a realização do fim a que se destina”. Esses vícios são esboçados e abordados de acordo com a perspectiva econômica e a responsabilidade dos fornecedores quanto a esse aspecto da teoria da qualidade é abordado nos artigos 18 a 25 do CDC.

Nesse ínterim, o outro aspecto da teoria apresenta os vícios de qualidade por insegurança, ou por fato do produto. Esses vícios são aqueles que são comumente denominados de “acidentes de consumo”, isto é, o vício do produto ultrapassa os limites da coisa em si, em uma abordagem econômica, causando danos físico ou psíquico ao consumidor. Esse aspecto é primorosamente abordado pelo CDC nos artigos 12 a 17.

Para mais, a teoria da qualidade traz esclarecimento acerca da carência de compreensão sobre as duas formas de vícios contra a incolumidade econômica do consumidor: os vícios de qualidade *stricto sensu* e os vícios de quantidade.

O art. 18 do CDC aborda os vícios de qualidade *stricto sensu*, conforme podemos notar:

Art. 18. Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com a indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (BRASIL, 1990)

A partir da interpretação do dispositivo se entende que os vícios de qualidade *stricto sensu* são aqueles que tornarem os produtos indevidos ao consumo a que são reservados e ensejou a sua comercialização, além daqueles em que existem discrepâncias quando da análise do que se informa nas embalagens, rotulagens e afins, e os próprios conteúdos de fato dos produtos.

Por conseguinte, o art. 19 do CDC apresenta o vício por quantidade:

Art. 19. Os fornecedores respondem solidariamente pelos vícios de quantidade do produto sempre que, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, seu conteúdo líquido for inferior às indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou de mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha: [...]” (BRASIL, 1990)

O dispositivo supracitado traz a cristalina previsão de que se configura o vício de quantidade quando um produto, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, após a sua comercialização, apresente conteúdo líquido inferior ao que é informado na sua embalagem ou recipiente equivalente, ou mesmo ao que se informa em propaganda referente ao produto adquirido.

É fulcral que se torne clara a diferença entre o vício sobre o qual versa o Direito do Consumidor e o vício estudado no Direito Civil. Nota-se que são institutos que não devem ser confundidos, haja vista que acarretam consequências jurídicas divergentes entre si justamente por pertencerem a diplomas diversos.

Nesse sentido existe óbvia diferenciação entre os conceitos de vício e defeito, principalmente no que concerna à doutrina pátria. Logo, o vício é analisado como uma característica pertencente ao produto em si, intrínseco; em contrapartida, o defeito deve ser abordado como um problema extra, ou seja, algo extrínseco ao produto, o qual é responsável por causar dano ao consumidor, sendo denominado fato do produto (RIZZATO NUNES, 2011).

2.4. O Direito de Arrependimento

Diante desta temática, o CDC traz ao consumidor várias formas de proteção de sua vontade e inerente vulnerabilidade ante ao fornecedor e ao mercado de consumo.

Logo, um dos dispositivos que preveem essas proteções é o art. 49 do CDC, que contextualiza a possibilidade do consumidor se arrepender de uma compra realizada por determinados meios:

Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio. (BRASIL, 1990)

Ademais, o parágrafo único inerente ao dispositivo supra é explícito que, na ocorrência de o consumidor exercer o direito de arrependimento, “qualquer valor pago por qualquer título, durante o prazo de reflexão, será devolvido imediatamente, com justa correção monetária”.

Salienta-se que os 7 (sete) dias constantes no texto da lei, conferem a oportunidade ao consumidor de refletir sobre o contrato realizado, podendo desistir de compra realizada por impulso, seja para testar um produto ou por mera faculdade; além de permitir comparar produtos ou serviços, marcas e modelos e elucidar dúvidas de uso sobre um produto ou serviço. Além disso, ressalta-se que não há uma penalidade por recorrer ao direito de arrependimento por ser uma garantia consumerista legal.

Acerca do exposto, Flávio Tartuce comenta:

Tal direito de arrependimento, relativo ao prazo de reflexão de sete dias, constitui um direito potestativo colocado à disposição do consumidor, contrapondo-se a um estado de sujeição existente contra o fornecedor ou prestador. Como se trata do exercício de um direito legítimo, não há necessidade de qualquer justificativa, não surgindo da sua atuação regular qualquer direito de indenização por perdas e danos a favor da outra parte. Como decorrência lógica de tais constatações, não se pode falar também em incidência de multa pelo exercício, o que contraria a própria concepção do sistema de proteção ao consumidor. (TARTUCE, 2013, p. 275)

Neste diapasão, o direito de arrependimento possui justificativas de sua existência embasadas na necessidade de se obter informações acerca das compras à distância, ou seja, se tais dados são suficientes, insuficientes, ou mesmo inexistentes para que os consumidores possuam conhecimento dos produtos adquiridos diante da impossibilidade de averiguação física.

Logo, o previsto no artigo 49 do CDC se torna o centro de um debate sobre a necessidade de existência de um meio eficaz para que as partes estabeleçam um diálogo ao adquirirem um contrato de compra e venda, de tal forma que impeça e puna dados errôneos e não confiáveis. A eficiência desse dispositivo deveria ser equiparada aos previsto nos artigos 6º, 30 e 37 do CDC, que se preocupam em obstar a indução do

consumidor ao erro quando do adquirento de produtos e serviços comercializados através de propagandas falsas ou enganosas, através da proteção do direito de informação.

Os autores Claudia Lima Marques, Herman Benjamin e Bruno Miragem são bastante enfáticos nesse sentido, prevendo que “tal direito existe para proteger a declaração de vontade do consumidor, possibilitando que ele reflita com calma nas agressivas situações de vendas a domicílio”. (Marques; Benjamin; Miragem, 2010, p. 911).

Embora o fato de realizar compras pela internet fosse um advento ainda não fatural na época da edição do dispositivo, a jurisprudência¹¹ pátria já aborda a possibilidade desses tipos de aquisições serem abrangidas pelo art. 49 do CDC.

Nesse ínterim, o prazo sobre o qual versa esse dispositivo deve ser interpretado de acordo com o previsto no art. 132 do Código Civil:

Art. 132. Salvo disposição legal ou convencional em contrário, computam-se os prazos, excluído o dia do começo, e incluído o do vencimento.

§ 1º Se o dia do vencimento cair em feriado, considerar-se-á prorrogado o prazo até o seguinte dia útil.

§ 2º Meado considera-se, em qualquer mês, o seu décimo quinto dia.

§ 3º Os prazos de meses e anos expiram no dia de igual número do de início, ou no imediato, se faltar exata correspondência.

§ 4º Os prazos fixados por hora contar-se-ão de minuto a minuto. (BRASIL, 2002)

Por fim, o direito de arrependimento independe da existência de vício ou defeito no produto comprado, ou no serviço contratado, para ser exercido em sua plenitude, bastando apenas que a aquisição tenha se dado de forma remota, isto é, fora do estabelecimento comercial.

Dessa forma, não há um impedimento para o consumidor no que concerne a apelar para o direito de arrependimento nesses parâmetro, haja vista que, por ser um direito devidamente legislado, o fornecedor deve, presumidamente, ter conhecimento sobre ele e estar preparado para absorver qualquer prejuízo proveniente desse ato, levando em consideração o risco pela atividade comercial.

¹¹ <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/858553081/recurso-especial-resp-1531879-df-2015-0105867-9/decisao-monocratica-858553090>

3. DA PANDEMIA DE COVID-19

3.1. A Pandemia e seus Reflexos na Economia Brasileira

O vírus SARS-CvO-2, denominado Covid-19, surgiu em meados de dezembro de 2019, na província de Hubei, China e se alastrou por todo o globo em velocidade alarmante, criando diversas problemáticas em níveis mundiais no âmbito socioeconômico e salubre. Neste contexto, o Brasil se tornou apenas mais uma nação acometida pelas diversas consequências causadas pela Pandemia de Covid-19.

Tão severa foi a situação imposta pela Pandemia que até início de 2020 existiam poucas previsões que seriam otimistas sobre o prazo final do distanciamento social e uso obrigatório de máscaras e álcool em gel em locais públicos, impostos por conta da extrema volatilidade e transmissão do vírus.

Nessa fase da crise, os analistas especialistas projetavam que as recuperações econômicas poderiam ocorrer em torno de uma queda brusca na economia seguida por uma recuperação igualmente acentuada.

Contudo, com o decorrer dos meses e avanços e consequentes variações do vírus, a abordagem sobre recuperações econômicas começou a ser muito menos otimista, ocorrendo a conclusão de análise que previam recuperação lenta ou mesmo não haver recuperação por um longo período de tempo, existindo os estudos ainda mais pessimistas que ousavam prever uma queda profunda na economia, sem previsões de recuperação no cenário econômico mundial. (JUNIOR; RITA, 2020).

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE apontou uma previsão de queda do PIB brasileiro no primeiro e segundo trimestres, sendo a previsão para o segundo fora com índice negativo de 9,6.

Essa queda bruta culminou em um índice recorde de desemprego e uma consequente crise econômica neste país. Já no terceiro trimestre, houve um crescimento grande, de 7,7%.

Por conseguinte, o PIB avançou 3,2% no quarto trimestre de 2020, entretanto isso significou uma queda total de 4,1%. Trata-se de um recuo magistral que suprimiu um crescimento do PIB que já acumulava alta de 4,6% entre o período de 2017 a 2019, segundo o Sistema de Contas Nacionais Trimestrais do IBGE.

Diante de todo esse cenário, traz-se a necessidade de abordar como os fornecedores precisaram se adaptar para abrangerem a brusca mudança de realidade de vendas antes, durante e depois pandemia.

Observando a mudança dos hábitos consumeristas é possível notar uma tendência em buscar meios de compra que possibilitem cada vez mais mobilidade, mesmo antes da pandemia. Embora a busca por novas modalidades de compra e venda traga limitações físicas e dificulte a geração de receita para as empresas, traz um alavanque para o comércio digital, principalmente do fornecimento de alimentos, medicamentos e demais produtos considerados essenciais.

Tendo em vista, então, os acontecimentos e a evolução magistral da pandemia no Brasil, é possível verificar que o setor de comércio e serviços foi o mais prejudicado diante da sua, até então, limitação de venda atrelada ao tratamento físico.

Não obstante, as empresas que atuavam e atuam nesses ramos, seja se tratando de comércio de produtos ou prestação de serviços essenciais ou não-essenciais, viram-se na posição de mudança súbita de paradigmas, com o intuito de recuperar o caixa que começara a se perder no início da pandemia.

Logo, houve uma carência em acompanhar a mudança repentina dos hábitos de consumo, migrando e se adaptando à expansão do comércio eletrônico. De fato, esse tipo de comercialização digital se consolidou conforme houve o avanço do período de distanciamento social na pandemia.

As grandes redes varejistas e atacadistas acabaram por ter uma enorme vantagem na sua própria manutenção e de seus funcionários, haja vista a óbvia capacidade econômica suficiente para tomadas de medidas e aderências de novos meios de comercialização de mercadoria.

Ora, a capacidade de comprar e vender em larga escala é acompanhada pela capacidade de trabalhar com preços mais competitivos, com maior variedade de produtos, melhores localizações para filiais e maior capacidade de investimento em marketing. Todo esse aglomerado de benefícios culmina em maior margem de lucro e consequente crescimento em pleno período de pandemia.

Apenas para corroborar a notória concentração de mercado, nota-se que as pequenas e médias empresas foram, de fato, as mais afetadas por toda a problemática da pandemia, tendo em vista suas necessidades mais particulares, como pagamento de aluguéis por espaço, pouca capitalização, menor escala e abrangência, bem como menor grau de gestão profissional.

Indo além, diante das medidas de restrição durante a pandemia, os consumidores se habituaram a permanecer em suas residências, evitando permanecer ou mesmo se aproximar de aglomerações, decisão que desencadeou quedas nos faturamentos dos

pequenos negócios, estando, estes, impossibilitados de arcar com uma crise dessa magnitude sem danos estrondosos, mesmo com ajuda financeira oferecida pelo governo.

É indubitável que as empresas, para que continuem em atividade diante do período de pandemia, necessitam se adaptar à nova era digital e se adequar às novas demandas dos consumidores. Diante disso, ambas as empresas, de pequeno, médio e grande porte, recorreram às entregas por meios de aplicativos, através da contribuição de trabalhadores autônomos.

3.2. Da Lei nº 14.010/2020

Diante de todas as mudanças que o período de pandemia acarretou, existiram nuances sociais e econômicas bastante particulares e inerentes ao período de distanciamento social. Tais nuances impactavam nas relações jurídicas de natureza possessórias, consumerista e afins.

Logo, com o intuito de intermediar essas relações, na data de 12 de junho de 2020 a Lei nº. 14.010 foi publicada, com o intuito de contribuir com o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) durante o hiato econômico causado pela pandemia do coronavírus.

Neste interim, o art. 8º da referida lei dispõe sobre as relações de consumo que é o assunto:

Art. 8º Até 30 de outubro de 2020, fica suspensa a aplicação do art. 49 do Código de Defesa do Consumidor na hipótese de entrega domiciliar (delivery) de produtos perecíveis ou de consumo imediato e de medicamentos. (BRASIL, 2020)

Tratou-se de uma medida paliativa, tendo em vista o aumento repentino nas compras realizadas pela internet durante o período de pandemia por conta dos estabelecimentos fechados e o distanciamento social; a opção por compras através de sistema "delivery" foi a medida mais adotada pelos consumidores de alimentos e medicamentos.

Por conta de todas as adversidades enfrentadas pelos fornecedores de alimentos e medicamentos durante a pandemia, a Lei nº. 14.010 buscou proporcionar mais segurança jurídica à classe através do art. 8º do RJET, o qual apresentou uma compreensão extensiva do art. 49 do CDC.

Ademais, nota-se que a Lei, diante da abrangência do direito de arrependimento, suspende tal direito no que tangeria apenas à produtos de consumo imediato, em se tratando apenas de produtos perecíveis e de medicamentos, não obstante, os produtos

que não se encaixassem nessas categorias poderiam ser objetos da manifestação do direito de arrependimento do consumidor.

4. DA RELATIVIZAÇÃO DE DIREITO BÁSICO E GARANTIA FUNDAMENTAL DO CONSUMIDOR

Entende-se que, deveras, aqueles que são conhecidos e configurados como fornecedores enfrentam inúmeras dificuldades econômicas em virtude de todas as mudanças bruscas advindas do período de pandemia, e que medidas governamentais foram necessárias para que eles obtivessem impulso em suas vendas, em busca de se manter em funcionamento durante e após esse período, tal qual o Auxílio Emergencial.

Entretanto, nota-se facilmente que todo e qualquer direito do consumidor está inserto no CDC que tem previsão legal diretamente pela Constituição Federal, especialmente no art. 5º, inciso XXXII da Carta Magna, logo trata-se de um direito ou garantia fundamental.

Relativizar ou mesmo impor uma leitura mais abrangente de um direito que tem proteção constitucional implica em ignorar a natureza de tal direito e conseqüente abertura de precedentes para que mais direitos do consumidor possam ter mais leituras estendidas e modeladas para beneficiar os fornecedores, trazendo onerosidade aos consumidores.

A onerosidade proveniente da imposição de não poder mais desistir da compra de medicamentos, por exemplo, caberia totalmente ao consumidor, e mesmo que os fornecedores microempreendedores estivessem em situação de vulnerabilidade passageira, a lei prevê que o consumidor é a parte a ser defendida justamente por sua vulnerabilidade perene, conforme prevê o art. 4º em seu inciso I, do CDC:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo; [...] (BRASIL, 1990)

Acerca disso, Carlos Maximiliano afirma:

Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica. [...] As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser

de toda a evolução jurídica; e o direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social. (MAXIMILIANO, 1997:157)

É notória a periculosidade existente no ato de suspensão de um direito do consumidor, mesmo que temporariamente e de forma relativa e limitada, porque existe a enorme possibilidade de futuras decisões que relativizem outros direitos dessa classe, direitos esse que são protegidos e regidos como fundamentais diante da CF. Há a ocorrência, até mesmo, de regressão a uma fase jurídica em que o consumidor não era tratado em harmonia ao fornecedor, sendo este privilegiado pelo direito por já ser privilegiado economicamente.

Portanto, há exposição de dados que demonstram ser indubitável a importância da defesa do consumidor perante a Carta Magna, não havendo qualquer hiato que possibilite ignorar uma proteção dada pela legislação superior deste ordenamento apenas para beneficiar a parte mais abastada da relação de consumo, principalmente por se tratar de abrir precedentes para outros direitos sejam tratados com desdém e postos de lado para que uma classe se beneficie com a falta de atenção aos direitos de outra classe.

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa tratou de estudar a natureza da relação de consumo, as partes que são envolvidas e as premissas e princípios que a rege. Especificamente, houve a explicação conceitual do direito de arrependimento, previsto no art. 49 do Código de Defesa do Consumidor, e sua importância nas relações de consumo que envolvem a compra de produtos de forma remota, por possibilitar ao consumidor renunciar a compra, sendo essa renúncia exercida no prazo de 7 dias da assinatura do contrato ou da entrega do produto.

Ademais, houve a análise do art. 8º da lei 14.010 de 10 de junho de 2020 que estabeleceu que o direito de arrependimento fosse detido, ou melhor, relativizado, durante o período compreendido pela publicação da lei até a data de 30 de outubro de 2020 no que tangeria a entregas a domicílio de produtos perecíveis ou de consumo imediato, além de medicamentos.

É incontroverso que o objetivo do legislador foi proteger a parte que se tornaria vulnerável às consequências do exercício de arrependimento, o fornecedor, uma vez que não estaria apto a revender alimentos ou medicamentos que fossem eventualmente devolvidos.

Notório, ainda, que a releitura do art. 49 do CDC, através do art. 8º da lei nº 14.010 não trouxe malefícios duradouros aos consumidores justamente por se tratar de medida

temporária e com prazo findo. Mas a preocupação por se iniciar um precedente que abra portas para futuras relativizações de direitos do consumidor é o âmago da questão levantada pelo presente estudo.

Essa preocupação se embasa no fato de que a proteção consumerista é de suma importância para que o consumidor fique em par de harmonia e equidade com o fornecedor, sendo este detentor de maiores capacidades técnicas, jurídicas e econômicas que a sua contraparte na relação jurídica de consumo.

Sendo assim, paralelamente, para que o direito de arrependimento, inerente ao consumidor não fosse atingido por uma suspensão, o legislador precisaria tomar providências para que nenhum direito previsto no CDC que vise a proteção do consumidor, cerne desse Código, fosse suspenso ou recebesse qualquer releitura para beneficiar o fornecedor.

Por fim, é definitivamente necessário alertar que a pandemia e suas consequências são muito recentes para que haja mudanças bruscas no CDC, seja para proteger mais o consumidor, presumivelmente vulnerável, ou o fornecedor, presumivelmente mais amparado tecnicamente e economicamente. Em via alternativa, seria preferível que se revisassem o direcionamento tomado pelo exercício do direito de arrependimento.

Isso implicaria em determinar que o direito de arrependimento não abrangesse as compras de alimentos prontos, especificamente refeições e lanches, tendo em vista a natureza desses produtos altamente perecíveis, havendo um investimento em conscientização do consumidor quanto às consequências do desperdício alimentício.

Outrossim, no caso de manutenção do direito de arrependimento, se exercido em compras de alimentos e medicamentos, uma alternativa viável seria a aplicação da política de "cashback".

Em suma, o "cashback", que em inglês significa "dinheiro de volta", em tradução livre, funcionaria, no sistema de compras à domicílio por aplicativo, de forma a oportunizar ao consumidor que fez uma compra, obter parte de seu investimento de volta. A quantidade desses valores que retornaria aos consumidores poderia variar de 5% até em 100%, dependendo bastante do intuito e magnitude financeira dos fornecedores.

As empresas que intermediam o funcionamento do "cashback" seriam responsáveis pelo cadastramento dos consumidores no programa, facilitando que o consumidor, após confirmada sua compra, obtenha o dinheiro de volta através de transferência para sua conta corrente, ou em forma de criptomoeda, adquirindo a possibilidade de realizar compras futuras no mesmo estabelecimento.

Ambas as possibilidades seriam vantajosas para as partes que figuram na relação de consumo, haja vista ocorrer a captação de clientes para os fornecedores e consequente aumento nas vendas; a satisfação dos clientes em terem parte de seus investimentos de volta e o emprego de empresas terceiras que crescem através das comissões referentes às transações financeiras.

Aliado ao programa de “cashback”, existe a possibilidade de integrar programas sociais, para que as compras canceladas, em se tratando de alimentos e medicamentos, fossem direcionadas àqueles que mais necessitassem, incluindo até mesmo os próprios entregadores terceirizados das plataformas de compra, incluindo mais uma parte beneficiada no trâmite.

Dessa forma, os fornecedores aliados às plataformas não seriam inteiramente prejudicados pelos cancelamentos de pedidos, devido à quantidade de consumidores que seriam mais adeptos às compras nas plataformas, logo, na ocorrência de um cancelamento, o prejuízo seria mínimo.

Além disso, o consumidor ficaria satisfeito em receber seu valor compra de volta em seus pedidos, cancelados ou não, e o produto não seria desperdiçado, sendo encaminhado com segurança para ser útil em ações sociais que visassem a doação de alimentos e medicamentos à população mais desabastada.

REFERÊNCIAS

AGUDO, Hugo Crivilim; MUCHON, Beatriz Vieira. **Análise da responsabilidade civil na era tecnológica**. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.6, n.7. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BENJAMIN, A. H. V., MARQUES, C. L., BESSA, L. R. **Manual de direito do consumidor**. 3ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 125, 2010.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> – Acesso em: 27 maio. 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BRASIL. **Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET)**. Lei nº 14.010, de 10 de Junho de 2020. Planalto. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm> – Acesso em: 29 março. 2021.

CORDOVIL, Leonor. **Direito, gestão e prática: direito do consumidor: a visão da empresa e da jurisprudência.** São Paulo: Saraiva, 2014.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos Augusto de Albuquerque; TORRES, Márcio Roberto. **Direitos fundamentais e as relações privadas: superando a (pseudo) tensão entre a aplicabilidade direta e a eficácia indireta para além do patrimônio.** Revista Jurídica. Vol.04, nº.53, Curitiba, 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Comentários à Lei da Pandemia (Lei 14.010/2020).** Junho. 2020. Disponível em: <[https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/859582362/comentarios-a-lei-dapandemia-lei-14010-2020#:~:text=10\)-,Art.,30%20de%20outubro%20de%202020.&text=Antes%20do%20C%C3%B3digo%20Civil%20de%20tratado%20como%20uma%20prescri%C3%A7%C3%A3o%20aquisitiva.](https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/859582362/comentarios-a-lei-dapandemia-lei-14010-2020#:~:text=10)-,Art.,30%20de%20outubro%20de%202020.&text=Antes%20do%20C%C3%B3digo%20Civil%20de%20tratado%20como%20uma%20prescri%C3%A7%C3%A3o%20aquisitiva.)> Acesso em: 02 de nov. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Trabalho — **Desocupação, renda, afastamentos, trabalho remoto e outros efeitos da pandemia no trabalho,** 2020. Disponível em: <<https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>>. Acesso em: 30 out. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **SCNT - Sistema de Contas Nacionais Trimestrais,** 2020. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/economicas/contas-nacionais/9300-contas-nacionais-trimestrais.html?edicao=30161&t=destaques>>. Acesso em: 30 out. 2021.

JUNIOR, F.; RITA, L. Impactos da covid-19 na economia: limites, desafios e políticas. **Cadernos de Prospecção.** Salvador, v. 13, n. 2, Edição Especial, p. 459-476, abr. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.ufba.br/index.php/nit/article/view/36183>> Acesso em: 30 out. 2021.

MARQUES, Claudia Lima et al. **Manual de Direito do Consumidor.** 3.ed. São Paulo: RT, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** 16ª ed. Rio de Janeiro, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. Direito, Estado e Sociedade.** PUC Rio. nº 29. 2006.

NAKAHIRA, Ricardo. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais**. PUC, 2007.

NUNES, Rizzato. **Curso de Direito do Consumidor**. 12 ed. Saraiva: São Paulo, 2018.

RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. **Curso de direito do consumidor**. 6ª ed, São Paulo: Saraiva, p. 225-226, 2011.

RODRIGUES, Eliane de Andrade. **Crimes contra as relações de consumo: uma consequência da falta de fiscalização do poder público sob a análise do código de defesa do consumidor e da lei 8.137/90**. V. 14, n.1, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANCHEZ, Alessandro. **Direito empresarial I: teoria geral do direito empresarial, concorrência e propriedade intelectual**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SOUZA, Motaui Ciocchetti de. **Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TARTUCE, Flávio, et al. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª Ed. São Paulo: Gene Método, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GRILAGEM EM TERRAS PÚBLICAS

MARGARIDA DE ARAÚJO RODRIGUES:

Graduanda do curso de direito na Faculdade Católica do Tocantins

WELLINGTON GOMES MIRANDA ¹²

RESUMO: Dedicar-se o artigo em questão ao estudo da grilagem em terras públicas. O intento primário é analisar a ocorrência de regularizações de terras públicas através da grilagem, bem como identificar os principais meios utilizados por grileiros para se tornar proprietário de áreas rurais. O objetivo é evidenciar a necessidade de uma política fiscalizadora e de uma Reforma Agrária. Após as pesquisas verificou-se que ao longo desses anos nenhum governo tentou efetivamente resolver o problema dessas fraudes em torno de terras públicas, apenas amenizam a população com publicação de Medidas Provisórias que nada solucionam. O estudo foi realizado através de referências doutrinárias pertinentes à matéria, as quais se debruçaram em apreciar o presente caso e estabelecer diretrizes que propiciaram a contextualização e compreensão do tema proposto de forma concisa.

Palavras-chaves: Grilagem – Terras Públicas – Reforma Agrária.

ABSTRACT: The article in question is dedicated to the study of land grabbing on public lands. The primary purpose is to analyze the occurrence of regularization of public lands through land grabbing, as well as to identify the main means used by land grabbers to become owners of rural areas. The objective is to highlight the need for a supervisory policy and agrarian reform. After the surveys it was found that over these years no government has effectively tried to solve the problem of these frauds around public lands, they only ease the population with the publication of Provisional Measures that solve nothing. The study was carried out through doctrinal references relevant to the subject, which focused on appreciating the present case and establishing guidelines that provided a concise contextualization and understanding of the proposed theme.

Keywords: Land grabbing – Public Lands – Agrarian Reform.

1 INTRODUÇÃO

¹² Mestre em prestação jurisdicional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Universidade Federal do Tocantins. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus/DF, em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT. E-mail: wellington.gomes@catolica-to.edu.br

A grilagem em terras públicas surgiu de uma prática para dar aspectos de envelhecimento a falsos documentos, inserindo-os em uma caixa com grilos, que os deixava amarelados e com buracos, dando uma aparência forçada de que os documentos seriam antigos para poder regularizar terras públicas ocupadas por grileiros. Esta prática gerou fraudes em forjar documentos e até mesmo averbações duvidosas em diversos cartórios de registro de imóveis espalhados pelo país.

O objetivo do trabalho é analisar a ocorrência de regularizações de terras públicas através da grilagem, assim como identificar os principais meios utilizados por grileiros para se tornar proprietário de áreas rurais, e evidenciar a necessidade de uma política fiscalizadora e de uma Reforma Agrária.

Nessa perspectiva, questiona-se: quanto tempo ainda levará para que seja realizada uma Reforma Agrária conforme previsto na Constituição?

O tema tem sua importância devido às inúmeras medidas provisórias publicadas pelos governantes no intuito de promover uma política fiduciária que em vez de trazer benefícios e definir a regularização dessas terras acaba gerando mais violência e mais danos ambientais.

Justifica-se pela necessidade de aprofundar o conhecimento e orientar aos cidadãos quanto à necessidade de ser realizada uma Reforma Agrária para que a Administração Pública realize uma fiscalização efetiva.

A metodologia adotada é a pesquisa bibliográfica, a partir de livros e artigos sobre o tema, recorrendo a abordagens de caráter qualitativo, pois a finalidade é observar, registrar e analisar o processo de regularização de terras públicas ocupadas por terceiros sem licitação.

2 GRILAGEM DE TERRAS PÚBLICAS NO BRASIL

De acordo com o Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia – IPAM, a grilagem é uma das diversas formas de fraudes documentais de títulos de domínio sobre terras, podendo estas terras serem públicas, privadas, urbanas ou rurais. A grilagem de terras no Brasil é muito comum no interior e tornou-se fortemente lucrativa a partir da multiplicação das terras de papel.

O fenômeno da grilagem teve grande destaque nas terras do norte e do nordeste brasileiro. Nestes locais, os grileiros se consideram como titular e proprietários privados das terras de terceiros ou de terras devolutas, ou seja, terras públicas sem destinação, para se apossar das mesmas.

Segundo Prieto (2020), o primeiro marco jurídico da constituição da propriedade privada das terras no Brasil se deu através da publicação da Lei de terras que entrou em vigor em 1850. A Lei de terras legalizou os títulos de terras sesmarias da América Portuguesa.

Diniz (2005) define as terras sesmarias como terrenos incultos e abandonados entregues pela Monarquia portuguesa desde o século XII às pessoas que se comprometeram a colonizá-los dentro de um prazo previamente estabelecido. Os documentos mais antigos das capitanias datam de 1534.

O processo nacional de legalização de terras no período colonial ocorreu de uma combinação legislativa entre a Constituição de 1824 vigente na época e a Lei de terras. Este processo de legalização gerou uma luta por terras através de práticas violentas contra camponeses-posseiros, indígenas e quilombolas. Os conflitos em torno dessa legalização de terras decorreram da previsão da Lei de terras que apenas definiu quais seriam as terras públicas, esquecendo de definir quais seriam as terras reservadas para o processo de colonização ou destinadas aos povos indígenas. (PRIETO, 2020).

Os objetivos jurídicos e eminentemente sociais, políticos e econômicos da Lei de Terras foram: i) proibir a investidura de qualquer súdito, ou estrangeiro, ao domínio de terras devolutas, excetuando-se os casos de compra e venda; ii) outorgar títulos de domínio aos detentores de sesmarias confirmadas; iii) instituir títulos de domínio a portadores de quaisquer outros tipos de concessões de terras feitas na forma da lei então em vigor, uma vez comprovado o cumprimento das obrigações assumidas nos respectivos instrumentos; e iv) assegurar a aquisição do domínio de terras devolutas através da legitimação de posse, desde que fosse “posse mansa e pacífica”, anterior e até a vigência da lei. (PRIETO, 2020, p. 138)

O Registro Paroquial ou do Vigário foi o primeiro registro de terras brasileiras instituído pelo Decreto nº 1.318 de 1834, no qual os possuidores de títulos de sesmaria e ocupantes de terras ficaram sujeitos à legalização de seus direitos. (GARCIA, 2011). Entretanto, o registro do vigário não impedia que títulos falsificados fossem cadastrados, uma vez que não podiam os vigários se recusarem a receber os registros.

O título de posse foi o documento que obteve o maior número de emissão na época, chegando a ser emitidos cerca de 500 mil títulos que vigoraram durante 105 anos, segundo Santos (2016). Na época colonial surgiu uma espécie de fábrica de falsificação de títulos. Maretti (2020) explica que o processo de falsificação se dava da seguinte forma, os documentos eram colocados em caixas com grilos para que com a ação dos insetos nos

documentos desse uma aparência envelhecida e demonstrasse no momento do registro a sua veracidade devido a sua aparência.

Esta técnica utilizada atualmente é considerada arcaica e ultrapassada, porém, a nomenclatura prevaleceu para se referir a qualquer conduta ilícita que tem por finalidade a transmissão de terras públicas para compor patrimônio de terceiros se define como grilagem, se originando na esfera administrativa e restando garantido no âmbito rural com a apropriação de propriedades.

A Lei de Terras vigorou até 1931 e deixou um péssimo legado na história fundiária brasileira. A lei excluiu o direito de terras dos negros escravizados na época, dos povos indígenas e dos camponeses. Em sua pesquisa, Silva (2020) demonstra que o Brasil possui 8,51 milhões de Km² correspondendo a 851 milhões de hectares.

A grilagem de terras no Brasil se prolonga até o atual século XXI devido às deficiências encontradas no sistema de controle de terras, chegando a ser hoje considerado um negócio lucrativo. Entretanto, também é considerada crime por ser enquadrada nas definições tipificadas no código penal nos artigos 297 que prevê a falsificação de documentos públicos, 298 que prevê a falsificação de documentos particulares e 299 que prevê a falsificação ideológica.

O contexto histórico da grilagem também se associa a outras práticas criminosas como o uso de jagunços e pistoleiros para expulsar moradores ou invasores de terras.

2.1 AS FINALIDADES DA GRILAGEM DE TERRAS

A CPI da grilagem considera que as finalidades das grilagem são: a) revender as terras em grande escala e, com isso, obter ganhos financeiros; b) obter financiamentos bancários para projetos agropecuários, dando a terra como garantia; c) obter terra para assegurar a exploração madeireira ou para uma futura atividade agropastoril; d) dar a terra grilada como pagamento de dívidas previdenciárias e fiscais; e) conseguir indenização nas ações desapropriatórias, para fins de reforma agrária ou de criação de áreas protegidas. (CARVALHO, 2001)

A Amazônia passou por vários ciclos econômicos e por aquisição de terras por meio da posse. Entre os séculos XVII e o início do século XX ainda não havia a necessidade da garantia jurídica da propriedade de terras na região. Vigoraram nessa época alguns sistemas que nos dias atuais favoreceram a falsificação de documentos e a grilagem. A grilagem na Amazônia se desenvolveu principalmente em razão da atividade madeireira, da soja e da pecuária.

No Estado do Pará os ciclos econômicos geraram uma ocupação no território através da migração e buscavam riqueza através da borracha e do ouro. Essas ocupações

de terra para o trabalho davam aos imigrantes a condição de donos dos seus roçados. Desta forma, esses novos ocupantes se instalaram em terras públicas sem nenhuma formalidade antecipada.

Em 1930 surge no Maranhão a grilagem através do que foi considerado uma marcha para o norte que buscava novas áreas de fronteira agrícola pelo capital agrário sulista. Os grileiros chegaram através da abertura de estradas e foi o estado em que ocorreu mais conflitos por essa luta por terras.

A economia em torno da grilagem tem variado ao longo dos tempos, de acordo com a disponibilidade de recursos naturais e com as demandas de mercado. Entre as décadas de 60 e 80, o principal motivo de grilagem era a mineração de ouro, bauxita e estanho. A partir de então, tem sido a madeira, seguida pela pecuária extensiva.

Observa-se que existiam grileiros por todo o território nacional em busca de terras para trabalhar e gerar lucros. Estes grileiros eram pessoas que ocupavam uma zona ao redor das cidades ou das rodovias e faziam fortunas através da exploração madeireira, à pecuária, ao comércio de produtos agrícolas etc.

A CPI buscou investigar diversos acontecimentos envolvendo a apropriação indevida e ilegal de extensas áreas de terra na Amazônia pertencentes ao patrimônio público. Em seu relatório final apresentou um resultado da existência de 200 milhões de hectares de terras griladas, sendo envolvido cerca de 50 cartórios de imóveis relacionados aos títulos fraudulentos apresentados como legítimos.

Tadeu (2020) expõe que as fraudes ocorridas na Amazônia se davam através de: fraude nos títulos: assinaturas, nomes, dizeres, datas e números falsificados; b) fraudes nos processos: títulos registrados sem processos, sem editais ou sem obedecer às formalidades legais; c) fraudes na demarcação: demarcações feitas na prancheta, sem visitas a campo. d) fraudes na localização; e) fraudes nos registros: os cartórios chegaram a registrar como propriedade qualquer documento que lhes era entregue, até simples contratos de compra e venda de posses ou certidões administrativas de processos.

2.2 AS TERRAS DEVOLUTAS

A Constituição Imperial do Brasil de 1924 garantiu o direito de propriedade em toda a sua plenitude e previa que a propriedade não poderia ser exercida contra interesse social ou coletiva. Na atual Constituição Federal de 1988 vigente estabelece no art.5, XXIII e no art. 170, III que a função social da propriedade é uma garantia fundamental e um princípio de ordem econômica.

Art. 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência

digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

III - função social da propriedade; (BRASIL, 1988, n.p.)

A Constituição de 1924 atribuiu as terras devolutas ao domínio dos Estados com exceção das fronteiras, das fortificações, das construções militares e das estradas de ferro federais. E a melhor definição de terras devolutas sob domínio do Estado e da União só foi delimitada de forma ampliada pela Constituição de 1988 que incluiu aquelas terras indispensáveis à preservação ambiental.

Romano (2020) expõe em sua pesquisa que as terras devolutas são as terras públicas não aplicadas ao uso comum nem ao uso especial. São bens públicos dominicais. São terras de origem de propriedade fundiária que pertencem ao Estado, mas não lhe é aplicada nenhum uso público. Cabe ressaltar, que o fato desta terra não se acha transcrita em nome de qualquer particular não quer dizer que elas compõem as terras devolutas.

Terras devolutas são todas aquelas que, pertencentes ao domínio público de qualquer das entidades estatais, não se acham utilizadas pelo Poder Público, nem destinadas a fins administrativos específicos. São bens públicos patrimoniais ainda não utilizados pelos respectivos proprietários. Tal conceito nos foi dado pela Lei imperial nº 601, de 18 de setembro de 1854, e tem sido aceito uniformemente pelos civilistas. (ROMANO, 2020 apud MEIRELLES, 1966, p. 453)

Quanto à usucapião de terras públicas a Constituição Federal de 1988 no art. 183 § 3º e art. 191 veda essa possibilidade assim como no art. 102 do Código Civil. A usucapião rural só se aplica a imóveis com área inferior a 50 hectares e se preencher algumas outras condições exigidas. Entretanto, a Constituição também expõe a necessidade de se ter uma estrutura fundiária para que todos tenham acesso ao direito de uma moradia e que a produção agrícola em terras se diversifique e garanta os alimentados daqueles que delas dependem.

A Lei 6.383/76 em seu art. 29 prevê uma possibilidade de legitimação de terras públicas que será daqueles ocupantes de terras rurais que fizeram desta terras produtivas com seu trabalho e de sua família terão direito da legitimação da posse da área até 100 hectares, desde que não seja proprietário de outro imóvel rural e comprove a moradia permanente e cultura efetiva, pelo prazo mínimo de 1 ano. Desta forma, os sítiantes e os pequenos produtores poderiam ser beneficiados.

2.3 A ATIVIDADE GRILEIRA SE APERFEIÇA COM O TEMPO

O processo de ocupação do Brasil é caracterizado pela apropriação indevida de terras públicas. A prática de falsificação de documentos para se tornar donos de terras ganhou força pelo país diante da inércia do poder público. A desigualdade agrária se constituiu com grande facilidade por parte do poder público que facilitava para algumas pessoas ou buscavam vantagens para si com a ajuda de alguns servidores que realizavam esse tipo de registros.

As atuais modalidades de grilagem é uma verdadeira máfia fundiária que conta com o auxílio do poder público e dos diversos setores da sociedade. É um reflexo de um país cheio de regalias e corrupção consolidadas na cultura de seus habitantes.

A professora Motta (2001) em sua tese de doutorado apresenta o caso do seu Manuel Pedro, Joaquim Cabral, Venâncio de Tal e Francisco Rodrigues que em 1837 em companhia de suas respectivas mulheres começaram a derrubar matas virgens na Paraíba do Sul - RJ, onde hoje é Grota Funda acreditando se tratar de terras devolutas. Os lavradores na época iniciaram cultivos de subsistência para a manutenção de sua numerosa família. Entretanto, o fazendeiro João Correia Abrahão abriu três processos alegando ser dono das terras e que as ocupava a cerca de 14 anos.

A história de Manoel Pedro e seus companheiros, sujeitos anônimos de uma história de expropriação no Brasil, não se constitui um exemplo de um movimento social organizado, com projetos políticos claros e definidos no embate da luta. Entretanto, esses pequenos posseiros buscavam legitimar a sua ocupação. O caso do Manoel Pedro se assemelha com o que hoje é o movimento sem terras.

O Carlos Medeiros aconteceu no Estado do Pará onde uma gangue de grileiros usou documentos em nome de Carlos Medeiros para se apossar de cerca de 12 milhões de hectares de terra. Segundo Greenpeace correspondia a cerca de 10% do Estado do Pará. No relatório da CPI concluiu que uma Carta de Adjudicação passada em favor de um personagem denominado Carlos Medeiros, extraída dos autos do inventário dos bens supostamente deixados por falecimento de Manoel Fernandes de Souza e Manoel Joaquim Pereira, em que citava como bens do casal inúmeros imóveis rurais localizados pelo Estado.

Em 1975, um juiz reconheceu a legitimidade da reivindicação de Medeiros, mas ele foi, mais tarde, afastado do cargo por irregularidades. Carlos Medeiros nunca apareceu. Seus advogados disseram que não conseguiram localizá-lo para trazê-lo à investigação da CPI e sua existência nunca foi confirmada.

Outro caso que ganhou destaque foi a invasão da Terra do Meio em que se buscava árvores de mogno e de novas áreas para a pecuária. Este caso aconteceu na antiga estrada de garimpo, entre o rio Xingu e a Vila Canopos, esta rota se tornou a principal rota de invasão para madeireiros que chegaram a abrir mais 600 quilômetros de estradas ilegais

em busca das árvores de mogno. Segundo Greenpeace, em 2004 cerca de 70 mil hectares de terras do Pará foram desmatadas e queimadas para implantação de pastagem.

3. O PROGRAMA TERRA LEGAL E SUAS TRANSFORMAÇÕES

A política brasileira quanto a ações fundiárias sempre se destinou a facilitar a privatização das terras públicas. Os governantes estabeleceram ao longo dos anos uma série de medidas provisórias como: MP 255, de 2005; MP 422, de 2008 e MP 458, de 2009, nos governos de Lula; a MP 759, de 2016, no governo de Michel Temer, e, mais recentemente, já no governo de Jair Bolsonaro, a MP 910, de 2019.

Segundo Torres, Cunha e Guerrero (2020) estas medidas provisórias propostas aos longos dos anos tinham o objetivo de promover uma regularização fundiária e flexibilizar as regras de alienação de terras públicas em favor de particulares.

O Partido dos Trabalhadores – PT entrou no poder em 2003 com a posse do Presidente Luís Inácio Lula da Silva, este partido era regido com a força dos movimentos socioterritoriais e sindicais e diziam atender os anseios da maioria pobre do país. Entretanto, a vitória eleitoral trouxe junto articulações políticas com setores da elite nacional e a política geral implantada nos ministérios da agricultura e do desenvolvimento agrário ficaram divididas entre socialistas e capitalistas.

O início do governo foi marcado pelo INCRA que definiu a reforma agrária a partir da política de desapropriação de imóveis improdutivos e pelo apoio do presidente Lula ao Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra – MST. Ambos os acontecimentos encaminharam para a elaboração do documento do II Plano Nacional de Reforma Agrária - PNRA coordenado por Plínio de Arruda Sampaio.

Segundo Oliveira (2015) no segundo e no terceiro mandatos do PT não foi elaborado o III PNRA, o segundo foi marcado pela contrarreforma agrária derivada da aprovação das Leis nº 11.763/2008 e nº 11.952/2009, que passaram a permitir a regularização da grilagem da terra pública rural e urbana na Amazônia Legal. O governo criou o Programa Terra Legal para regularizar as terras públicas do INCRA griladas pelos latifundiários do agronegócio. O terceiro mandato foi marcado pela não realização da reforma agrária, não demarcação dos territórios quilombolas e das terras indígenas.

A MP 255/2005, posteriormente convertida na Lei 11.196/2005, determinou um aumento no limite de alienação de terras públicas da Amazônia legal de 100 para 500 hectares para os particulares que já detinham a posse antes de 1º de dezembro de 2004. A ocupação de terras públicas na Amazônia legal tinha dois caracteres: objetivo que era a exploração caracterizada pela ocupação direta, moradia permanente, cultura efetiva e o subjetiva que o ocupante era pessoa física que não possuía outro imóvel rural.

O Código Florestal instituiu a obrigatoriedade do CAR, um registro público eletrônico obrigatório para todos os imóveis rurais, cujo objetivo seria o de integrar as informações referentes aos parâmetros ambientais ao imóvel, zoneando áreas de preservação permanente e reservas legais. Contudo, o cadastro prestou-se à apropriação ilegal de terras.

3.1 LEI 13.465/2017: MEDIDA PROVISÓRIA DA GRILAGEM

A Medida Provisória nº 759 conhecida como a Medida Provisória da grilagem regulamenta a organização fundiária. A Medida tinha como objetivo tratar sobre os assentados da reforma agrária, a regulamentação de glebas na Amazônia e facilitar a transferência de terras públicas da União à pessoa física ou jurídica. Através dessa medida em 2017 foi promulgada a Lei 13.465.

A Lei 13.465/2017 também está relacionada ao tema da Amazônia Legal, através desta lei ocorreu mudanças na data de data que o ocupante deverá ter a posse da terra para fins de regularização fundiária, sendo este 22 de julho de 2008. A lei também alterou o limite máximo para alienação sem licitação, que passou a ser 2.500 hectares. Cabe ressaltar que a constituição prevê que o limite para a alienação de terras públicas sem licitação é de 2.500 hectares. Desta forma, a lei atingiu o limite constitucional.

No art. 2 inciso III da citada lei prevê uma redefinição do conceito de exploração direta, antes se entendia como um critério para promover alienação direta de terras públicas e agora se caracteriza como um sujeito que explora a terra por meio de pessoa jurídica que seja titular majoritário ou integral do seu capital social.

Segundo Carvalho (2019) a Lei foi proposta com o objetivo de dar aos proprietários mais pobres títulos de terras para cultivar. Assim como de promover uma maior justiça social na divisão de terras das famílias que ocupavam a amazonas e não tinha uma terra legalizada. O presidente Michel Temer pregava uma política fundiária, afirmava haver milhões de hectares de terras da União a serem destinados a lavradores e que a regulamentação destas terras reduziria os conflitos e garantiria uma segurança jurídica para diversas famílias.

Entretanto, o efeito gerado é totalmente contrário. A aplicação dessas medidas gerou um incentivo ao aumento dos danos ambientais, um aumento na impunidade ao legitimar ocupações ilegais em grande escala e não solucionou o problema da preservação do latifúndio em detrimento dos pequenos grupos de agricultura familiar.

A Lei 13.465/2017 distancia-se do cumprimento dessas metas. Ela autoriza transferência em massa de bens públicos para pessoas de média e alta renda, visando a satisfação de interesses particulares, em

claro prejuízo à população mais necessitada, o que causará grave e irreversível impacto na estrutura fundiária em todo território nacional, seja por incentivar a ocupação irregular de terras (a “grilagem”) e o aumento de conflitos agrários, seja por suprimir as condições mínimas para continuidade daquelas políticas constitucionais (BRASIL, ADI 5771, n.p.).

3.2 MEDIDA PROVISÓRIA 910/2019 E O PROJETO DE LEI 2.633/2020

A Medida Provisória 910/2019 sancionada pelo presidente Bolsonaro também é conhecida como MP da grilagem. Esta Medida foi considerada inconstitucional por alterar drasticamente as regras sobre regularização fundiária de ocupações em terras públicas federais, possibilitar a anistia ao crime de invasão de terras públicas praticado entre 2011 e 2018 e permitir a titulação de áreas públicas desmatadas ilegalmente nesse período.

Devisate (2018) ao analisar a Medida Provisória identifica como sendo os principais pontos a alienação em direito real de uso e em doação, a abertura de matrícula no registro de imóveis para os casos de doação e concessão de direito real de uso e a isenção de custas e emolumentos para registro dos títulos de domínio ou de direito real de uso concedidos.

A Medida Provisória gerou muita polêmica pelos opositores do atual presidente que a considerou a medida como inconstitucional e uma ameaça e uma ameaça socioambiental à Amazônia.

A respeito do tema o repórter Bertolotto (2020) publicou sobre o movimento por parte da mídia que causou uma pressão contra a MP 910 após o vídeo de Felipe Neto pedindo que personalidades públicas se posicionem sobre o que, em sua visão, representam uma sequência de ameaças à democracia, que incluem os retrocessos ambientais promovidos pelo governo Bolsonaro.

Artistas como Anitta, Bruno Gagliasso, Gisele Bündchen e Dirá Paes se manifestaram contra a MP 910 equiparam os pequenos agricultores aos grileiros. Desta forma, uma onda de resolve na mídia se iniciou em torno que os indígenas e os quilombolas seriam vítimas de violência em uma luta por terras.

Entretanto, a Medida Provisória visava atender o pequeno produtor rural que a anos tenta regularizar sua terra e que o governo não consegue nem controlar e nem fiscalizar. A MP 910 não gerará grilagem. Assim como, a MP regula as terras da União de todo o território brasileiro e não apenas da Amazônia como os artistas afirmaram.

A Coalizão Ciência e Sociedade após a publicação das medidas apresentou os seguintes dados: do total de 123 milhões de hectares de terras públicas federais, cerca de

12 milhões foram destinadas para Terras Indígenas correspondente a 10%, 14 milhões para Unidades de Conservação de Proteção Integral correspondente a 11%, e outros 14 milhões para Unidades de Conservação de Uso Sustentável correspondente a 11%. Os 48% restantes das terras públicas federais foram destinados para uso agropecuário, sendo 19,5 milhões de hectares cerca de 15% como assentamentos e áreas de uso comunitário, 13 milhões cerca de 10% como áreas privadas destinadas e 7 milhões cerca de 7% de imóveis no Programa Terra Legal, parte ainda em processo de análise.

O Relatório científico de Sparovek (2020) evidencia que a MP visa à destinação de 43 milhões de hectares de terras federais correspondente a 34%, dos quais aproximadamente 18 milhões correspondente a 14% são áreas privadas autodeclaradas inscritas no Cadastro Ambiental Rural - CAR e cerca de 25 milhões correspondente a 20% em áreas sem indicação de destinação que se encontram fora do CAR.

Devisate (2018) analisa a Medida Provisória de forma positiva, diz que é preciso interpretá-la em consonância com os Decretos Presidenciais 10.165 e 10.166. Considera que a intenção da medida é boa e fundamental, podendo ser considerada com um novo marco regulatório da questão fundiária, pois acredita que não se deveria mais se discutir sobre grilagem de terras públicas, uma vez que a diretriz elementar para definir as terras devolutas e o seu destino é a Lei de Terras de 1850, editada por Dom Pedro II.

Ao contrário do que foi levantado pelos artistas à medida que a MP estaria garantindo os direitos dos grileiros e anistiar quem desmatou em 2018. A MP em seu texto não prevê isso. Áreas indígenas, quilombolas ou qualquer outra restrição não serão objeto de regularização fundiária. O desmatamento continua sendo tratado e regulamentado pelo Código Florestal. A regularização fundiária proposta pela MP trará obrigações para o produtor rural, sendo uma delas a responsabilidade ambiental.

A Medida Provisória 910/2019, que trata da regularização fundiária de ocupações em terras da União, perdeu a validade em 19/05/2020 sem ser votada nos Plenários da Câmara dos Deputados e do Senado. Diante da polêmica sobre o texto, os deputados resolveram apresentar um projeto de lei em substituição à medida, a PL 2.633/20.

A MP pretendia gerar um controle ambiental maior na preservação ambiental ao obrigar os interessados a aderirem ao Cadastro Ambiental Rural. E os interessados em regularizar suas terras terão que pagar um valor estipulado pelo INCRA que teria relação com o valor da terra nua naquela região, mesmo que o pequeno agricultor tenha feito melhorias na propriedade.

O PL 2.633/20, por sua vez, estabelece critérios para a regularização fundiária de imóveis da União, incluindo assentamentos. As regras são restritas a áreas ocupadas até

julho de 2008 com até seis módulos fiscais, ou seja, unidade fixada para cada município pelo Incra, que varia de 5 a 110 hectares.

4. AS IMPLICAÇÕES DA NEGLIGÊNCIA FUNDIÁRIA

A Constituição Federal prevê no artigo 6º o acesso à moradia como um dos direitos sociais. Ter um ambiente próprio para desenvolvimento e evolução é uma necessidade básica do indivíduo que, apesar de estar elencado na Carta Magna como um aspecto social, está intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana, revestindo-se assim, com um caráter também fundamental.

No Capítulo III da Constituição Federal de 1988 ao tratar da política Agrícola, fundiária e da reforma agrária, aduz que compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, sendo que, a política agrícola será planejada e executada na forma da lei com o envolvimento dos produtores e trabalhadores rurais, além dos demais ramos interessados.

Desta forma, não há que se falar em ilegitimidade e muito menos em criminalização das ocupações, visto que, face aos fatos exarados, os pequenos produtores rurais apenas buscam consolidar direitos a eles atribuídos pelo próprio Poder Constituinte Originário. Entretanto, a Reforma Agrária nunca passou de uma bonita e democrática ideia de política social.

O problema da grilagem não é apenas no contexto social, mas também no contexto ambiental. A grilagem de terra exerce grande influência negativa no contexto ambiental. A ocupação privada da natureza, com predomínio da burguesia nacional tem disponibilizado sob uma nova perspectiva que se permita a apropriação de terras para mantê-las como fonte de capital.

Segundo Carvalho (2019), o assentamento de glebas, principalmente na região da Amazônia, se transformou em um dos principais objetivos da atividade grileira no país, sendo uma das mais relevantes ferramentas para o domínio fundiário.

É necessário uma atitude fiscalizatória por parte dos entes políticos para uma fiscalização fundiária efetiva e um controle agrário efetivo para trazer bons resultados para todos os aspectos da realidade campezina e também urbana.

A estrutura fundiária do Brasil tem duas características fundamentais: a grilagem das terras públicas e a concentração. Os governantes utilizam-se de uma política voltada a igualar a partilha de terras e a promover a regularização dos documentos de terras do ocupante pobre e acabam não promovendo o que prevê na Constituição federal que é uma verdadeira reforma agrária.

Ocorre que as práticas de grilagem são utilizadas tanto pelos pobres como pelos os ricos que muitas vezes se utilizam de laranjas para terem os domínios das terras obtidas por meios de grilagem regularizados. As MP e o Movimento Sem Terras geraram um aumento nos números de terras públicas invadidas através de violência que causou mortes por onde passavam.

O Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra nada mais é do que mais um reflexo da inércia do Poder Público, que insiste em ignorar o cumprimento das disposições instituídas por lei. Trata-se em síntese, de um povo extenuado de séculos de injustiças no meio rural brasileiro, que decidiu reivindicar o que é seu por direito.

O que vem acontecendo desde do princípio é que as pessoas invadindo e se apossando de terras públicas para poderem gerar lucros para si, poucos invadem apenas se manter do cultivo da terra. Assim como as classes mais favorecidas que se apossam de terras para aumentar a sua área de investimento agrário. Entretanto, o que não é observado é que em ambos os casos o resto da população é prejudicada.

O Brasil tem atualmente os maiores latifúndios que a história da humanidade já registrou. Talvez seja por isso que a maioria dos intelectuais e políticos dá atenção apenas à concentração, deixando de lado a questão da grilagem das terras públicas. Uma análise sucinta do acesso à terra na história da sociedade brasileira permite verificar que o descumprimento das normas legais e a elaboração de novas normas para regularizar os atos ilegais, foi sempre os procedimentos históricos das elites nacionais.

A ausência de uma regularização fundiária atinge diretamente o pequeno e o grande produtor rural, os parceiros dos produtores como empregados e sindicatos, os compradores da produção, os que participam do processo produtivo, os que financiam a produção e os que cobram impostos.

A constituição garante o direito que uma reforma agrária ocorra. Sendo assim, é obrigação do governo federal fazer o PNRA – Plano Nacional de Reforma Agrária, previsto na Carta Magna diante da ausência que ocorreu durante o governo militar, o governo de Collor e Itamar, o governo de Fernando Henrique Cardoso, o governo de Lula, o governo de Dilma, o governo de Michel Temer e o governo de Bolsonaro.

Cabe ressaltar, que durante o governo de Sarney de 1985 a 1989 foi realizado o I Plano Nacional de Reforma Agrária e que no primeiro mandato de Lula foi realizado o II plano. A Reforma Agrária é o instrumento de política pública para se fazer cumprir a função social da propriedade privada da terra. (OLIVEIRA, 2015)

CONCLUSÃO

Diante do que foi exposto, pode-se perceber que o que mais há no Brasil é legislação apta a apoiar um controle agrário fidedigno. Através da Constituição Federal de 1988 e das diversas legislações infraconstitucionais, decretos e medidas provisórias convertidas em lei publicadas pelos governantes ao longo das últimas décadas.

Demonstrou que os possuidores de terras públicas exercem seu domínio com o auxílio da própria legislação vigente. E atualmente não se pode opor a conveniência latifundiária para preservar o interesse público que os militantes se manifestam comparando o pequeno agricultor aos grileiros e acaba gerando uma manutenção de direitos decorrentes da grilagem previsto na época de Dom Pedro II.

Observou-se os Presidentes ao editar Leis ou publicar Medidas Provisórias não se posicionam no sentido de sanar a citada disfunção, permanecendo inerte, desde os tempos da Colônia. Ocorre que a falta de interesse e organização por parte da Administração Pública quanto a regularização dos domínios, principalmente no que se refere ao contexto rural, resulta em diversos casos de falsificação de títulos de propriedade.

Frente ao exposto, conclui-se que é necessária uma fiscalização efetiva por parte da Administração pública para definir e resguardar essas terras públicas, assim como a realização de uma Reforma Agrária tanto por ser um dever do Estado como também por ser um direito do cidadão.

Precisa-se entender que a grilagem não é apenas a prática de falsificação de documentos de propriedade da terra, não é mais uma coisa que se fazia no passado distante. A grilagem está presente até os dias atuais e vem sendo garantida através das legislações vigentes no país, é realizada nos órgãos públicos e em nos cartórios. É preciso acabar com esse sistema que se arrasta desde a época colonial.

REFERÊNCIAS

A Grilagem de terras públicas na Amazônia brasileira. **Instituto de Pesquisa Ambiental da Amazônia Brasília**: MMA, 2006. 108 páginas. Disponível em: <http://www.bibliotecaflorestal.ufv.br/bitstream/handle/123456789/4031/Livro_A-grilagem-de-terras-publicas-na-Amazonia-Brasileira_MMA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 out. 2021.

BRASIL, **ADI 5771 - Ação Direta de Inconstitucionalidade contra a Lei 13.465/2017**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5255150>>. Acesso: 10 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 out.2021.

CARVALHO, Lara Carlos. **A REPERCUSSÃO JURÍDICA DA “GRILAGEM” FACE AO DIREITO DE PROPRIEDADE DO IMÓVEL RURAL**. 2019.53f. Trabalho de Conclusão de Curso (bacharel em direito) - Centro Universitário de Goiás - Uni- ANHANGUERA, Goiânia, 2019. Disponível em: <<http://repositorio.anhanguera.edu.br:8080/bitstream/123456789/194/1/A%20REPERCUSS%C3%83O%20JUR%C3%8DDICA%20DA%20GRILAGEM%20FACE%20AO%20DIREITO%20DE%20PROPRIEDADE%20DO%20IM%C3%93VEL%20RURAL.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2021.

CARVALHO. Sérgio. **RELATÓRIO DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DESTINADA A INVESTIGAR A OCUPAÇÃO DE TERRAS PÚBLICAS NA REGIÃO AMAZÔNICA**. Brasília, 705p. 2001. Disponível em: <<https://apublica.org/wp-content/uploads/2020/01/33421741-relatorio-final-cpi-terras-amazonas-grilagem.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

CUNHA, Cândido Neto; GUERRERO, Natalia Ribas; TORRES, Maurício. **ILEGALIDADE EM MOTO CONTÍNUO: O APORTE LEGAL PARA DESTINAÇÃO DE TERRAS PÚBLICAS E A GRILAGEM NA AMAZÔNIA. A grilagem de terras na formação territorial brasileira**. São Paulo: FFLCH/USP, 296p. 2020. Disponível em: <<http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/download/581/517/1969-1?inline=1>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

DEVISATE, Rogério Reis. **DAS TERRAS NUAS ÀS GRANDES FAZENDAS PRODUTIVAS: FORMAÇÃO DO PATRIMÔNIO PRIVADO. O DIREITO AGRÁRIO**

NOS TRINTA ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988: estudos em homenagem ao professor Dr. Darcy Walmor Zibetti. Londrina, PR: Thoth, 568 p. 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/Adrielly%20Lopes/Downloads/O_Direito_Agrario_nos_30_anos_da_Constit.pdf>. Acesso em: 24 out. 2021.

DINIZ, Mônica. **Sesmarias e posse de terras: política fundiária para assegurar a colonização brasileira. Governo do Estado de São Paulo**. 2005. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia03/>>. Acesso em: 09 out. 2021.

Grilagem de terras na Amazônia: negócio bilionário ameaça a floresta e populações tradicionais. **GREENPEACE**. Disponível em: <<https://greenpeace.org.br/amazonia/pdf/grilagem.pdf>>. Acesso: 05 out. 2021.

JUNIOR, Cláudio Grande. **USUCAPIÃO QUARENTENÁRIA SOBRE TERRAS**

DO ESTADO: Fundamentos Jurídicos, Atualidade e Repercussão na Questão Agrária Brasileira. 2012. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Agrário; Universidade Federal de Goiás, 2012. Disponível em: <[https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/USUCAPI%C3%83O_QUA_RENTEN%C3%81RIA_SOBRE_TERRAS_DO_ESTADO_-_Disserta%C3%A7%C3%A3o_-_Texto_Final_Revisto_-_Cl%C3%A1udio_Grande_J%C3%BAnior_\(1\).pdf](https://mestrado.direito.ufg.br/up/14/o/USUCAPI%C3%83O_QUA_RENTEN%C3%81RIA_SOBRE_TERRAS_DO_ESTADO_-_Disserta%C3%A7%C3%A3o_-_Texto_Final_Revisto_-_Cl%C3%A1udio_Grande_J%C3%BAnior_(1).pdf)>. Acesso em: 30 out. 2021.

MARETTI, Cláudio. Grilagem. **WWF Brasil**. 2020. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/areas_prioritarias/amazonia1/ameacas_riscos_amazonia/desmatamento_na_amazonia/grilagem_na_amazonia/>. Acesso em: 30 out. 2021.

MOTA, Adelaide dos Santos. O cancelamento administrativo de registros e matrículas como recurso para a grilagem de terras no Estado do Pará. **Jus.com.br**. 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/51653/o-cancelamento-administrativo-de-registros-e-matriculas-como-recurso-para-a-grilagem-de-terras-no-estado-do-para>>. Acesso em: 05 nov. 2021.

MOTTA, Márcia Maria Menendes. **A GRILAGEM COMO LEGADO**. MOTTA, MÁRCIA & PINEIRO, THEO LOBARINHAS. 2001. Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Politica_Agraria/7MottaAGrilagemcomoLegado.pdf>. Acesso em: 25 out. 2021.

MOTTA, Márcia; GUIMARÃES, Elione. **PROPRIEDADES e disputas:** fontes para a história do oitocentos. Guarapuava: Unicentro, 2011; Niterói, 266 p. 2011. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/86924/1/PROPRIEDADES_E_DISPUTAS_FONTES_PARA_A_HI.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2021.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino. **REFORMA AGRÁRIA, GRILAGEM DAS TERRAS PÚBLICAS E A LUTA PELA TERRA E TERRITÓRIO NO BRASIL**. Observatório geográfico América Latina. 2015. Disponível em: <<http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal15/Geografiasocioeconomica/Geografiaagraria/04.pdf>>. Acesso em 10 out. 2021.

OLIVEIRA, Ariovaldo Umbelino. CAMPONESES, QUILOMBOLAS, INDÍGENAS E GRILEIROS EM CONFLITOS NO CAMPO BRASILEIRO. **A grilagem de terras na formação territorial brasileira**. São Paulo: FFLCH/USP, 296p. 2020. Disponível em: <<http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/download/581/517/1969-1?inline=1>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

PRIETO, Gustavo. NACIONAL POR USURPAÇÃO: A GRILAGEM DE TERRAS COMO FUNDAMENTO DA FORMAÇÃO TERRITORIAL BRASILEIRA. **A grilagem de terras na formação territorial brasileira**. São Paulo: FFLCH/USP, 296p. 2020. Disponível em: <<http://www.livrosabertos.sibi.usp.br/portaldelivrosUSP/catalog/download/581/517/1969-1?inline=1>>. Acesso em: 01 nov. 2021.

ROMANO, Rogério Tadeu. A MP 910 E O APROFUNDAMENTO DO CONFLITO GERADO PELA GRILAGEM DE TERRAS. **Jus.com.br**. 2020 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/79610/a-mp-910-e-o-aprofundamento-do-conflito-gerado-pela-grilagem-de-terras>>. Acesso em: 05 nov. 2021.

SANTOS, Frednan Bezerra; TAVARES, João Claudino. QUESTÃO AGRÁRIA E VIOLÊNCIA NO MARANHÃO: grilagem, colonização dirigida e a luta dos trabalhadores. **Revista de Políticas Públicas**, vol. 20, núm. 1, pp. 361-381, 2016. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/journal/3211/321146417023/html/>>. Acesso em: 30 out.2021.

SILVA, Rafael. **Brasil: Terra de grilagem**. Instituto Nacional de Ensino Jurídico. 2020. Disponível em: < <https://inej.com.br/2021/04/06/brasil-terra-de-grilagem/>>. Acesso em: 28 out. 2021.

INDENIZAÇÃO POR DEMORA DA JUSTIÇA: UM ESTUDO SOBRE A DECISÃO DO STJ RESP. 1383776 ACERCA DO DIREITO AO PRAZO RAZOÁVEL NO PROCESSO

MARCOS FLAVIO SANTOS DO ROSÁRIO:
graduando no Curso de Direito – Ulbra Manaus.

RESUMO: A seguinte reflexão seguirá as linhas mestras acerca da decisão do STJ REsp. 1383776 em consonância com o direito ao prazo razoável no processo. É a partir desses dois pressupostos, pontos centrais da pesquisa, que buscar-se-á entender os argumentos fundantes da decisão prevalecente do STJ que condenou o Estado do Amazonas a indenizar por demora na prestação da jurisdição. Também, de forma metodológica e factual, desdobrou-se sobre a ação originária, a qual tinha como objeto, a ação de alimentos. Em razão da demora, o juiz de primeiro grau sentenciou o Estado do Amazonas a indenizar a família, em contra partida, o réu recorreu ao STJ, porém, o relator manteve a decisão primária, embasando seus argumentos em dispositivos legais, jurisprudenciais e doutrinários, levando em consideração o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Assim, abre um caminho de reflexão sobre a importância do direito ao prazo razoável no processo sobre novas perspectivas no Brasil, tomando como exemplo, o ordenamento italiano que buscou solucionar a morosidade processual por meio de dispositivos que correspondesse aos problemas de sua realidade.

Palavras-Chave: decisão do STJ – prazo razoável – Estado do Amazonas – indenização.

ABSTRACT: The following reflection will follow the guidelines on the STJ REsp decision. 1383776 in accordance with the right to reasonable time in the process. It is from these two presuppositions, central points of the research, that we will try to understand the basic arguments of the prevailing decision of the STJ that condemned the State of Amazonas to indemnify by delay in the provision of the jurisdiction. Also, methodologically and factually, it unfolded on the original action, which had as its object, the action of food. Due to the delay, the judge of first degree sentenced the State of Amazonas to indemnify the family, in contrast, the defendant appealed to the STJ, but the rapporteur maintained the primary decision, basing his arguments on legal, jurisprudential and doctrinal provisions, taking into account the understanding of the Inter-American Court of Human Rights. Thus, it opens a way of reflection on the importance of the right to reasonable time in the process on new perspectives in Brazil, taking as an example, the Italian system that sought to solve procedural delays by means of devices that corresponded to the problems of its reality.

Keywords: STJ decision - reasonable time - State of Amazonas – indemnity.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A EXPERIÊNCIA ITALIANA E BRASILEIRA; 2.1. O direito razoável à duração do processo e suas perspectivas; 2.2. Prazo razoável à duração do processo: experiência italiana; 2.3. A

perspectiva do prazo razoável para duração do processo no Brasil; 2.4. A responsabilidade do Estado de indenizar pela duração indevida do processo no Brasil; 3. RESP. 1383776: DOS FATOS AOS PRAZOS EXTRAPOLADOS; 3. 1 Ação originária: ação de execução de alimentos; 3.2. Recurso Especial: Pedido de indenização por danos morais; 4. ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO STJ; 4.1. Fundamentos doutrinários; 4.2. Fundamentos jurisprudenciais; 4.3. Fundamentos segundo a lei brasileira; 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS; 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O problema da morosidade processual é uma questão que nos remete a tempos remotos, que ganhou força de reflexão na modernidade e preocupação na contemporaneidade com o aumento nas demandas processuais e demora nas decisões. São problemas que ultrapassam barreiras territoriais, tornando-se assuntos de cunho extraterritorial, isto é, mundial.

O presente trabalho é um estudo de caso analisado pelo STJ REsp. 1383776. O objetivo central é analisar os argumentos legais, jurisprudenciais e doutrinários que levaram o STJ a responsabilizar o Estado do Amazonas a indenizar por danos morais as partes pela não prestação jurisdicional em tempo hábil.

Os métodos propostos para desencadear a pesquisa, têm como princípio de respeito o próprio julgado que se pretende refletir. Levando em consideração a perspectiva do relator, sensibilizamos-nos de que o melhor caminho que possibilita a fidelidade a decisão e a proposta a ser investigada é justamente a partir da análise procedimental dos métodos Hermenêutico e Bibliográfico, que se apresentam como instrumentos privilegiados para concernir os fundamentos do relator, os doutrinadores e outros teóricos que embasaram este trabalho. Nessa perspectiva percebemos que tais métodos foram fulcrais para alcançar o nosso objetivo

Para seguir uma sequência cronológica, a nossa análise parte do ponto originário, o responsável por desenrolar o teor do problema a ser estudado, sem a qual, não seria possível ir adiante com a pesquisa. Para isso, iremos apresentar de forma breve os fatos da ação originária que desencadeou todo o processo até chegar à decisão no STJ. Além desse horizonte metodológico o qual se faz presente na lógica do trabalho, também, trouxemos apostes teóricos a respeito do princípio da razoável duração do processo, até chegar ao ponto mais relevante da pesquisa, que, é, o estudo da decisão do STJ.

Ainda, buscaremos relatar a importância do direito ao prazo razoável na experiência brasileira e italiana e suas expectativas legais para solucionar problemas nascentes com os atrasos na prestação jurisdicional. Nosso objetivo aqui, é analisar de forma crítica os fundamentos que levaram o STJ a se posicionar contra o Estado do

Amazonas, punindo-o de forma a indenizar por danos morais pelo descumprimento do direito ao prazo razoável.

1. O DIREITO À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E A EXPERIÊNCIA ITALIANA E BRASILEIRA

É imprescindível permitir que certos processos tenha uma duração elástica, com interminável espera, longe de dar respostas para os litigantes, gerando certa sensação de injustiça e descaso por parte do Estado. Porém, o problema se aprofunda quando se pergunta acerca da natureza da razoabilidade processual. O que é o prazo razoável? Como medir se um processo foi decidido no curto tempo de razoabilidade? Qual a responsabilidade do Estado de decidir no prazo razoável? São perguntas que no primeiro momento parecem simplistas, mas quando refletidas percebemos sua complexidade e dimensão.

1.1 O direito à razoável duração do processo e suas perspectivas

A demora na prestação jurisdicional não é uma preocupação apenas no Brasil ou na Itália, os quais passaram por reformas importantes com o objetivo de conter a longa demora nas decisões processuais. Quando olhamos para o cenário mundial, até mesmo em países que por motivos culturais ou de organização sociais não há vastos litígios, é perceptivo que o judiciário também não profere decisões em tempo aceitável.

A demora dos processos é um mal universal. Essa tendência continuada dos legisladores, de tentarem agilizar a justiça, tem sido a resposta correspondente ao grande aumento do acesso à justiça, mercê do qual o aparato estatal tradicional, seja tendo em vista o seu tamanho, a sua eficiência, não tem logrado atender com rapidez desejável (ARRUDA, 2006, p. 388).

Mesmo com tantas tecnologias embutidas juntamente ao Poder Judiciário para melhor trabalhar e acelerar as decisões, o que vemos é um efeito contrário, onde as decisões processuais continuam sendo solucionadas de maneira arcaica e ineficaz, gerando sentimento de injustiça devido a longa duração do processo.

A dilação indevida do processo não é fruto apenas do atrofimento do judiciário, mas também, da complexidade das lides, as quais fazem com que o princípio do razoável processo seja vista de caso a caso, somando a ponderação do juiz e o bom senso. Pois o que pode ser considerado razoável numa questão pode não ser em outra, sendo que

depende de cada situação concreta. Não se pode apenas olhar para o tempo de forma isolada, mas de que forma foi usado este tempo para solucionar a lide¹³.

Outra questão trazida pelo entendimento do processualista, Vitor Fonsêca, é quanto a diferença entre o prazo razoável e a celeridade. Nem sempre um processo que leva em consideração a questão da razoabilidade processual pode ser caracterizado como um processo rápido. Uma vez que o processo envolve vários sujeitos, assim como, o objeto pode ser de natureza complexa, o tempo para a prestação da jurisdição será maior, não que não seja resolvida no tempo propício, mas o objeto da ação exige um tempo necessário, obedecendo o devido processo legal¹⁴.

Partindo desse entendimento, faz-se a seguinte pergunta: o que é o prazo razoável? Para responder tal questão, surgiram duas correntes doutrinárias para nortear a arguição: a corrente aritmética e a casuística, ambas apresentam pressupostos acerca do prazo razoável. A primeira buscou soluções por meio de números, a segunda foi mais pelo caminho situacional da questão¹⁵.

A corrente aritmética enfatiza a somatória dos prazos, isto é, se fosse levado a sério os prazos de cada momento da ação, isso equivaleria ao prazo razoável. Vitor Fonsêca (2017, p. 96)¹⁶ ressalta ainda, "qualquer soma de prazos acima do patamar legal equivaleria a uma prazo não razoável". Todavia, esse modelo foi muito usado pelo Direito Processual Penal, a saber se realmente estava se cumprindo o princípio do prazo razoável estipulado por lei.

Porém, a corrente aritmética não ganhou tantos adeptos, pois, quem mais convenceu a jurisdição de vários países foram os elementos adotados pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o qual apresentou quatro critérios para medir a duração da razoabilidade processual a partir de caso concreto¹⁷.

Foi a partir de vários julgamentos que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos objetivou os critérios mais proeminentes que poderiam auxiliar mediante a avaliação do princípio da duração razoável do processo. O primeiro, trata da complexidade do litígio; o

13 ARRUDA, Samuel Miranda, 2006, p. 309.

14 FONSÊCA, Vitor. Comentário ao código de processo civil. vol. 1. BUENO, Cassio Scarpinella. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 92-98.

15 FONSÊCA, Vitor, 2018 – aula.

16 FONSÊCA, Vitor, 2017, p. 96.

17 KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. A razoável duração do processo. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 90.

segundo, sobre a conduta pessoal da parte lesada; o terceiro, a conduta das autoridades envolvidas no processo; e a quarta, versa sobre o interesse em jogo para a demanda da indenização¹⁸. Pois estes são os requisitos de valoração de casos concretos, os quais avaliam a prestação da jurisdição em prazo razoável a partir de critérios circunstanciais¹⁹. Tanto é sua importância, que, a Corte Interamericana de Direitos Humanos apreciou a matéria juntamente com os países que a integram e seguem suas decisões jurisprudenciais, inclusive o Brasil.

Outra preocupação que surge sobre razoável duração do processo diz respeito a dois polos: a celeridade processual e a segurança jurídica. De um lado doutrinadores, como por exemplo, Carnelutti, afirma que a justiça rápida não é segura e a não rápida é segura (celeridade processual)²⁰. Por outro lado, a segurança jurídica diz respeito os procedimentos adequados à decidir, isto é, deve se levar em conta o princípio do devido processo legal para que se profira a sentença. Logo surge um antagonismo processual pautado por um cinismo que diz respeito a celeridade e segurança jurídica, dificultando uma reflexão solutiva para os problemas.

De acordo com Koehler (2013), essa relação de contradição entre a celeridade processual e a segurança jurídica, é meramente aparente, possível de resolver a partir de caso existencial, submetendo-o a justa medida os dois polos.

[...] Deve o legislador, portanto, colocar os dois princípios em uma balança sopesando-os com prudência, para que não exista, de uma lado, celeridade excessiva, que pode gerar injustiça na decisão, e, de outro, uma perpetuação de discursos e recursos que prolonguem indefinidamente a prestação da justiça (KOEHLER, 2013, p. 33).

Neste sentido, o processo justo não é aquele que se resolve em curto tempo, mas o processo que respeita todos os princípios constitucionais, ancorado pelo equilíbrio da celeridade e segurança jurídica. A decisão proferida pelo juiz deve ser imparcial, considerando os princípios e conduta ética profissional.

A busca pelo equilíbrio processual não deve se converter numa eternidade sem solução. Pois os polos, tanto de celeridade como de segurança jurídica, são formas de dizer que não se deve tolerar demora e muito menos se precipitar nas tomadas de decisões. Pois

¹⁸ KOEHLER, 2013, p. 91.

¹⁹ FONSÊCA, Vitor, 2017, p. 97.

²⁰ CARNELUTTI, Francesco. Sistema de direito processual civil. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Ed. Classic Books, 2000.

a solução real deve ser encontrada diante do próprio litígio, isto é, na concretude dos fatos e atos do processo.

Levando em consideração a possibilidade da razoabilidade processual ser vista de se resolver a partir de cada caso. José Rogério Cruz e Tucci (1997) diz “impossível fixar a priori uma regra específica, determinante das violações ao direito à tutela jurisdicional dentro de uma prazo razoável”, sendo que, acredita-se, que cada caso é um caso, logo tem casos que requerem uma complexidade de questões e dispositivos para chegar a uma solução justa²¹.

1.2 Prazo razoável à duração do processo: experiência italiana

Como modo de apresentar procedimentos que de tal forma, países europeus utilizam para lidar com situações que impedem o prazo razoável, acreditamos ser importante apontar a experiência italiana e seu desdobramento jurisdicional que prevê maior brevidade nas soluções de litígios, alcançando seus feitos por meios de reformas de natureza processual e estrutural do judiciário com o objetivo de resolver os conflitos em tempo hábil.

Ademais, entendemos que, por motivos de demandas e demoras nas decisões do processo, os italianos viram a possibilidade de entrar com ação de indenização perante a Corte Europeia de Direitos Humanos, alegando prejuízos materiais e morais contra a jurisdição italiana. Foi em consequência desses atos, que, por meio de um acordo previsto no art. 38, 1.b, e 39 da Convenção Europeia dos Direitos dos Homens, que, a Itália buscou reformar de forma acelerada sua legislação constitucional e infraconstitucional, dando uma rápida resposta aos problemas oriundos de demoras processuais, instituindo também, lei interna específica que determina direito à reparação pela não observação dos requisitos em casos concretos e a não tutela jurisdicional em prazo razoável²².

Conforme as inúmeras modificações importantes no processo civil italiano, com o objetivo de tornar mais ágil e efetivo o processo em consonância com a Constituição da República, percebemos que a mudança do art. 111 da Constituição Italiana é de natureza legislativa, não como um direito novo, mas meio de permitir que os juízes considerem qualquer matéria inconstitucional que tende a tornar o processo lento e a jurisdição morosa.

Ponto importante no novo texto do art. 111 da Constituição italiana é a estipulação de que o “justo processo” será regulado por lei. Tal fato

²¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual civil e penal. São Paulo: RT, 1997, p. 67 e 76.

²² SACUCCI, Andrea. In tema di durata ragionevole dei processi. Revista di Diritto Processuale. 2000, p. 214.

se deve à preocupação do legislador italiano em não permitir que coubesse exclusivamente aos juízes a definição do que seria um “justo processo”, até mesmo porque a idéia do que possa ser justo ou injusto pode depender muito da educação e história de vida da pessoa que julga, seus princípios, ideais, traumas, concepções políticas e interesses [...] (HOFFMAN, 2005, p. 579).

Nessa linha de pensamento, para que fosse edificado e fortalecido os prejuízos causados pelas demoras excessivas nos processos, os italianos promulgaram uma lei específica que dispõe do dever do Estado de indenizar todos aqueles que sofrem prejuízos advindas do não cumprimento jurisdicional no tempo hábil, especificando a variação de caso à caso.

Vale ressaltar que, a chamada “Legge Pinto”²³, modificou o art. 375 do CPC italiano, separando-se em dois capítulos. O primeiro trata “Definizione imediata del processo civile” e o segundo intitulado “Equa Riparazione”, os quais apontam os procedimentos, prazo e as circunstâncias para indenizações em caso de excesso de demora da justiça, assim como, sentenças, publicações, norma transitória, disposição orçamentária previstas para pagamentos de futuras condenações que o Estado venha sofrer decorrente do não cumprimento do princípio do prazo razoável do processo a partir da sua individualidade²⁴.

Como se percebe claramente, a Lei de Pinto trouxe para o ordenamento jurídico italiano um instituto novo, na tentativa de acelerar e desenrolar os procedimentos decisórios, isto é, efetivando maior agilidade para que o judiciário tome decisões de forma que obedeça todos os princípios processuais, especialmente, que deem respostas dentro do prazo razoável a cada litígio em decorrência da enorme demanda de recursos.

A legislação italiana, a Lei de Pinto, apresenta no seu art. 2º o ponto crucial dessa lei específica, o qual queremos destacar aqui de forma veemente. Pois, este, o artigo 2.º, prevê de forma clara o direito à indenização oriundos de danos materiais ou morais decorrente da elástica e extensiva duração do processo. O legislador não deixa dúvida acerca da decisão a tomar nos casos previstos, sendo que, o direito a indenização tem como fundamento os mesmos proferidos pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Será possível cobrar do Estado por danos materiais ou morais, apenas quando observado o não respeito ao princípio da duração razoável do processo, responsabilizando

²³ Lei Pinto.

²⁴ HOFFMAN, 2005, p. 581.

o Estado a pagar em dinheiro especificamente por danos morais. De acordo com Hoffman (2005), a condenação é de natureza indenizatória, e não de reparação, isto é, não é uma forma de pagar por todo dano causado, mas compensar pelo mal causado. Quanto aos danos materiais, se provados, também serão passíveis de reparação.

Reafirma-se que a lei de *equa riparazione* não pode, nem deve, ser considerada um fim em si mesma, mas um primeiro passo a reparar em pequena parte quem sofre com a demora do processo, ao qual devem seguir-se reformas necessárias na legislação e, principalmente, na estrutura da máquina judiciária estatal (HOFFMAN, 2005, p. 584).

Evidentemente, podemos constatar que por mais que a Lei Pinto tenha trago inovação à jurisdição italiana, por outro lado, ainda apresenta algumas incertezas. Porém, nos seus primeiro dois anos ela conseguiu alcançar seu objetivo, não de forma totalizante, mas de alguma forma caminha na direção certa, com novas reflexões e sentidos à duração razoável do processo. A experiência italiana em discutir questões dessa natureza torna-se uma exemplo para o mundo, especialmente para o Brasil, que tem a prestação jurisdicional lenta e insatisfatória.

1.3 A perspectiva do prazo razoável para duração do processo no Brasil

No Brasil, com a EC n. 45/2004, promulgada no dia 08.12.2004, trouxe de forma expressa o princípio da razoável duração do processo. Este foi introduzido no art. 5.º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988, onde passou a assegurar a todos juridicamente um prazo razoável nas prestações da jurisdição, isto é, é a garantia de um processo com mais celeridade, rompendo com a morosidade processuais da jurisdição brasileira.

Alguns juristas fizeram críticas ferrenhas acerca da expressão “duração razoável” assim que ela integrou a Carta Magna brasileira, argumentando a presença de um conceito vazio e indeterminável, presumindo um conceito puro de valor. Porém, compreende atualmente que estas barreiras devem ser rompidas pelos tribunais a partir de realidades concretas, não dando margem a interpretações abstratas vazias.

Com a mudança histórica de natureza material que a EC.45 aprovou, todavia, percebeu-se que não se tomaram medidas práticas para solucionar problemas de caráter estruturais dos judiciários, para que assim, fosse garantida de forma plausível o princípio da razoável duração do processo²⁵.

25 HOFFMAN, 2005, p. 571.

Interessante destacar também, que o direito ao prazo razoável do processo não é uma novidade no ordenamento brasileiro, pois em virtude da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1992 em 22 de novembro de 1969, destaca nos seus artigos 7º, 5, e 8º, preveem o direito ao princípio da duração razoável do processo. O Brasil vai incorporar este instituto a partir do Decreto nº 678, de 9 de novembro de 1992 o qual foi incorporado pelo Pacto de San José da Costa Rica, tratados do qual Brasil é aderente²⁶.

No caso de tratar-se de direito e garantia decorrente de Tratado firmado pelo Brasil, a incorporação desse direito e garantia ao direito interno dá-se com status constitucional, assim com primazia sobre o direito comum. É o que defluiu, claramente, do disposto no mencionado § 2º do art. 5º da Constituição da República. O Supremo Tribunal Federal, todavia, não acolheu essa tese (VELLOSO *Apud* KOEHLER, 2013, p.47).

Conforme Arruda (2006), antes mesmo da EC.45/2004, o direito ao prazo razoável do processo já era uma garantia constituída pelo Pacto de San José da Costa Rica, expresso agora indiscutivelmente e perfeitamente na Carta Magna. Não há mais o que se negar, apenas cumprir de forma autêntica os princípios constitucionais do nosso ordenamento jurídico, principalmente o que diz respeito ao prazo razoável do processo, caso contrário, o Estado será submetido a indenizar por danos materiais e morais em detrimento de solução no prazo razoável.

1.4 A responsabilidade do Estado de indenizar pela duração indevida do processo no Brasil

Considerando os pressupostos adotados para medir hipoteticamente um prazo razoável para a prestação da jurisdição, pergunta-se se é possível apontar a responsabilidade do Estado pela indevida demora na prestação jurisdicional. Essa nova possibilidade de submeter o Estado a responsabilidade de indenizar pela demora processual é uma conquista recente, evolutiva, histórica e gradual. Antes ocorria a ausência do Estado quanto a problemas desta natureza, não se responsabilizando por qualquer prejuízo que causasse a terceiros. Mas com a objetivação da responsabilidade da Administração, passou-se a considerar a responsabilidade objetiva por parte do Estado.

A jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros indicam a responsabilidade objetiva do Estado, tanto pelos atos judiciais jurisdicionais, quanto pelos atos judiciais não-jurisdicionais (atos administrativos materiais), quer se trata de dolo ou culpa de servidor público, ou mesmo quando os danos sejam ocasionados por

²⁶ KOEHLER, 2013, p. 42.

prestação defeituosa do serviço da justiça (CRETELLA, *Apud* KOEHLER, 2013, p. 120).

O processualista Hoffman ensina que a possibilidade objetiva de responsabilizar o Estado a pagar indenização será mediante o dolo ou culpa do juiz, ou ainda em virtude da precária estrutura do poder judiciário²⁷. Porém, com a prescrição do § 6º do art. 37 da Constituição Federal de 1988, sob a égide desse instituto normativo, o Estado torna-se responsável pela demora processual, isto é, fica caracterizada a responsabilidade objetiva do estado pela não prestação jurisdicional num prazo razoável²⁸.

Referido entendimento tem esteio tanto no direito italiano como no ordenamento jurídico espanhol. Na Itália, a responsabilização objetiva do Estado independe de culpa da Administração ou dos operadores do direito, pois, o Estado é condenado a indenizar pela duração irrazoável do processo, um tipo de reparação civil. Na Espanha, por sua vez, a dilatação indevida em um processo faz surgir a responsabilidade do Estado, caso seja provado.

No âmbito externo, o Brasil já foi levado a responder internacionalmente por violação ao prazo razoável diante da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, previsto no art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos²⁹. Daí se afigura ainda mais urgente aos operadores do direito no Brasil a aplicarem de forma plena e constitucionalmente o direito ao prazo razoável no processo, principalmente por ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica.

No que diz respeito o âmbito interno, no Brasil, em 17/09/2018, pela não observação ao prazo razoável do processo, dispositivo constitucional, sob os efeitos dos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e a exemplo da jurisdição italiana, o Superior Tribunal de Justiça condenou, de forma inédita, o Estado do Amazonas a indenizar por danos morais em virtude da não prestação jurisdicional no tempo razoável.

Em consequência disso, nosso estudo se pautará a partir deste momento, sobre o REsp. 1383776, desde sua ação originária e seus fundamentos doutrinários, jurisprudenciais e legais. Faremos uma análise de forma a esclarecer os pontos fortes do julgado e seus principais marcos, forma de demonstrar sua aplicação em casos futuros.

27 HOFFMAN, Paulo. Razoável duração do processo. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 219.

28 OLIVEIRA, Rogério Nunes de. A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial. Revista da Faculdade de Direito de Campo, a. IV, n. 4, e a. V, n. 5, 2003-2004, p. 637-638.

29 FONSÊCA, Vitor, 2017, p. 98.

2. REsp. 1383776: DOS FATOS AOS PRAZOS EXTRAPOLADOS

O Recurso Especial N° 1.383.776 – AM (2013/014056), traz nos autos uma ação de reparação por danos morais contra o Estado do Amazonas. Este é um recurso especial, interposto por Mila Braga Braz, assegurada no artigo 105, inciso III, da Constituição Federal de 1988.

A partir de agora, vamos apresentar de forma descritiva os elementos específicos e gerais dos acontecimentos judiciais, tanto quanto a origem, como também, a sua desenvoltura numa perspectiva de espaço e tempo.

2.1 Ação originária: ação de execução de alimentos

O direito à alimentação é um direito natural, biológico, constitucional e necessário, predisposto no princípio da dignidade humana como condição imprescindível à uma vida saudável que corresponda com o mínimo ético social. É o meio de assegurar e garantir a própria existência. Conforme Maria Berenice Dias “não há nada mais urgente do que o direito a alimento³⁰”. Completando a afirmação, não só urgente, como um dos direitos cruciais, direito à vida.

Neste sentido, a execução de prestação de alimentos requer um olhar diferenciado, uma urgência na execução, sendo um direito fundamental a vida e outras dignidades a mais. Por isso, que, o novo CPC no art. 528 estipula um prazo de três dias para que seja cumprida a prestação de alimentos ou se justifique a ausência. Destarte, quando o Estado não move e nem executa a ação, uma vez que este profere a importância da matéria em relação ao réu.

O pedido inicial da ação de execução de alimentos foi movida pela representante das duas filhas menores, alegando a necessidade de urgência na ação de execução. Porém, a inércia da jurisdição acerca do caso se tornou moroso. A parte alega que provocou várias vezes o poder judiciário em detrimento da celeridade diante do caso, mas nada era feito.

A priori, vale ressaltar ainda, outro fator importante que diz respeito a natureza da ação originária, se bem observado, é a legação da autora que entrou com uma “ação de execução de prestação alimentícia” na Vara Especial, ou seja, no Juízo da Vara de Família da Comarca. Portanto, estes são os primeiros dados relevantes e levantados no relatório final, sendo que a matéria se tratava justamente de uma ação de alimentos, doravante ajuizado em tempos remotos.

30 DIAS, Maria Berenice. A cobrança dos alimentos no novo CPC.

A autora alega ainda, que propôs a ação de execução de prestação alimentícia no dia 02 de novembro de 2004, sendo que, o despacho só foi proferido no dia 03 de maio de 2007. Nesta circunstância podemos notar que houve uma vacância de 3 anos, um período longo se tratando de pensão alimentícia para duas crianças. O que vemos é o reflexo de um longo prazo, onde a justiça foi injusta com as próprias crianças, as quais deixaram de usufruir e receber direitos básicos e essências, direitos à alimentação, ou seja, a pensão alimentícia.

Sendo inegável uma ação de execução de alimentos, por se tratar de uma matéria delicada e de urgência, caberia ao Estado, representado pelo juiz, priorizar a ação, uma vez que esta se tratava de alimentos para duas crianças hipossuficientes. Porém, a inércia diante da ação de execução alimentícia gerou injustiça a favor das crianças por um período de 03 (três) anos, ferindo a dignidade e negando direitos irrenunciáveis. Pois, é a partir dessa falta de atenção e ação que a parte entrou com pedido de indenização por danos morais pela não eficiência da justiça dentro do prazo razoável.

2.2 Recurso Especial: pedido de indenização por danos morais

É a parti dessa longa demora que será proposta uma ação contra o Estado do Amazonas, alegando danos morais, com os argumentos de que o Estado deixou duas crianças sem o amparo dos seus próprios direitos, a pensão alimentícia, a qual desencadeia outros auxílios. Sendo que, estes direitos são assegurados pela Constituição Federal de 1988 e também pelo próprio Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Em um momento inicial, o juiz de primeiro grau julgou parcialmente procedente a condenação do Estado do Amazonas a pagar a indenização no valor de 30 (trinta) salários mínimos por danos morais oriundos da demora do processo da ação de execução de alimentos. Em grau de recurso, o Tribunal de Justiça do Amazonas apreciou o recurso de apelação, reformou a sentença anterior e julgou improcedente os danos morais da seguinte forma:

DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL
– DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL – DANOS MORAIS –
INEXISTÊNCIA:

- Embora se reconheça a possibilidade objetiva do Estado, somente há ato ilícito em caso de demora na prestação jurisdicional quando houver erro judiciário, quando o réu ficar preso além do necessário ou quando o magistrado agir com dolo para atravancar o regular o andamento processual.

A simples demora em virtude de situações normais ao trâmite dos processos, tais como excesso de serviço ou de recursos não caracteriza ato ilícito apto a caracterizar danos morais (e-STJ, fl. 433).

Embora sejam fundamentos sólidos, as duas declarações que buscavam questionar a decisão tomada e julgada no juízo de primeiro grau, foram rejeitadas pelo Tribunal de Justiça do Amazonas (TJAM). É certo que, o réu, neste caso o Estado do Amazonas, sob a ótica de que, o fato da demora no processo ter ocorrido, isto não justifica enquadrar como ato ilícito e nominar como danos morais.

É de se sublinhar que, as Recorrentes interpuseram diversas petições pedindo/clamando pela apreciação da ação, simples impulso oficial, vez que se tratava de ação de alimentos tocada pela dignidade da pessoa humana, dentre as guias as de fls.[...] e ainda acionou-se o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas e sua Corregedoria que, de igual modo, nada fizeram e só apresentaram respostas aos pedidos 1 anos após (e-STJ, fl. 542).

Conforme foi proferido, os dois embargos opostos foram rejeitados pelo TJAM. Um dos argumentos para negar o Recurso Especial improcedente se fundamenta nos arts. 125, II e IV, 133, II e parágrafo único, 141, V, 189, II, 198, 262, 575, II, do Código de Processo Civil vigente no tempo dos fatos. Os quais versam sobre a ação jurisdicional por intermédio do juiz na resolução da lide, sempre evocando procedimentos para a apuração e execução por impulso oficial.

Temos também, a Lei n.º 5.478/65 que trata de regime específico acerca de ação de alimentos, este foi um dos argumentos descritos na sentença, fundamentada pelo juiz de primeiro grau que reconheceu o erro da justiça e conseqüentemente condenou o Estado a pagar a indenização por danos morais.

Art. 1º. A ação de alimentos é de rito especial, independente de prévia distribuição e de anterior concessão do benefício de gratuidade.

Art. 13º. O disposto nesta lei aplica-se igualmente, no que couber, às ações ordinárias de desquite, nulidade e anulação de casamento, a revisão de sentenças proferidas em pedidos de alimentos e respectivas execuções (Lei n.º 5.476/65).

Também houve a manifestação do Ministério Público Federal, o qual denominou o provimento de recurso negativo em favor da primeira decisão. O este argumentou que, os fatos foram devidamente corretos, quanto ao prazo da petição inicial e o despacho.

Criticou veementemente a ausência de justificativa por parte da justiça em circunstância da demora na prestação jurisdicional. Contudo, relata que o recurso deve ser conhecido e provido.

Foram com base nesses elementos e circunstâncias presentes, que, analisamos tanto os argumentos de apelação recorrido e julgado improcedente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas, assim como também iremos fazer uma releitura de forma analítica dos argumentos e fundamentações do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca do julgado. É importante lembrar, que, a grande questão que surge neste momento diz respeito um dos princípios básicos do processo, a razoabilidade do processo na jurisdição brasileira, a saber também, a posição do STJ em relação a matéria que subiu.

3. ANÁLISE DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO STJ

3.1 Fundamentos doutrinários

O caso concreto que gerou toda a discussão trata-se de excessiva demora na ação de execução de alimentos. Nesse sentido, o relator é perceptivo da desarrazoada demora, acreditando que cada processo tem sua peculiaridade e particularidade, as quais dificultam em imaginar um prazo razoável para solucionar as lides de forma justa e eficiente.

Segundo o relator, o Ministro OG Fernandes (2018), ressalta a precariedade material do sistema judiciário brasileiro e a carência de recursos humanos, os quais são fatores que não colaboram para que se julgue os processos dentro de um tempo hábil. Ressaltou, porém, que é obrigação do Estado garantir a tutela da jurisdição em tempo razoável, permitindo a autonomia dos cidadãos a agirem quando não atendida a prestação jurisdicional e o prazo for excessivo. Assim também, compreende o Tribunal Constitucional da Espanha, citado nos autos.

Quanto a posição da Corte Europeia de Direitos Humanos apresentado pelo relator, a Administração Pública só não está juridicamente obrigado a responder por extrapolação em decisões, quando as responsabilidades forem “excepcionais e imprevisíveis”, caso contrário, o art. 6.1 da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do homem e das Liberdades Fundamentais, reafirma que todos os Estados-membros devem organizar seus sistemas judiciários para melhor receber e dá acesso à justiça a todos, dentro dos princípios da igualdade, da razoabilidade e eficiência.

A decisão foi justificada com o parecer da Comissão Europeia, em 08/03/1982, no caso Andorfer Tonwerke, proferido da seguinte maneira: “Os defeitos de estrutura e de organização da justiça não podem ser invocados como desculpa para a morosidade, o que significaria desconhecer o próprio conteúdo essencial do direito a um processo público sem dilações indevidas” (GOMES; PIOVESAN *Apud* RELATOR, 2018, p. 10).

Outro doutrinador citado para resolução e decisão do caso, é Danielle Annoni, com a obra intitulada de “A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional”, descrevendo a seguinte afirmação:

É certo que o grande número de trabalho que sobrecarrega os magistrados e o próprio Poder Judiciário, enquanto máquina judiciária, pode servir para escusar os juízes e tribunais de toda responsabilidade pessoal decorrente de atraso na prolação das decisões. Contudo, não exime a responsabilidade objetiva do Estado pelo anormal funcionamento do serviço judiciário, haja vista que é atividade essencial, imprescindível ao Estado de Direito (ANNONI, 2003, p. 94).

Ainda sobre o debate, o relator traz a lição de Frederico Augusto Leopoldino Koehler, o qual defende a ideia de que, o direito a indenização por parte do Estado, não pode surgir apenas de circunstâncias dolosas ou culposas provocadas pelos magistrados, até porque, todos aqueles envolvidos com o processo podem estar imbuídos das melhores intenções, porém, a não eficiência na execução do processo é fruto de insuficiência ou falta de estrutura do poder judiciário. Levando em consideração estas falhas, que não são humanas, mas por falta de estruturas adequadas, Koehler (2013), acredita que toda responsabilidade de prestar devida prestação a respeito da morosidade é do Estado, como uma punição de caráter disciplinador³¹.

A análise doutrinária foi muito eficiente para a resolução e fundamentação do caso. Vale salientar que com base nos doutrinadores, foi possível criar um aporte teórico que versa sobre a possibilidades de indenização por demoras excessivas em ação de execução. O relator trouxe subsídios preponderantes doutrinários que nortearam sua decisão. Não só doutrinário, como também jurisprudências, os quais veremos a seguir.

3.2 Fundamentos jurisprudenciais

Conforme foi entendido o primeiro caminho fundamental da decisão do relator, por outro lado este também buscou julgados para justificar e responsabilizar o Estado pela excessiva demora na prestação da jurisdição. O que vamos ver aqui, em respeito ao que consta nos autos, são duas decisões em desfavor do Estado brasileiro, as quais tratam de condenações por lesões ao prazo razoável do processo.

O primeiro caso, assim trouxe o relator, foi julgado no ano de 2006, proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso Ximenes Lopes contra o Brasil. O país teve que indenizar pais e irmãos de Ximenes em mais de US\$ 130 mil pela demora excessiva

³¹ KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino, 2013, p. 102.

de assistência judiciária lesionando o a duração razoável do processo. A Corte também obrigou o Brasil a garantir um prazo razoável ao processo, assim como, tanto para investigar como para julgar³².

Outro caso julgado pela Corte Interamericana, foi o caso de Garibaldi contra o Brasil. A ação se tratava justamente da não entrega da prestação jurisdicional dentro do tempo razoável. Por assim dizer, o Brasil, dentro da sua morosidade processual, por um curto período teve dois julgados internacionais que versavam a respeito do não respeito ao processo razoável, por não ter limite e nem disciplina complacente acerca do princípio da razoabilidade.

De acordo com a fundamentação do relator, se tratando de dois julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, observamos que a comunidade internacional não tolera que países se neguem a decidir processos que não sejam em tempo razoável. Uma vez que é da responsabilidade do Estado a jurisdição, este jamais poderá se omitir diante da prestação de indenização pela assistência jurisdicional julgado em tempo excessivo. Portanto, entende a comunidade internacional que é estritamente da responsabilidade do Estado garantir uma justiça eficiente dentro do prazo razoável.

3.3 Fundamentos segundo a Lei brasileira

Em razão do relator reconhecer procedente o julgado pelo juiz de primeiro grau, não se justifica apenas por fundamentações doutrinárias e jurisprudenciais, mas também acerca do que diz a lei brasileira sobre as circunstâncias da matéria. É por essa razão que este contrapõe o questionamento do Estado do Amazonas, elucidando as disposições constitucionais e etc.

Em contrapartida ao argumento do réu, que neste caso é o Estado do Amazonas, o relator baseia sua decisão conforme o artigo 5º, LXXVIII, que dispõe do princípio da razoável duração do processo, afirmando que tanto de âmbito jurisdicional e administrativo, é assegurando a razoabilidade no processo e os meios mais precisos que este deve corresponder ao anseio social. Também se baseio no artigo 37, §6º., que traz a responsabilidade de responder diante dos pressupostos apontados.

Também não poderíamos deixar de citar, tantos os artigos 125, II, 133, II e parágrafo único, 189, II, 262 do Código de Processo Civil de 1973, vigente e aplicável no tempo do caso originário. Os mesmos tratam da rápida solução que o juiz deve encontrar

³² Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2006, p. 23.

para solucionar o litígio e técnicas adequadas que melhor desenvolva o caso em questão, assim como suas responsabilidades sobre a ação.

O relator fundamentou sua decisão ainda, com os devidos artigos da Lei Orgânica da Magistratura Nacional, 35, II e III, 49, II, e o parágrafo único. Estes tratam dos deveres do magistrado, destacando que não se exceda de forma injustificada prazos e sentenças a despachar, e ainda, as consequências quando responder por perdas e danos.

E por fim, a lei nº 5.478/65, principalmente os artigos 1º e 13, os quais ressaltam a importância que se deve proferir quando a ação de execução se trata de alimentos. Conforme o art. 1º, dispõe que se trata de uma matéria que requer um rito especial, que independe de outros fatores, ficando evidente quão importante e necessária atenção deve se dar a ação de alimentos.

Em consonância com o que foi acentuado, foi possível perceber quais as posições legais o relator do caso, o ministro OG Fernandes, julgou e se posicionou diante da decisão proferida pelo juiz de primeiro grau. Mesmo diante da reforma da sentença, alguns fundamentos do juiz de primeiro grau subsistiram, principalmente se tratando de fundamentos tirados do ordenamento jurídico brasileiro. Portanto, essa decisão procedente e favorável do STJ abre outras discussões e precedentes importantes para o ordenamento brasileiro. É o começo de uma reflexão com mais afinco a respeito do princípio ao prazo razoável do processo e exemplos a seguir por outros tribunais em virtude da matéria apresentada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Continua sendo uma preocupação mundial a lentidão na prestação jurisdicional. Pois se tem refletido soluções e aprimorado técnicas para dar maior celeridade e precisão no trabalho de decidir dos magistrados, modificando e aprimorando leis que melhor atendem as resoluções de conflitos dentro de um tempo razoável, com o objetivo de evitar danos materiais e morais. É neste sentido que acreditamos na imensurável importância do princípio do razoável processo, instrumento que se faz presente na nossa Constituição de 1988, embutido pela Emenda Constitucional 45/2004.

Porém, por mais que seja um princípio constitucional, a aplicação na prática da razoabilidade processual continuam sendo um desafio no ordenamento jurídico brasileiro. Por isso a importância de apresentar o julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), para que assim, a partir deste caso concreto possamos fazer uma leitura das medidas tomadas e jurisprudências que essa decisão tem se embasado, a saber também, quais os reflexos que essa nova medida pode trazer para jurisdição brasileira.

Analisando os fatos, as doutrinas, as leis de cunho nacional e internacional e as jurisprudências da Corte Internacional Interamericana, a decisão do STJ acerca do REsp. 1383776 foi decorrente de embasamento tanto constitucional como de caráter jurisprudencial. A matéria da decisão abre possibilidade tanto positivo como negativo. O feito positivo é de caráter institucional e estrutural do judiciário, podendo acarretar mudanças para melhor resolver os litígios com celeridade. O ponto negativo é, que, com a lentidão decisório do judiciário, há possibilidade de aumentar as ações contra o Estado por prejuízos materiais e morais, tornando a jurisdição mais morosa.

Portanto, acreditamos que a decisão julgada procedente que responsabiliza o Estado do Amazonas a indenizar a parte autora da ação por danos morais, é uma motivação para se repensar o princípio do prazo razoável do processo e sua aplicação em casos concretos no Brasil. É o momento de encontrar mecanismo que melhor se adequam a realidade jurisdicional brasileira. É também olhar para a experiência italiana com inspiração para encontrar soluções concretas, que de fato ajude o sistema jurídico brasileiro a romper com a lentidão e grandes demandas processuais.

Assim, não basta apenas criar procedimentos que puna o Estado por negligência processual, é preciso mais do que isso para solucionar a demora da jurisdição brasileira. É preciso além de criar leis que melhor instigam que as decisões sejam cumpridas em prazos razoáveis de acordo com cada caso, é preciso também, dá estruturas adequadas para que os magistrados tenham condições para solucionar os conflitos com justiça, em tempo hábil e produzem resultados eficaz. Todavia, finalizamos nossa reflexão com a seguinte tabela exemplificativa:

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p.94.

ARRUDA, Samuel Miranda. **O direito fundamental à razoável duração do processo**. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ARRUDA, Alvim. **Manual de direito processual civil**. 7. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. 1. ed. São Paulo: Ed. Classic Books, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. **Problemas de reforma do processo civil nas sociedades contemporâneas**. Revista de Processo, a. 17, n. 65, jan/mar.1992, p. 139.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIAS, Maria Berenice. **A cobrança dos alimentos no novo CPC**, 2015, p. 2. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br>.

FONSÊCA, Vitor. **Comentário ao código de processo civil**. vol. 1. BUENO, Cassio Scarpinella. São Paulo:

_____. **Teoria geral do processo**. Aula “princípio da razoável duração do processo”. Aula proferida no dia 28.09.2018, em Manaus – AM, na Faculdade La Salle, turma B de Direito.

HOFFMAN, Paulo. Reflexões sobre a Reforma do Judiciário. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et. al. Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 572-588.

_____. **Razoável duração do processo**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 219.

KOEHLER, Frederico Augusto Leopoldino. **A razoável duração do processo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

Lei Orgânica da Magistratura Nacional. **Lei Complementar 35/79**: Lei Complementar nº 35, de 14 de Março de 1979. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103992/lei-organica-da-magistratura-nacional-lei-complementar-35-79>.

Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José: Corte Interamericana de derechos humanos, 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/informes/2006>.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. **O caso Ximenes Lopes**. O Brasil na corte interamericana de direitos humanos. Correio Braziliense. Brasília. Suplemento Direito & Justiça, 2/7/2007, p. 1-3. Disponível em: <http://vallisneyoliveira.com/artigos/o-caso-ximenes-lopes-o-brasil-na-corte-americana-de-direitos-humanos/>.

OLIVEIRA, Rogério Nunes de. **A morosidade da entrega da jurisdição e o direito à razoável duração do processo judicial**. Revista da Faculdade de Direito de Campo, a. IV, n. 4, e a. V, n. 5, 2003-2004, p. 637-638.

SABATOVSKI, Emilio. **Constituição Federal de 1988**. Curitiba: Juruá, 2007.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. Reflexões sobre a Reforma do Judiciário. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim et. al. Reforma do judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional nº 45/04. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 41-49.

SACUCCI, Andrea. In tema di durata ragionevole dei processi (**a margine di una delibera del Consiglio Superiore della Magistratura**). Revista de Diritto Processuale, 2000.

STJ. RECURSO ESPECIAL. REsp: 1383776 AM/2013/0140568-8, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 06/09/2018, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/09/2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/631917839/recurso-especial-resp-1383776-am-2013-0140568-8/certidao-de-julgamento-631917879>.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Tempo e processo**: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal). São Paulo: RT, 1997.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. **Tratados internacionais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Seminário "O Direito na era da globalização: tratados internacionais na ordem jurídica". Palestra proferida em 12.05.2003, em São Paulo-SP, na Universidade Presbiteriana Mackenzie, na Comissão de Relações Internacionais do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e Harvard Law School Association do Brasil.