

ISSN 2595 - 1408

REVISTA
DIREITO
DÁRIO

FORTALEZA V. 1, Nº. 1, 4ª ED. ABR./JUN. 2019

REVISTA DIREITO DIÁRIO



ISSN 2595-1408

Fortaleza, v. 1, n. 1, abr./jun. 2019

4ª EDIÇÃO



EXPEDIENTES

Revista Direito Diário

Direito Diário Jurídico Editora Ltda.

Rua Norvinda Pires, nº 60, Aldeota

CEP: 60150-280 – Fortaleza, CE

contato@direitodiario.com.br

direitodiario.com.br

Copyright © 2019

Direito Diário Jurídico Editora Ltda.

Todos os direitos reservados e protegidos.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.



DIREITO DIÁRIO

Revista Direito Diário da Direito Diário Jurídico Editora Ltda.

Volume 1, nº.1 – abr/jun. 2019 (trimestral).

EQUIPE EDITORIAL

Bianca Gabrielle Collaço

Ingrid Carvalho Bezerra

Rafael Aguiar Nogueira e Franco

Victor Hugo Camilo Silva Zanocchi

CONSELHO EDITORIAL

BIANCA GABRIELE COLLAÇO

Pós-Graduada em Direito Tributário. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2015). Advogada.

CARLOS CÉSAR SOUSA CINTRA

Professor de Graduação e de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará e do Centro Universitário Chistus. Doutor (2005) e Mestre (2000) em Direito do Estado – sub-área: Direito Tributário – pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Pós-Graduado em Direito Público (1997) e em Direito Constitucional (1997) pela Universidade de Fortaleza. Advogado.

FELIPE LIMA GOMES

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Doutor (2015), Mestre (2012) e Bacharel (2009) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Ex-professor da Universidade de Fortaleza.

INGRID CARVALHO BEZERRA

Pós-graduanda em Direito Administrativo e Licitações. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Advogada.

NADJA PONTE NOGUEIRA

Mestranda pela Universidade de São Paulo em Direito Internacional Privado. Bacharela (2016) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Diretora de Pesquisa do Instituto Brasileiro de Debates desde de 2017. Advogada.

RAFAEL AGUIAR NOGUEIRA E FRANCO

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Diretor Conselheiro do Grupo de

Estudos em Direito e Assuntos Internacionais, programa vinculado à Universidade Federal do Ceará. Advogado.

STEPHANE HILDA BARBOSA LIMA

Pesquisadora do Centro de Ensino, Pesquisa e Inovação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas - SP. Mestre (2018) e Bacharel (2015) em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Especialista (2016) em Direito e Processo Tributário. Membro emérito da Sociedade de Debates da UFC. Professora e Advogada.

VICTOR HUGO CAMILO SILVA ZANOCCHI

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Advogado.

WILLIAM PAIVA MARQUES JÚNIOR

Professor Adjunto do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal do Ceará. Doutor (2016) e Mestre (2009) em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará. Assessor de Legislação e Normas da Pró-Reitoria de Gestão de Pessoas (PROGEP) da Universidade Federal do Ceará. Advogado.

Revista Direito Diário

Direito Diário. – v.1, n.1 (abr./jun. 2019). – Fortaleza: Direito Diário, 2019.

Trimestral

ISSN 2595-1408

1. Direito – Periódicos. Direito Diário.



APRESENTAÇÃO

A Equipe Direito Diário tem a honra de apresentar a 4ª Edição da Revista Direito Diário, uma publicação acadêmica com periodicidade trimestral, criada para expandir e difundir conhecimento jurídico.

O Direito Diário, criado em 2015, é um portal jurídico virtual que tem como objetivo a disseminação de informações e conhecimentos jurídicos. Por meio de variados tipos textuais, a Equipe Direito Diário traz constantemente notícias, artigos de opinião, artigos científicos e dicas sobre as principais temáticas do mundo Jurídico.

Por intermédio da plataforma virtual, deparou-se com a democratização do acesso ao conhecimento, sendo possível abranger as diversas áreas jurídicas, conforme o interesse de cada colaborador.

O Direito é o meio pelo qual o Estado organiza a sociedade, então, entendemos por bem desenvolver uma ferramenta online na qual fosse possível inserir pessoas, dos mais variados contextos sociais, na realidade jurídico-social brasileira. Outro ponto que impulsionou o nascimento do Direito Diário foi o desafio constante de se manter bem informado sobre os principais acontecimentos jurídicos.

No intuito de ampliar os horizontes do projeto, é lançada a Revista Direito Diário. A partir da publicação desse periódico jurídico, o Direito Diário avança mais um passo na concretização do seu ideal: promover o desenvolvimento de ideias e a disseminação do conteúdo jurídico, com mais seriedade e compromisso, a fim de contribuir para o crescimento da sociedade e para o crescimento do próprio Direito como ciência.

O periódico publica artigos, resenhas e monografias (nacional ou internacionalmente) com as mais diversas abordagens teóricas e metodológicas, incluindo artigos transdisciplinares, de pesquisa aplicada ou que se enquadrem nos campos de pesquisa Direito

e Desenvolvimento (*law & development*), Direito e Sociedade (*law & society*), Direito e Meio Ambiente (*law & environment*), e Direito e Economia (*law & economics*). Ademais, recebe trabalhos sobre Direito nacional, internacional e global; Teoria, Sociologia, Filosofia e História do Direito; e sobre ensino jurídico.

Também é possível ter acesso ao nosso conteúdo por intermédio do nosso endereço eletrônico (direitodiario.com.br).

Boa leitura a todos e todas!

Bianca Gabriele Collaço¹
Rafael Aguiar Nogueira e Franco²

¹ Pós-Graduada em Direito Tributário. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2015). Advogada.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2017). Diretor Conselheiro do Grupo de Estudos em Direito e Assuntos Internacionais, programa vinculado à Universidade Federal do Ceará. Advogado.



SUMÁRIO

Técnicas especiais de investigação na Lei das Organizações Criminosas	9
<i>Adalberto Lima Borges Filho</i>	
Da estabilidade da gestante empregada: uma abordagem à luz da Constituição Federal de 1988	31
<i>Altamir Guilherme Júnior</i>	
A (in)validade de carta psicografada utilizada como meio de prova documental à luz da grafotecnia	48
<i>Daniel Bandeira de Oliveira Rego</i>	
A estabilidade da decisão que declara a conversão do Mandado Monitório não embargado em Título Executivo Judicial	61
<i>Fernanda Karine Schmidt</i>	
A instabilidade do regime jurídico dos servidores públicos	77
<i>Francisco José Guimarães Peixoto</i>	
O papel do Senado Federal no Controle Difuso de Constitucionalidade Brasileiro	92
<i>Gabriel Victor Nogueira Marques</i>	
Tratamento jurídico da publicidade enganosa e abusiva em face do Código do Consumidor	109
<i>Jairo Cesar de Carvalho</i>	
Crítica à inadmissão apriorística dos embargos de declaração protelatórios no país “Bruzundanga” de Lima Barreto: uma aproximação entre Direito e Literatura	128
<i>João Mateus Silva Fagundes Oliveira</i>	
O princípio da dignidade da pessoa humana e a (in)constitucionalidade da Lei nº 13.152/2015: uma análise a partir das condições socioeconômicas e culturais do trabalhador assalariado brasileiro	162
<i>Luíz Alberto Fagundes Jorgens</i>	
Uma reflexão jurídica sobre a viabilidade de reconhecimento do conteúdo digital como bem patrimonial e a possibilidade de sua transmissão <i>post mortem</i>	187
<i>Maqson Ecles Mendonça Torres</i>	

Inconstitucionalidade da Reforma Trabalhista – Lei nº. 13.467/2017: à luz do Supremo Tribunal Federal	211
<i>Marisa Galeski Nepomuceno Pinto</i>	
Análise da cláusula arbitral na solução de lides consumeristas	243
<i>Mayrenne Trigueiro Pereira Loureiro</i>	
Arbitragem e sua aplicação na internacionalização das relações de consumo	259
<i>Mayrenne Trigueiro Pereira Loureiro</i>	
Concessão da tutela antecipada de ofício	279
<i>Mayrenne Trigueiro Pereira Loureiro</i>	
Direito ao patrimônio mínimo e seu impacto na efetividade das execuções	300
<i>Mayrenne Trigueiro Pereira Loureiro</i>	
Ética médica e erro médico: uma análise à luz do Direito e da Medicina	320
<i>Mayrenne Trigueiro Pereira Loureiro</i>	
Reconhecimento Jurídico da Multiparentalidade	334
<i>Nathalie Celestino Ribeiro de Oliveira</i>	
O <i>jus postulandi</i> na Justiça do Trabalho	357
<i>Paulo Fernandes Medeiros Junior</i>	
Oitenta tiros e um silêncio: uma análise do racismo institucional na sociedade brasileira à luz das normas internacionais de Direitos Humanos	379
<i>Sérgio Assunção Rodrigues Júnior</i>	
A saúde como Direito Social Fundamental: um enfoque sob a égide do Estado Democrático Brasileiro	389
<i>Talita Verusca Vieira de Araújo</i>	
Reforma Previdenciária: PEC 6/2019 um retrocesso social?	407
<i>Thays Bianca Bastos dos Reis</i>	



TÉCNICAS ESPECIAIS DE INVESTIGAÇÃO NA LEI DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Adalberto Lima Borges Filho*

Sumário: 1. Introdução; 2. Breve análise das leis que trataram de organizações criminosas e o surgimento da lei 12.850/2013; 3. Introdução aos meios de investigação e obtenção de prova da lei 12.850/2013; 4. Dos meios de investigação em espécie; 5. Conclusão; 6. Referências.

RESUMO

Este estudo teve o objetivo de analisar as técnicas de investigação na Lei das Organizações Criminosas, de modo a aferir a sua constitucionalidade e eficácia. Para tanto, a pesquisa se classifica, quanto ao método de abordagem, em dedutiva, e, em relação ao método de procedimento em descritiva, pautada no levantamento bibliográfico e documental, pois busca, na doutrina e na legislação, elementos para a compreensão do tema. Com o resultado da pesquisa, foi possível concluir que a sociedade passa por problemas de segurança e precisa de maior controle sobre o crime organizado. Entretanto, algumas técnicas de investigação envolvem o direito à privacidade. Assim, em atenção ao Estado Democrático de Direito, com a tutela das liberdades públicas e individuais, deve haver uma ponderação entre os diversos direitos que são contemplados pelo sistema de normas. No geral, a referida lei deu um salto positivo para a formação de provas, com a obtenção de informações e a colheita de elementos probatórios suficientes para a persecução penal.

Palavras-chave: Técnicas de Investigação; Lei das Organizações Criminosas; Crime Organizado.

ABSTRACT

This study aimed to analyze the investigative techniques in the Law of Criminal Organizations, in order to assess their constitutionality and effectiveness. In order to do so, the research is classified, as regards the method of approach, in deductive, and in relation to the method of procedure in descriptive, based on the bibliographical and documentary survey, since it searches, in doctrine and legislation, elements for understanding the theme. With the result of the research, it was possible to conclude that the society has problems of security and needs greater control on the organized crime. However, some investigative techniques include the right to privacy. Therefore, according to the Democratic State of Law, with the protection of public and individual liberties, there must be a reflection between the various rights which are covered by the system of standards. In general, this law has made a positive leap forward in the formation of evidence with the obtaining of information and the collection of sufficient evidence for criminal prosecution.

Keywords: Research Techniques; Law Of Criminal Organizations; Organized Crime.

* Advogado. Pós-graduado em Direito do Estado pela JusPodivm. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado. Graduado em Comunicação Social com habilitação em Publicidade e Propaganda pela Universidade Salvador. E-mail: alborges.adv@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira, assim como a mundial, tem vivenciado o desenvolvimento de um novo tipo de criminalidade, bastante diferente daquele outrora observado. Criminosos que, tradicionalmente, agiam sozinhos ou em pequenos grupos e buscavam a satisfação de interesses ocasionais, passaram a formar estruturas complexas, dotadas de características peculiares, visando à dominação do ambiente em que atuam e o aumento exponencial de lucros.

A experiência global permite concluir que o crime organizado decorre, dentre outros fatores, da ausência do Estado ou de sua presença deficitária, ocasionando uma falha na prestação de serviços públicos. Nesse sentido, surgiram diversos grupos criminosos organizados ao redor do mundo, como a Máfia Italiana, a Yakuza, entre outros. Na década de 90, o surgimento de organizações como o PCC e o Comando Vermelho, marcou o desenvolvimento do crime organizado em território nacional.

Observa-se, assim, que a globalização e a crescente integração internacional permitiram o desenvolvimento e a especialização do crime organizado no mundo inteiro, alcançando potenciais surpreendentes, causando grave inquietação na sociedade, além de desafiar o próprio poder do Estado, notadamente pela sua forma de agir, que inclui violência, astúcia e, principalmente, sofisticação. Com acesso a armas cada vez mais potentes e tecnologias digitais, essas organizações criminosas vêm ameaçando a paz pública, violando direitos fundamentais do corpo social como a segurança, a vida e a saúde.

Diante desse cenário, foi necessário adaptar o aparato jurídico ao novo *modus operandi* da criminalidade, ensejando o surgimento de novas técnicas de investigação e colheita de provas que viabilizassem a desarticulação dessas organizações, uma vez que os meios tradicionais utilizados em investigações como a oitiva de testemunhas e buscas e apreensões já se demonstravam insuficientes.

Foi assim que surgiu, no plano internacional, a Convenção de Palermo, ratificada pelo Brasil, com o objetivo de definir o conceito de organização criminosa, bem como incentivar a adoção de técnicas especiais de investigação. Nesse contexto, foi editada a Lei 9.034/1995, dispondo sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, a qual foi posteriormente revogada pela Lei 12.850/2013, atual Lei das Organizações Criminosas, muito mais precisa e apta a regulamentar os institutos necessários ao combate ao crime organizado.

O presente trabalho, portanto, tem como objetivo analisar as técnicas especiais de investigação presentes na Lei das Organizações Criminosas, de modo a aferir a sua constitucionalidade e eficácia, além de traçar breves aspectos acerca da interpretação dos dispositivos da referida lei pelas Cortes Superiores.

2 BREVE ANÁLISE DAS LEIS QUE TRATARAM DE ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS E O SURGIMENTO DA LEI 12.850/2013

Sobre a origem do crime organizado, Tognolli (1996, p. 33) argumenta que grupos mafiosos que tinham suas atividades limitadas às regiões em que viviam começaram a se associar, provavelmente no final dos anos 80, estendendo sua influência às mais longínquas regiões do planeta. Estão incluídas nesse quadro as antigas máfias italianas, americanas, Yakuza japonesa, as Tríades baseadas em Hong Kong e Sudeste asiático, assim como os novos grupos mafiosos em rápida expansão na África ocidental e as novíssimas máfias russas surgidas com o desmantelamento do Estado soviético.

Na mesma esteira leciona Silva (2015, p. 3), para quem a “origem da criminalidade organizada não é de fácil identificação, em razão das variações de comportamentos em diversos países, as quais persistem até os dias atuais”.

Independentemente da definição da origem do crime organizado, é inegável que ele está presente em toda a sociedade, de forma que numerosas legislações buscaram conceituá-lo, prevendo, ainda, diversos mecanismos para combatê-lo de maneira eficaz.

Nesse sentido, nota-se que o crime organizado é bastante alardeado pela mídia, sendo pré-concebido a partir dos vícios cotidianos pautados pelo senso comum. Parte da mídia e dos próprios agentes estatais envolvidos na ação bélica contra a criminalidade, não raramente, consideram organização criminosa qualquer grupo que pratique atos criminosos cujos ganhos dos membros seja exorbitante ou que causem grave perturbação social.

Não obstante, o conceito de organização criminosa não se deve pautar em subjetivismos, devendo ser verificado a partir de critérios objetivos expressamente previstos em lei, o que, de fato, já ocorre atualmente, tendo em vista o conceito estatuído na própria Lei de Organizações Criminosas. Entretanto, a definição de crime organizado nem sempre foi algo pacífico.

A primeira legislação a tratar do tema no Brasil foi a Lei nº 9.034/1995, a qual dispôs sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Apesar de louvável, a iniciativa veio acompanhada de uma grave

falha: a ausência de definição do próprio objeto da lei, ou seja, não foi definido o que caracterizaria uma organização criminosa (CUNHA; PINTO, 2015, p. 11).

Para Luiz Flávio Gomes (*apud* MASSON; MARÇAL, 2017, p. 36), devido à ausência de conceito de organização criminosa, todos os dispositivos legais da Lei nº 9.034/1995 perderam sua eficácia.

Posteriormente, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, promulgado através do Decreto nº 5.015/2004, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, conhecida por Convenção de Palermo. Essa inovação deu novos ares ao disciplinamento sobre organização criminosa (MASSON; MARÇAL, 2017, p. 37).

A Convenção de Palermo trouxe a seguinte conceituação para organização criminosa (BRASIL, 2004):

[...] grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material.

Desta feita, com o silêncio da Lei nº 9.034/1995 quanto à conceituação de organização criminosa, parte da doutrina optou por tomar emprestada a definição dada pela Convenção de Palermo (CUNHA; PINTO, 2015, p. 11).

Nesse mesmo sentido, a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça também adotou este posicionamento e proferiu a seguinte decisão nos autos do habeas corpus nº 77.771-SP (BRASIL 2008):

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1.º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL. 1. Hipótese em que a denúncia descreve a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e empresas vinculadas, para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes – mormente estelionatos –, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas citadas, algumas por meio de "testas-de-ferro", desvirtuando suas atividades eminentemente assistenciais, aplicando seguidos golpes. 2. Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime

Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente.

Esse entendimento recebeu severas críticas de parte da doutrina, dentre eles Gomes (2009, *online*), que sustentou os seguintes vícios da decisão:

[...] 1) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade; 2) a definição dada vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição); 3) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito Penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*), permanecendo atípica a conduta.

Mais tarde, contrariando o entendimento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, e acolhendo crítica da doutrina, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida por sua 1ª Turma, no julgamento do HC 96.007-SP, pronunciou decisão, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, definindo que a conduta de quem comete crime de lavagem de dinheiro, tendo como fundamento a hipótese prevista no artigo 1º, inciso VII (organização criminosa), da Lei nº 9.613/1998, seria atípica (CUNHA; PINTO, 2015, p. 13), haja vista a inexistência no ordenamento interno do conceito legal de organizações criminosas.

Para o Supremo Tribunal Federal, devido à introdução da Convenção de Palermo “por meio de simples decreto”, “não poderia a definição de organização criminosa ser extraída do Decreto nº 5.015/2004, para fins de tipificação do delito vertido no art. 1.º, VII, da Lei nº 9.613/1998, sob pena de violação à garantia fundamental” (MASSON; MARÇAL, 2017, p. 21).

Durante toda essa discussão doutrinária em relação a aplicabilidade do conceito trazido pela Convenção de Palermo, no ano de 2012 foi sancionada a Lei nº 12.694/2012, que trata "sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas". Esta legislação, em seu art. 2º, trouxe a seguinte definição para organização criminosa (BRASIL, 2004):

[...] considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) 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 crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional.

Dessa forma, supriu-se, então, a lacuna deixada pela legislação de 1995. Entretanto,

essa definição não durou muito tempo, pois no ano seguinte (2013) sobreveio a Lei nº 12.850/2013, que trouxe um novo conceito de organização criminosa, dispendo sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Assim, a Lei nº 12.850/2013 é a mais recente norma a tratar do tema, prevendo diversos dispositivos e procedimentos, ampliando o poder investigativo do Estado.

Ademais, insta salientar que a Lei 12.850/2013 revogou expressamente a antiga Lei 9.034/95, porém não revogou a Lei 12.694/2012, a qual só foi revogada (tacitamente) no que diz respeito ao conceito de organização criminosa.

Assim, atualmente, a Lei 12.694/2012 coexiste com a Lei 12.850/2013, pois prevê um instituto que a atual lei não previu, qual seja, a criação de um colegiado de primeiro grau para julgamento de crimes envolvendo organização criminosa.

3 INTRODUÇÃO AOS MEIOS DE INVESTIGAÇÃO E OBTENÇÃO DE PROVA DA LEI 12.850/2013

O código de silêncio entre os integrantes de organizações criminosas fez tornar necessária a inserção de novas técnicas de investigação para desestruturar tais organizações, uma vez que os métodos tradicionais não se revelavam suficientes.

Nesse sentido, a Lei 12.850/13 estabeleceu e minudenciou diversos procedimentos investigatórios, como a colaboração premiada, a infiltração de agentes, a ação controlada, entre outros. Nessa esteira, de acordo com o art. 3º da referida lei, os meios de obtenção de prova se valem de (GOMES, 2017, p.1):

[...] estratégia de vigilância (ação controlada), a dissimulação (infiltração de agentes), barganha (colaboração premiada) e devassa de privacidade e intimidade da pessoa (afastamento dos sigilos financeiros, bancários e fiscal; interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos e acústicos, e acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas a dados cadastrais constantes de banco de dados públicos ou privados, e a informações eleitorais ou comerciais) para imprimir eficácia à persecução penal.

Ademais, são medidas aplicáveis tanto na fase investigativa pré-processual, como também no transcorrer da ação penal. Na fase do inquérito policial, as medidas investigativas devem ser conduzidas diretamente pelo Delegado de Polícia, o qual representará pelas medidas cabíveis ao Juízo competente, devendo abrir vistas ao Ministério Público, sendo que este funcionará como fiscal da lei e também no exercício do controle externo da atividade policial. Na fase processual, também são cabíveis algumas das medidas de obtenção de prova

que poderão ser operadas pelo membro do *Parquet*, de forma direta, quando for possível, ou requisitando atuação da Polícia Judiciária.

Segundo a doutrina, é possível diferenciar meios ordinários e extraordinários de obtenção de prova. Os meios ordinários de obtenção de prova (também chamados de técnica convencional de investigação) são técnicas comuns para investigar os ilícitos penais, geralmente ligados a provas documentais e testemunhais usados na maioria dos crimes. Por outro lado, os meios extraordinários de obtenção de prova (ou técnicas especiais de investigação - TEI) seriam ferramentas sigilosas postas à disposição da Polícia, dos demais órgãos com atribuição investigatória e do Ministério Público para a apuração e persecução de crimes graves, que exigem o emprego de estratégias investigativas distintas das tradicionais. Caracterizam-se pela presença de dois elementos: o sigilo e a dissimulação.

Dessa forma, entende-se que as TEI são métodos de obtenção de provas muito mais invasivos que os tradicionais, devendo ser utilizados para crimes especiais e graves, desde que não haja outro meio de obtenção de prova menos invasivo, aplicando-se, assim, um critério residual.

Nesse ponto, a gestão da prova e o papel do juiz na decretação dos meios de obtenção de prova são de suma importância, pois a utilização desses meios de obtenção de prova, em que pese constitucional, deverá ocorrer de maneira residual, sob pena de inconstitucionalidade. Assim, deve-se observar alguns requisitos: 1) Reserva de lei: é preciso que haja lei regulamentando a matéria. Por isso, a importância da Lei 12.850/2013, pois na Lei 9.034/1995 já era prevista a ação controlada e a infiltração policial, mas não havia qualquer regulamentação, que agora existe; 2) Reserva de jurisdição: essas técnicas especiais pressupõem controle judicial, por serem técnicas bastante invasivas. Em regra, esse controle é prévio, caso da infiltração policial. Porém, em algumas técnicas, o controle judicial se dará a posteriori, caso de técnicas mais urgentes, como a ação controlada, que pode ser executada de imediato sem previa autorização judicial. Todavia, o juiz será devidamente comunicado para estabelecer limites para a ação; 3) Proporcionalidade: deve-se verificar se a técnica de investigação é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Vale dizer, não se deve usar tais meios invasivos para prender um simples batedor de carteira.

Ponto importante que deve ser destacado é que é possível utilizar os meios especiais de obtenção de prova previstos na lei 12.850/2013, mesmo que não se trate de caso envolvendo o conceito de organização criminosa, desde que reunidos alguns requisitos dos incisos I e II do parágrafo 2º do art. 1º da Lei.

O inciso I afirma que a lei será aplicada às infrações penais previstas em tratado ou convenção internacional quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. A título de exemplo, tem-se o tráfico internacional de pessoas para fim de exploração sexual (art. 231, CP). Mesmo que não haja uma organização criminosa promovendo o referido delito, é possível aplicar os meios de obtenção de prova da Lei 12.850/2013.

Quanto ao inciso II, há a possibilidade de aplicação da Lei 12.850/2013 em casos de organizações terroristas, cujo conceito e atos característicos estão previstos na Lei 13.280/2016.

Por fim, há uma nova previsão de infiltração policial no Brasil, disciplinada pelos arts. 190-A a 190-E do ECA, inseridos pela Lei nº 13.441/2017, que alterou o ECA para prever a infiltração de agentes de polícia na internet com o fim de investigar crimes contra a dignidade sexual de criança e de adolescente.

Resta notório, portanto, que nos casos que envolvam pedofilia, ainda que não se trata de organização criminosa, é admitida o uso da técnica de infiltração de agentes. Trata-se de previsão salutar, que chega em bom momento, visando a um mais efetivo combate a tais crimes.

4 DOS MEIOS DE INVESTIGAÇÃO EM ESPÉCIE

Conforme adiantado, a lei das organizações criminosas previu diversos meios específicos de obtenção de prova, com vistas a um melhor desempenho da atividade investigativa. Tais meios serão adiante sinalizados, de maneira a se traçar um panorama geral, sem qualquer pretensão de esgotamento dos institutos.

4.1 Quebra do Sigilo de Dados Bancários, Financeiros, Fiscais e Eleitorais

A Lei nº 12.850/13, em seu art. 3º, inciso VI, previu, como meio de investigação próprio para o crime organizado, o afastamento de sigilo de dados bancários, financeiros, fiscais e eleitorais. A Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro) e a Lei Complementar nº 105/01 (quebra de sigilo bancário) também tratam do tema, estabelecendo-se que:

[...] a quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes: [...] IX - praticado por organização criminosa

(BRASIL, LEI 9613/98 e LEI COMPLEMENTAR 105/15, art. 1º, § 4º).

O afastamento dos sigilos bancário, financeiro e fiscal somente poderão ocorrer de maneira excepcional, com prévia autorização judicial, tendo em vista os limites constantes do artigo 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal, quanto à tutela do direito à vida privada e à intimidade. Nesse sentido:

[...] o direito ao sigilo das informações bancárias e fiscais, eminentemente de caráter individual, não é absoluto, podendo ser mitigado em face do interesse público, quando restarem evidenciadas circunstâncias que justifiquem a sua restrição” (RMS 22.761/BA, 5.ª Turma do STJ, Rel. Laurita Vaz, unânime, *DJe* 17.12.2010).

Assim, é possível a quebra do sigilo bancário, mesmo que constitua direito fundamental constante na Constituição Federal, em crimes que forem praticados por organizações criminosas, entretanto, é preciso haver equilíbrio entre a privacidade e a publicidade, de acordo com as regras do Estado Democrático de Direito, com a tutela das liberdades públicas e individuais e relação entre os diversos direitos que são contemplados pelo sistema de normas (MANSSUR, 2016, p. 112).

No ano de 2016, o STF realizou importante julgamento no qual se discutiu a possibilidade da Administração Tributária ter acesso aos dados bancários dos contribuintes mesmo sem autorização judicial, tendo em vista o quanto previsto no art. 6º da LC 105/2001, que dispensa a referida autorização. O citado dispositivo legal permite que a Receita Federal requisite diretamente das instituições financeiras informações sobre as movimentações bancárias dos contribuintes, o que, em tese, configuraria uma evidente inconstitucionalidade.

Entretanto, o entendimento da Corte foi no sentido de que o repasse de informações dos bancos para o Fisco não caracterizaria uma quebra de sigilo bancário, uma vez que as informações seriam passadas para o órgão fazendário em caráter sigiloso e assim permaneceriam. Dessa forma, haveria uma mera transferência de sigilo dos bancos ao Fisco e não uma quebra de sigilo em si. Tal entendimento foi esposado no julgamento das ADIs 2390, 2386, 2397 e 2859 e do RE 601.314 (repercussão geral).

Por fim, há de se ressaltar que a quebra de sigilo fora das hipóteses legais constitui crime, nos termos do art. 10 da LC 105/2001, sendo punido com reclusão de um a quatro anos, e multa, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

4.2 Acesso aos dados cadastrais

Outro meio especial de obtenção de prova, previsto na lei em análise, diz respeito ao acesso a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e às informações eleitorais ou comerciais (art. 3.º, segunda parte do inciso IV).

De antemão, deve-se chamar atenção para o fato de que a técnica ora estudada relaciona-se apenas aos dados que informem exclusivamente a qualificação pessoal, a filiação e o endereço mantidos pela Justiça Eleitoral, empresas telefônicas, instituições financeiras, empresas de viagens, hotéis, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito. Não se confunde, portanto, com o acesso a registros de ligações telefônicas, muito menos com a interceptação de tais ligações, as quais dependem de autorização judicial e serão analisadas em momento oportuno.

Com efeito, o acesso aos dados cadastrais concretiza o chamado poder requisitório do Ministério Público e da autoridade policial, previsto nos arts. 15 a 17 da Lei 12.850/2013, assim como no art. 17-B da Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/1998) e na Lei Complementar 75/1993 (Lei Orgânica do MPU), conforme art. 8.º, II e VIII e § 2.º.

Da análise de tais dispositivos, nota-se que não há a exigência de autorização judicial para a obtenção de tais dados, pois se revelam como meramente cadastrais, sem caracterizar necessária violação do direito à intimidade, constitucionalmente protegido (art. 5º, X, CF). Assim, nada impede que o Ministério Público tenha acesso aos referidos dados sem autorização judicial. Nesse sentido (HABIB, 2015, p. 64):

[...] os dados a que o legislador fez menção (qualificação pessoal, a filiação e o endereço) não estão inseridos na intimidade da vida privada do cidadão. Não são dados que interferem ou revelam a intimidade de uma pessoa. As informações referentes ao nome, estado civil, nacionalidade, nome do pai e da mãe e o endereço não denotam intimidade da pessoa, algo que não possa ser revelado à Autoridade Policial ou ao Ministério Público. [...] Assim, pensamos que o dispositivo é constitucional e não viola o princípio da reserva da intimidade da vida privada do indivíduo investigado [...].

Contudo, em relação ao acesso de dados de linha telefônica, este deve se restringir ao simples cadastro e identificação do titular da linha, não se permitindo o acesso direto, por exemplo, às ligações efetuadas e recebidas, bem como datas, horários e duração de chamadas, sob pena de violação da reserva da jurisdição. Tal entendimento é esposado pelo STJ (HC 190.917/SP, 6.ª Turma) e pela doutrina (LIMA, 2016, p. 591).

Por fim, deve-se agir com cuidado quando a requisição de tais dados envolver instituição financeira, sob pena de se violar indevidamente o sigilo bancário protegido pela Lei Complementar 105/2001. Dessa forma, em casos de requisições diretas às instituições

financeiras, as informações devem se restringir, exclusivamente, aos dados cadastrais. Assim, pode o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia, na instrução de procedimentos investigatórios, “determinar que o banco informe o nome completo de um correntista, mas seria abusiva a pretensão no sentido de que extratos bancários da conta-corrente do investigado lhe fossem enviados” (CUNHA; PINTO, 2015, p.126).

4.3 Acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas

O acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas tem previsão na primeira parte do inciso IV do art. 3º da Lei 12.850/13, possuindo sistemática distinta daquela aplicada ao acesso de dados cadastrais mencionados no tópico anterior.

De acordo com o disposto no art. 17 da Lei 12.850/2013, “as concessionárias de telefonia fixa ou móvel manterão, pelo prazo de 5 (cinco) anos, à disposição das autoridades mencionadas no art. 15, registros de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais”.

O referido dispositivo gerou intensos debates doutrinários acerca da necessidade ou não de autorização judicial para acesso a tais registros, questionando, ainda, sua eventual inconstitucionalidade.

Em que pese a existência de vozes contrárias, que entendem que os registros de ligações estariam incluídos no conceito de dados cadastrais, e, dessa forma, não dependeriam de autorização judicial (MENDRONI, 2014, p. 87), a doutrina majoritária e a jurisprudência caminham em sentido diverso. Isso porque, os registros telefônicos compreendem os extratos de chamadas efetuadas e recebidas, abarcando os números discados, a data, o horário e o tempo de duração das ligações. Logo, tais informações vão além de meros dados cadastrais, devendo observar, por isso, a reserva de jurisdição.

Nesse sentido, a doutrina majoritária afirma que se deve buscar uma interpretação conforme a Constituição, devendo-se concluir que (LIMA, 2006, p. 598):

[...] o art. 17 é perfeitamente constitucional, conquanto o acesso a tais informações seja feito com prévia autorização judicial. Trata-se, na verdade, de norma direcionada às concessionárias de telefonia fixa ou móvel, que, doravante, são obrigadas a preservar os registros de identificação das ligações telefônicas pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, permitindo a utilização dessas informações pela Polícia e pelo Ministério Público, desde que mediante prévia autorização judicial.

Frise-se que o acesso a registros telefônicos não se confunde com a interceptação das

comunicações em si, as quais dependem, sem qualquer discussão, de prévia autorização judicial, conforme melhor explanado em momento oportuno.

4.4 Captação e Interceptação Ambiental

A Lei 12.850/2013, em seu artigo 3º, inciso II, consagrou que: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: [...] II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos”.

Inicialmente, deve-se destacar que não há, na doutrina, um consenso acerca do que estaria abrangido pelo termo captação ambiental. Trabalhou-se aqui com a corrente que entende que o termo captação é gênero que envolve a interceptação e a escuta. A interceptação é sempre feita “por fora”, por um terceiro, sem conhecimento de nenhum dos interlocutores. A escuta é realizada por terceiro com consentimento de um dos comunicadores. Já a gravação é feita por um dos comunicadores, sem conhecimento do outro, não estando abrangida pela lei. Nesse sentido, de acordo com Machado (2017, p. 1):

A partir da (simplista e perigosa) redação do artigo 3º, inciso II, da Lei n. 12.850/2013, que rege o instituto sob discussão, algumas observações são necessárias:

- i) o dispositivo trata dos “meios de obtenção de prova” ou “meios de investigação de prova”;
- ii) os aludidos meios, também consoante regramento legal explícito, poderiam ser utilizados em “qualquer fase da persecução penal”, ou seja, tanto na etapa investigatória preliminar quanto na etapa processual;
- iii) a nomenclatura mais adequada, ao invés de “captação ambiental”, seria “interceptação da comunicação entre pessoas presentes”, com o que se pretende designar a “atividade de captação e registro de comunicação entre pessoas presentes de caráter reservado, por um terceiro, com o emprego de meios técnicos, utilizados em operação oculta e simultânea à comunicação, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um ou de alguns deles”.

Assim, nota-se que a lei trata apenas da interceptação e da escuta ambiental, mas não da gravação ambiental, a qual, em regra, não dependerá de autorização judicial.

Ademais, trata-se de meio de obtenção de prova *atípico*, pois a lei não previu o respectivo procedimento probatório a ser seguido em casos de captação ambiental. Entretanto, sendo a captação ambiental “considerada fluxo de comunicações em sistema de telemática, aplica-se, no que couber, a Lei n.º 9.296/96” (MASSON; MARÇAL, 2017, p.).

A grande discussão cinge-se a saber quando a captação será considerada lícita ou não, tendo a doutrina e a jurisprudência se debruçado sobre o tema com bastante frequência. Para

analisar a questão da licitude da captação ambiental, devemos analisar o contexto em que ela for realizada.

Dessa forma, surgem os seguintes cenários: a) captação de conversa alheia mantida em lugar público: trata-se de prova lícita, mesmo que produzida sem prévia autorização judicial. Se os interlocutores desejassem privacidade deveriam ter optado por manter o diálogo em local privado. Assim, não haveria violação à privacidade; b) captação de conversa mantida em lugar público, porém em caráter sigiloso, expressamente admitido pelos interlocutores: trata-se de invasão de privacidade, já que o teor da conversa teria caráter sigiloso, ainda que a conversa ocorresse em local público. Desta feita, eventual captação sem autorização judicial prévia seria considerada prova ilícita; c) Captação de conversa mantida em lugar privado: se o local é privado, goza da proteção domiciliar. Assim, pelo menos em regra, nesse caso, há necessidade de prévia autorização judicial, por observância do art. 5º, XI, CF. Caso contrário, a prova obtida será ilícita.

4.5 Colaboração premiada

A colaboração premiada é, sem dúvida, o instituto mais polêmico da Lei de organizações criminosas, tendo seu procedimento aplicado não somente aos crimes praticados por tais organizações como também aos delitos comuns. De acordo com a doutrina, a colaboração premiada pode ser conceituada como (LIMA, 2016, p. 728):

[...] uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal.

O colaborador deve ser coautor ou partícipe, confessando o fato delituoso e provando tudo aquilo que afirma. Observa-se que não basta a intenção de ajudar, devendo tal ajuda ser efetiva, analisada sob um aspecto objetivo. Em todas as hipóteses, deve ter sido possível a obtenção de um resultado prático positivo (eficácia objetiva da colaboração).

Segundo Mendonça (2013, *online*), o procedimento da colaboração premiada previsto na Lei nº 12.850/2013 pode ser aplicado, por analogia, a todos os tipos penais, desde que se tome cuidado em não banalizar o instituto, reservando-o para casos de especial gravidade e de dificuldade de obtenção da prova pelos meios tradicionais.

Isso se deve porque o diploma legal em análise é o primeiro, no ordenamento jurídico

brasileiro, a apresentar um procedimento para a efetivação da colaboração premiada, sendo, pois, inovador.

O diploma legal especifica os objetivos da colaboração, quem pode requerer, os benefícios a serem concedidos, os direitos do colaborador e o procedimento formal de aplicação do benefício. E, nos termos do art. 3º do diploma legal em comento, como já dito, a colaboração premiada é um dos meios de meios para obtenção de prova.

A lei, portanto, aceita a colaboração premiada na fase de inquérito policial e do processo penal, podendo-se afirmar, com base no texto legal, que a colaboração pode-se dar antes do oferecimento da denúncia, no curso da ação penal, e até mesmo após o trânsito em julgado.

São diversos os prêmios previstos na lei, tais como: a) diminuição de pena: pode variar de 1/6 (menor diminuição do CP) a 2/3 (regra geral) se realizada até a sentença, e até 1/2 (conforme art. 4º, § 5º), no caso de colaboração posterior à sentença; b) Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (art. 4º, caput), ainda que ausentes os requisitos do art. 44 do CP; c) perdão judicial (art. 4º, § 2º); é o maior prêmio possível, reservado para hipóteses excepcionalíssimas; d) sobrestamento do prazo para o oferecimento da denúncia ou suspensão do processo, suspendendo-se o prazo prescricional por até 6 meses, prorrogáveis por igual período (art. 4º, § 3º); e) não oferecimento da denúncia (art. 4º, § 4º), desde que o sujeito seja o primeiro a colaborar e não seja o líder da organização; f) progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos (art. 4º, § 5º, parte final), sendo possível colaboração mesmo durante a execução penal.

O legislador estabelece, ainda, requisitos de ordem subjetiva, nos termos do § 1º do dispositivo em comento, que determina que, em qualquer dos casos, a concessão do benefício a que se refere o caput “[...] levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”

Dispõe o legislador, ainda, que a colaboração premiada pode ser requerida pelo representante do Ministério Público, a qualquer tempo, e pelo delegado de polícia, na fase investigatória.

Lima (2016, p. 554) critica a extensão do legislador à legitimidade do delegado de polícia, pois entende que a este compete sugerir ao investigado a possibilidade de celebração do acordo de colaboração premiada, sem, contudo, formalizá-lo, já que compete ao Ministério Público, titular da ação penal, a sua efetiva celebração. Entretanto, o STF, recentemente (ADI 5508/DF), entendeu pela constitucionalidade do dispositivo, podendo o delegado de polícia

realizar o acordo.

Sobre o momento do acordo de colaboração premiada Gonçalves (2016, p. 656) enfatiza:

A lei brasileira não limita a colaboração à fase investigatória, mas diferencia os efeitos conforme o momento em que celebrado o acordo, uma vez que a colaboração anterior à sentença apresenta um leque maior de benefícios, que vão desde o perdão judicial até a substituição por PRD, enquanto a colaboração posterior à sentença é mais limitada, como deflui da leitura do § 5º do art. 4º da LOC [...].

O legislador se preocupou também em determinar que o magistrado não atue na fase das negociações para a celebração da colaboração premiada, já que sua função é homologá-la, se presentes os requisitos legais.

Sem a pretensão de se esgotar a análise do instituto, dada a sua complexidade, percebe-se que a Lei de Organizações Criminosas trata a colaboração premiada, segundo Gonçalves (2016, p. 660), como mecanismo de justiça consensual, motivo pelo qual o legislador dedicou os §§ 6º ao 11 a tratar dos termos de acordo, negociações, propostas, homologação, superando o modelo até então vigente, que via a colaboração como mera causa de redução de pena.

Percebe-se, portanto, que, de forma inovadora, a Lei dos Crimes Organizados trouxe a previsão expressa de um procedimento a ser observado para a efetivação da colaboração premiada, sendo importante instituto para a elucidação dos delitos praticados por organizações criminosas.

4.6 Ação controlada

A Lei 12850/13, art. 3º dispõe também sobre a ação controlada: “Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova: III - ação controlada;” (LEI 12850/13, art. 3º).

De acordo com a doutrina, trata-se de técnica especial de investigação por meio da qual é retardado o momento da intervenção dos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal, que deve ocorrer no momento mais oportuno sob o ponto de vista da investigação criminal. A matéria é trabalhada no art. 8º da Lei.

De acordo com o art. 8º, p. 1º, não há necessidade de autorização judicial previa, porém, uma vez iniciada a ação controlada, o juiz deverá ser comunicado.

Desta forma, a ação controlada é um meio de prova que auxilia a investigação, em que a autoridade responsável pelas investigações policiais ou administrativas deve somente comunicar previamente ao juiz o retardamento da intervenção para que seja possível sua concretização, no momento mais eficaz, para a formação de provas e a obtenção de informações (PEREIRA, 2017, *online*).

Também há previsão de ação controlada na Lei de Drogas e na lei de lavagem, as quais, ao contrário do que ocorre na ação controlada da Lei de organização criminosa, dependem de autorização judicial.

Para se falar em ação controlada, deve-se discorrer primeiramente sobre a prisão em flagrante. A ação controlada também é chamada de “flagrante prorrogado, retardado ou diferido”. Isso porque a principal utilização do instituto é a melhor adequação da situação do flagrante, com elementos probatórios mais precisos.

A ação controlada funciona como uma autorização legal para que a prisão em flagrante seja efetivada em momento futuro. Contudo, se, no momento mais oportuno para a intervenção policial, não houver situação de flagrante próprio, impróprio ou presumido, não pode a autoridade policial atuar com total discricionariedade, sendo necessária prévia decretação de prisão preventiva ou temporária para legitimar a captura dos infratores.

Em relação à chamada entrega vigiada, tem-se que se trata de espécie de ação controlada. É a técnica especial de investigação que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática.

Por fim, há duas espécies de entrega vigiada: a) entrega vigiada limpa (ou com substituição): as remessas ilícitas são trocadas antes de serem entregues ao destinatário final por outro produto qualquer, afastando o risco de extravio da mercadoria; b) entrega vigiada suja (ou com acompanhamento): a encomenda segue seu itinerário sem alteração do conteúdo, seguindo seu curso normal sob redobrado monitoramento, a fim de diminuir o risco de extraviar a mercadoria ilícita.

4.7 Infiltração de Agentes Policiais

No ordenamento jurídico brasileiro o agente infiltrado também era previsto na revogada Lei nº 9.034/1995, que em seu art. 2º, inciso V estabelecia a possibilidade, em qualquer fase da persecução penal que tivesse por objeto ação praticada por organizações

criminosas, a infiltração de agentes de polícia ou inteligência, em tarefas de investigação, constituídas de órgãos especializados e mediante circunstanciada autorização judicial.

Sobre a previsão do instituto no citado diploma legal, Lima (2016, p. 564) enfatiza:

Com esta mesma simplicidade assustadora para tratar de instituto tão complexo, e, por isso, tão polêmico, também havia previsão legal do agente infiltrado na revogada Lei nº 9.034/95. Sem maior detalhamento ou regulamentação, o art. 2º, inciso V, da antiga Lei das Organizações Criminosas, limitava-se apenas a dizer que, em qualquer fase da persecução criminal, era possível a infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

Portanto, o legislador tratou de afastar, na Lei do Crime Organizado, a previsão de outros agentes, como os integrantes do Sistema Brasileiro de Inteligência ou da Agência Brasileira de Inteligência, se limitando à menção aos agentes de polícia, o que já havia sido observado na Lei de Drogas.

Contudo, segundo Masson e Marçal (2017, p. 253), a infiltração de agentes policiais não é criação do direito brasileiro. No Direito Comparado, há semelhante disposição nos ordenamentos jurídicos italiano, francês, alemão, português, espanhol, assim como nos Estados Unidos e na Argentina.

Isso se deve, segundo os autores supracitados, porque a Convenção de Palermo – Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ao tratar das técnicas de investigação, em seu art. 20, item 1, previu o que se denomina, no âmbito do Direito Internacional, de “operações infiltradas” (MASSON; MARÇAL, 2017, p. 253).

Na mesma senda Habib (2015, p. 59-60), que defende tratar-se de compromisso assumido pelo Brasil em Tratado Internacional:

O Brasil foi signatário da Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, adotada em Nova York, em 15 de novembro de 2000, que trata do tema no seu art. 20.1, com a seguinte redação: “ Artigo 20. Técnicas especiais de investigação. 1. Se os princípios fundamentais do seu ordenamento jurídico nacional o permitirem, cada Estado Parte, tendo em conta as suas possibilidades e em conformidade com as condições prescritas no seu direito interno, adotará as medidas necessárias para permitir o recurso apropriado a entregas vigiadas e, quando o considere adequado, o recurso a outras técnicas especiais de investigação, como a vigilância eletrônica ou outras formas de vigilância e as operações de infiltração, por parte das autoridades competentes no seu território, a fim de combater eficazmente a criminalidade organizada”.

Não obstante, a Convenção de Palermo não traz qualquer definição legal, ficando a cargo da doutrina e legislação específica abordar o tema. Em meio a esse cenário é que a Lei nº 12.850/2013, em seu art. 3º, inciso VII, tratou da “infiltração, por policiais, em atividade de

investigação”, e, mais adiante, nos arts. 10 a 14, disciplinou o instituto.

A respeito desta importante inovação, leciona Lima (2016, p. 564):

[...] até bem pouco tempo atrás, a infiltração policial era tratada de forma omissa e lacunosa, a nova Lei das Organizações Criminosas passa a dispensar maior atenção à matéria, tratando de regulamentar este importante procedimento investigatório ao prever, por exemplo, seus requisitos, prazo de duração, legitimidade para o requerimento, necessidade de oitiva do órgão ministerial, controle jurisdicional prévio, tramitação sigilosa do pedido de infiltração, outorgando, ademais, diversos direitos ao agente infiltrado. A Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, internalizada pelo Decreto nº 5.015/2004 [...].

De acordo com Masson e Marçal (2017, p. 253), a Lei do Crime Organizado é a primeira, no ordenamento jurídico brasileiro, a efetivamente tratar do instituto abordando questões procedimentais como legitimidade, exigência de autorização judicial, prazo de duração, limites, controle judicial e do Ministério Público, dentre outras questões, pois os diplomas anteriores que abordam o tema, a exemplo da Lei de Drogas, não delimitam o instituto.

Ao abordar o conceito do instituto a que se refere o inciso VII, do art. 3º, da Lei do Crime Organizado, Capez (2017, p. 280) defende tratar-se da integração de agente policial na organização criminosa, ocultando a sua identidade verdadeira para, assim, obter informações sobre a atividade delitiva e, conseqüentemente, contribuir para a sua desarticulação.

Masson e Marçal (2017, p. 221), ao abordar a infiltração de agentes policiais a que se refere a legislação que rege o combate ao crime organizado no Brasil, assim o conceitua:

A infiltração de agentes consiste em um meio especial de obtenção da prova – verdadeira técnica de investigação criminal –, por meio do qual um (ou mais) agente de polícia, judicialmente autorizado, ingressa em determinada organização criminosa, forjando a condição de integrante, com o escopo de alcançar informações a respeito de seu funcionamento e de seus membros.

Semelhante são os ensinamentos de Lima (2016, p. 565), para quem a infiltração de agentes nada mais é que a introdução dissimulada de um agente policial em organização criminosa, passando a agir como um de seus integrantes, “[...] ocultando sua verdadeira identidade, com o objetivo precípua de identificar fontes de provas e obter elementos de informação capazes de permitir a desarticulação da referida associação”.

Por fim, Greco Filho (2014, p. 39), de forma bem sucinta salienta que o agente infiltrado é “um membro do corpo policial que, para desbaratar a atividade de grupos criminosos, ingressa no grupo e participa de suas atividades até a colheita de elementos

probatórios suficientes para a persecução penal”.

Quanto aos requisitos exigidos, há a necessidade de observação do *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*. Além disso, deve-se observar o princípio da proporcionalidade, devendo estar presente a necessidade do uso de tal mecanismo, conforme, art. 10, §2º da lei. Por fim, é necessária a concordância do agente, uma vez que não poderá ser obrigado a participar de uma infiltração contra sua vontade, nos termos do art. 14, I da lei.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à responsabilidade de eventuais crimes praticados pelo agente durante o período de infiltração. De acordo com o entendimento da doutrina, está o agente infiltrado autorizado a cometer os crimes uma vez que esta é a finalidade, é a sua tarefa. À luz da doutrina clássica, estaria o agente agindo em estrito cumprimento do dever legal. À luz da teoria conglobante, a conduta seria fomentada e, portanto, não seria possível a punição do agente. Há ainda aqueles que entendem que o agente infiltrado vier a ser compelido a matar alguém em situação extrema, capaz de revelar a sua condição, sua conduta não estaria passível de juízo de reprovação, porque não poderia lhe ser exigido comportamento diverso (inexigibilidade de conduta diversa).

5 CONCLUSÃO

Buscou-se, ao longo do presente estudo, compreender a evolução legislativa da Lei das Organizações Criminosas e as técnicas especiais de investigação nela previstas, uma vez que o crime organizado revelou-se capaz de gerar graves danos sociais, fazendo-se necessária a adoção de medidas capazes de efetivamente promover o combate a esta modalidade delitiva.

Constatou-se que a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, apresentou um grande avanço no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que tange à uma melhor regulamentação das técnicas especiais de investigação, inovando sobremaneira em relação aos diplomas legais que até então trataram do tema.

Nesse sentido, anotou-se que Lei nº 9.034/1995, revogada pelo diploma legal supracitado, era falha quanto à regulamentação das questões afetas às organizações criminosas. O legislador sequer apresentava um conceito legal de “organização criminosa”, se limitando a elencar um rol de meios de obtenção de provas aplicáveis às organizações, carecendo, por conseguinte, de efetividade.

A Lei nº 12.850/2013, por sua vez, buscando aprimorar o enfrentamento ao crime organizado, forneceu mecanismos para que a investigação criminal seja efetiva, a exemplo da colaboração premiada e da infiltração de agentes policiais, medidas gravosas, porém

necessárias, tendo em vista as características atuais da criminalidade organizada.

Há de se destacar que, na referida lei, predominam aspectos processuais em detrimento aos de Direito Penal, ainda que o legislador tenha definido e tipificado a organização criminosa, suprimindo lacuna legislativa outrora existente. Dessa forma, houve uma maior preocupação do legislador com o efetivo combate à esta modalidade delitativa, estabelecendo-se uma série de meios de investigação e obtenção de provas.

Tal questão, contudo, não é isenta de críticas, pois, ao dar maior importância à questão investigatória, corre-se o risco de se desvirtuar a persecução penal e, por conseguinte, o próprio Direito Processual Penal. Esta intervenção, contudo, é uma clara manifestação da sociedade de risco e dos problemas vivenciados pelo Estado para sanar o problema da criminalidade.

De fato, como sabido, a sociedade vem passando por sérios problemas no que tange à segurança pública, de maneira que o crime organizado clama intervenção do Estado, principalmente em uma época de escândalos públicos envolvendo diversos setores do corpo social. Todavia, algumas técnicas especiais de investigação, a exemplo da colaboração premiada, possuem aspectos polêmicos, por colidirem, eventualmente, com liberdades constitucionais, devendo ser utilizadas com parcimônia, sob pena de se comprometer a própria finalidade do Direito Processual Penal.

Destarte, em que pese tais considerações, não há como ignorar que a Lei dos Crimes Organizados apresenta aspectos positivos no que tange à obtenção de informações e, por conseguinte, elementos probatórios capazes de proporcionar uma persecução penal efetiva, colaborando para o desmantelamento das organizações criminosas.

6 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850, de 02 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; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19034.htm>. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Decreto Nº 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Lei Nº 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9613compilado.htm>. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Lei Complementar Nº 105, de 15 de maio de 2015. Disponível em: <<http://curvelo.mg.gov.br/site/wp-content/uploads/2015/05/LC-105.15.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

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/De13689.htm>. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 77.771-SP. Ministra Relatora Laurita Vaz, Quinta Turma, publ. jun. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=779295&num_registro=200700418799&data=20080922&formato=PDF>. Acesso em: 11 jan. 2019.

BRASIL. Lei nº 12.850, 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; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 11 jan. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**, v. 4. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado: Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado (Lei nº 12.850/13)**. 3. ed. Jus Podivm, 2015.

GOMES, Luiz Flávio. Definição de Crime Organizado e a Convenção De Palermo. **LFG**, 2009. Disponível em: <<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1060739/definicao-de-crime-organizado-e-a-convencao-de-palermo>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

GOMES, Marcus Alan de Melo. **O afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal na Lei 12.850/13**. 2017. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-afastamento-dos-sigilos-financeiro-bancario-e-fiscal-na-lei-n-12-850-13>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Legislação penal especial esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO FILHO, Vicente. **Comentários à Lei de Organização Criminosa**: Lei n. 12.850/2013. São Paulo: Saraiva, 2014.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**: tomo II. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**: volume único. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACHADO, Leonardo Marcondes. (In)constitucionalidade das interceptações na Lei de Organizações Criminosas. **Conjur**, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mar-14/academia-policial-inconstitucionalidade-interceptacoes-lei-organizacoes-criminosas>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

MANSSUR, Maria Domitila Prado. Organizações criminosas e sigilo bancário. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 17, nº 44, p. 109-116, Julho-Setembro, 2016.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Crime Organizado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A Colaboração Premiada e a Nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/2013). **Custos Legis**: A revista eletrônica do Ministério Público Federal. 2013. Disponível em: <<http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado** – Lei n.º 12.850/13. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Jeferson Botelho. Ação controlada: Nova técnica investigativa de combate ao Crime Organizado. **Jus**, 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61362/acao-controlada-nova-tecnica-investigativa-de-combate-ao-crime-organizado>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Organizações Criminosas**: Aspectos penais e processuais da Lei no 12.850/13. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

TOGNOLLI, Cláudio Júlio. **O Século do Crime**. São Paulo: Jikings Editores Associados Ltda., 1996.

**Submetido em 25 mai. 2019. Aceito em 02 jun. 2019.*



DA ESTABILIDADE DA GESTANTE EMPREGADA: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Altamir Guilherme Junior*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Da proteção à mulher no mercado de trabalho; 3. Da proteção à gestante empregada: aspectos fundamentais; 4. Da tutela da gestante empregada no Direito Brasileiro; 5. Da estabilidade da gestante empregada na Constituição Federal de 1988; 6. Conclusão; 7. Referências bibliográficas.

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo efetuar uma análise do instituto da estabilidade da gestante empregada no direito brasileiro. Para tanto, serão abordados os principais aspectos relacionados aos fundamentos da proteção à mulher no mercado de trabalho, adentrando-se no tema específico da proteção à mulher no direito brasileiro, o que permitirá, ao final, tratar do tema da estabilidade da gestante empregada, nos termos consagrados pela Constituição federal de 1988.

Palavras-chave: Estabilidade. Gestante. Constituição. Brasil.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the institute of the stability of pregnant women in Brazilian law. Therefore, the main aspects related to the fundamentals of the protection of women in the labor market will be studied, focusing on the specific theme of protection of women in Brazilian law, which will, in the end, allow us to study the stability of the pregnant woman in the terms established by the Federal Constitution of 1988.

Keywords: Stability. Pregnant. Constitution. Brazil.

1 INTRODUÇÃO

A estabilidade provisória da gestante empregada é um dos mais importantes instrumentos previstos na legislação pátria destinados à proteção da maternidade, da mulher empregada, de sua família e também do filho que está prestes a nascer.

Prevista no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988, essa estabilidade provisória garante à gestante empregada que essa não será demitida de modo arbitrário ou sem justa causa desde a confirmação da gravidez

* Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Especialista em Direitos Humanos pela Universidade de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus. E-mail: altamir.adv@gmail.com.

até cinco meses após o parto.

Diante da relevância desse tema, o presente trabalho objetiva discorrer sobre importantes questões relacionadas à estabilidade da gestante empregada, o que permitirá obter informações para compreender melhor esse instrumento de tutela da maternidade da obreira.

Para a consecução desse objetivo, optou-se por dividir o presente estudo em quatro tópicos.

No primeiro tópico, buscar-se-á discorrer sobre a proteção da mulher no mercado de trabalho, momento em que se objetivará tratar sobre os fundamentos que envolvem a questão da tutela específica da mulher no Direito do Trabalho.

Em seguida, no segundo tópico, serão abordados os aspectos fundamentais relacionados à proteção da gestante empregada, momento em que serão explicitados os principais nortes constitucionais que permitem uma compreensão principiológica do sistema de proteção à maternidade previsto na Constituição da República.

Já no terceiro tópico, delimitar-se-á um pouco mais o tema, tomando-se por base as principais previsões normativas que protegem a gestante obreira, o que permitirá uma visualização mais prática da forma como o direito pátrio tutela a gestante empregada, seja no âmbito constitucional quanto no infraconstitucional.

Finalmente, no quarto tópico, adentrar-se-á no tema da estabilidade da gestante empregada de uma maneira mais específica, momento em que serão abordados interessantes aspectos constitucionais e jurisprudenciais no que tange à garantia de emprego da gestante empregada.

Acredita-se, singelamente, que o presente estudo, embora não tenha a pretensão de esgotar o assunto aqui tratado, permitirá que se tenha acesso a importantes questionamentos relacionados à estabilidade provisória da gestante empregada, o que trará subsídios para uma melhor compreensão dessa matéria à luz da sistemática de tutela da maternidade e da infância previstas na Constituição federal de 1988.

2 DA PROTEÇÃO À MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Uma importante premissa que deve ser estabelecida para a discussão da proteção da mulher no mercado de trabalho reside em perceber que é natural que a lei dê um tratamento diferenciado para pessoas que se encontrem em situações jurídicas também sejam diferenciadas.

Aqui, não será exagero fazer referência à clássica lição de Rui Barbosa (2000, p. 55)

acerca da igualdade: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”.

De tal maneira, respeitar as especificidades da mulher no mercado de trabalho significa exatamente dar concretude à igualdade material, fato esse que encontra perfeita consonância com a Constituição Federal de 1988, eis que esta enuncia diversos objetivos em seu art. 3º, os quais revelam o desiderato de construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I), de reduzir as desigualdades sociais (inciso III), promovendo-se o bem de todos, sem quaisquer discriminações relativas a sexo (inciso IV).

Pois bem, neste passo, importante será perquirir quais as particularidades da mulher em razão das quais exsurge a necessidade de que lhe seja atribuído um tratamento diferenciado.

Desse modo, no intuito de apontar os fundamentos para essa proteção, é bastante precisa a lição de Amauri Mascaro do Nascimento, citado por Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2015, p. 959):

(1) fundamento fisiológico – a mulher não é dotada da mesma resistência física do homem e a sua constituição é mais frágil, de modo a exigir do direito uma atitude diferente e mais compatível com o seu estado; (2) fundamento social – interessa à sociedade a defesa da família, daí porque o trabalho da mulher deve ser especialmente protegido de tal modo que a maternidade e as solicitações dela decorrentes sejam devidamente conciliadas com as ocupações profissionais.

Logo, consoante o referido autor, de um lado existe o fundamento fisiológico, intimamente ligado a compleição e à constituição física da mulher e, de outro, existe o fundamento social, notadamente atrelado ao interesse social de defesa da família.

Além desses dois fundamentos (fisiológico e social), não se pode olvidar da influência cultural sobre a vida da mulher, de modo que também em virtude desse fator, deve existir um respeito específico à mesma no intuito de possibilitar o seu acesso ao mercado de trabalho em pé de igualdade com o homem.

Neste passo, é genuína a explicação de Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt Proni (2013, p. 19-20), a qual, de um modo deveras preciso, coloca em evidência a necessidade de tratamento especial à mulher pelos motivos físicos e culturais:

Parece razoável concluir que a condição primordial para que a mulher pudesse se inserir no mundo do trabalho é que houvesse também legislação especial para seu tratamento. Não é a premissa da justiça, que para concretizá-la, é necessário tratar os desiguais de forma desigual? Se assim não fosse, não se justificaria a legislação que

distingue a carga máxima de carregamento de peso para homens e mulheres, segundo art. 198 (homens) e art. 390 (mulheres) da CLT. Não é verdade que a massa muscular e óssea feminina, em regra e considerando-se o perfil físico da mulher média, é mais frágil?

E não é verdade que somente a mulher, até hoje, é biologicamente capaz de gerar uma criança? Segundo a jurista Alice Monteiro de Barros, a gestação inclui muito mais que carregar a criança no ventre. Para ela, “trata-se de um processo psicológico complexo, de intensa atividade emocional, que testa tanto as reservas físicas e psíquicas quanto a sua aptidão para criar uma nova vida”.

Igualmente, não é sobre a mãe adotiva que recai a maior parte da responsabilidade de cuidar do filho, quando este chega ao lar adotivo, sendo ele bebê ou criança maior? A amamentação, mesmo que pela mamadeira, não fica, na maior parte do tempo, a encargo da mãe? A mãe adotiva, igualmente, passa por processo psicológico complexo durante o processo de adoção. Certamente suas reservas físicas e psíquicas são postas à prova. Nesta toada, não da fragilidade feminina, mas da própria diferença entre os sexos imposta pela biologia e pela cultura (papel social da mulher), a necessidade de uma legislação especial se impõe. Em particular, no caso da maternidade.

Dessa maneira, há fundamentos fisiológicos, sociais e também culturais em razão dos quais se faz necessária uma proteção especial à mulher, de forma que, em razão dessas deve existir uma diferenciação que permita a sua inserção no mercado de trabalho em igualdade com o homem.

De fato, há manifesto interesse social quando se protege a maternidade, uma vez que essa tutela permite o desenvolvimento saudável do filho e da mãe, resguardando-se, simultaneamente, a dignidade humana da mãe e do filho (art. 1º, III, CF/1988) e a própria família, a qual é a base da sociedade e que gozará de proteção especial do Estado, como preceitua o art. 226, da Constituição federal de 1988.

Logo, seja pelo fundamento fisiológico (constituição física da mulher), ou pelo fundamento social de proteção da família, ou ainda pela constatação de uma cultura que inegavelmente possui um ranço muito presente de machismo e de patriarcalismo, ganha lume uma legislação que atenda às especificidades da mulher dentro do mercado de trabalho, tutelando-a.

3 DA PROTEÇÃO À GESTANTE EMPREGADA: ASPECTOS FUNDAMENTAIS

A proteção da gestante empregada é uma modalidade de tutela da mulher no mercado de trabalho, a qual permite a concretização do princípio constitucional da dignidade humana (art. 1º, III, CF/1988) e também abre espaço para a consecução da igualdade material objetivada pelo constituinte (art. 3º, I, III, IV e art. 5º, *caput*, CF/1988).

Nesse contexto, é valioso se dizer, consoante a lição de Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt Proni (2013, p. 19), que “seria impossível a promoção da dignidade e igualdade da

mulher no trabalho sem a proteção à maternidade e à criança”.

Todavia, não será exagero afirmar que outros valores sociais também são alcançados quando se tutela a maternidade nas relações de trabalho, dos quais ganham destaque: a proteção à criança e a proteção à família.

Isso porque ao se proteger as condições dignas para o trabalho da gestante, resguarda-se tanto a dignidade da mãe quanto a do filho, o que denota a existência de uma sociedade que almeja o nascimento e o desenvolvimento da criança sem nenhum tipo de consequência negativa em virtude do trabalho desempenhado pela genitora.

Essa tutela encontra correspondência com o próprio objetivo de que o Estado efetive políticas públicas à criança que permitam o seu nascimento e desenvolvimento em condições dignas de existência, em homenagem ao art. 7º, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente: “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”.

Ademais, é valioso perceber que a legislação brasileira tenta compatibilizar o direito social ao trabalho da mulher (art. 6º e art. 7º, XX, da CF/1988) com a proteção integral de que a criança é destinatária (art. 227, CF/1988 e art. 1º, ECA), o que claramente encontra respaldo nos valores sociais do trabalho aos quais se refere o art. 1º, IV, da Lei Maior.

De tal maneira, tutelar a maternidade no mercado de trabalho significa também proteger integralmente a criança que está prestes a nascer, colocando-a a salvo de toda forma de negligência, de exploração, crueldade e opressão que poderiam existir no ambiente obreiro sem o adequado tratamento da gestante, em respeito à proteção integral da criança prevista no art. 227 da Constituição da República.

Em adição, manifesta-se imperioso abordar um segundo valor que é alcançado quando se tutela a maternidade nas relações de trabalho, qual seja, o da própria tutela que deve ser conferida à família.

De fato, quando se fala em uma empregada gestante, é trivial concluir que em um curto intervalo de tempo uma criança nascerá, de sorte que a sua inserção no seio de uma família é iminente.

Desse modo, ao se proteger o nascimento de uma criança por intermédio de uma legislação de cunho trabalhista destinada à gestante, também é efetivada uma tutela à própria família na qual estará inserida.

Essa proteção à família ganha respaldo ainda maior quando se analisa sistematicamente o direito brasileiro, eis que o próprio art. 226, da Constituição federal de

1988 afirma peremptoriamente: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

A relevância da família também pode ser vista de uma maneira deveras interessante quando a legislação federal a considera como direito subjetivo da criança e do adolescente, como se extrai do art. 19, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Essa importância que chega a considerar a família como direito subjetivo da criança evidentemente encontra fundamento naquilo que a doutrina hodiernamente denomina de função social da família.

Sobre a função da família, é valiosa a lição de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*apud* TARTUCE, 2013, p. 26):

[...] a principal função da família é a sua característica de meio para a realização dos nossos anseios e pretensões. Não é mais a família um fim em si mesmo, conforme já afirmamos, mas, sim, o meio social para a busca de nossa felicidade na relação com o outro.

Nesse mesmo sentido, explica com perspicácia Paulo Lôbo (2011, p. 20): “A realização pessoal da afetividade, no ambiente de convivência e solidariedade, é a função básica da família de nossa época”.

Desse modo, se a família é vista com tamanha valoração em nossa ordem jurídica, chegando a ser considerada inclusive como base da sociedade e como direito da criança e do adolescente, sendo, pois, um meio para a realização pessoal, quando se protege a maternidade da empregada, certamente se estará resguardando a formação deste pilar fundamental da sociedade.

Destarte, como se deflui das considerações anteriores, a proteção à gestante empregada tem dentre os seus fundamentos o de assegurar a dignidade (art. 1º, III, CF/1988) e a igualdade (art. 5º, *caput*, CF/1988) da mulher no mercado de trabalho, e, quando tais fundamentos são respeitados, abre-se espaço para a concretização de outros valores fundamentais da sociedade hodierna, notadamente a proteção integral da criança e da família, em homenagem aos arts. 226 e 227 da Constituição federal de 1988.

4 DA TUTELA DA GESTANTE EMPREGADA NO DIREITO BRASILEIRO

Após traçar esse panorama sobre os aspectos fundamentais da proteção à maternidade nas relações obreiras, manifesta-se pertinente abordar as principais previsões legislativas do ordenamento jurídico pátrio que resguardam a obreira gestante.

Desde já, salienta-se que o objetivo não é o de esgotar essa matéria, mas visa-se, singelamente, trazer ao presente estudo algumas considerações sobre normas que se crê fundamentais para a tutela da gestante empregada.

Desse modo, partindo-se do ponto de vista constitucional, há um arcabouço normativo relacionado à tutela da mulher e da maternidade, consistente nos seguintes artigos: o art. 6º; o art. 7º, XVIII e XX; o art. 201, II; o art. 203, I; e o art. 10, II, b, ADCT.

Como se nota, esses dispositivos podem ser identificados basicamente em três oportunidades: (i) quando a Lei Maior versa sobre os direitos sociais; (ii) quando trata das questões relativas à seguridade social; (iii) quando assegura a garantia de emprego.

Todavia, é fundamental que se perceba, desde já, que todas essas normas, embora dispersas pela Constituição, encampam, em um sentido genérico, os direitos sociais à proteção da mulher no mercado de trabalho e à proteção da maternidade.

Logo, enquanto direitos sociais, essas disposições exigem uma atuação preponderante do Estado no desiderato de concretizar a proteção da mulher e da maternidade, de modo a permitir a construção de uma sociedade igualitária.

Pois bem, ao se analisar os mencionados dispositivos constitucionais, verifica-se que na primeira oportunidade em que abordou a proteção à maternidade, o constituinte expressamente a inseriu no rol dos direitos sociais, consoante se deflui do *caput* do seu art. 6º, da Constituição da República.

Por oportuno, observe-se que a proteção à maternidade encontra a sua previsão ao lado da proteção à infância, ambas sendo consideradas como direitos sociais, fatos estes que evidenciam o objetivo do constituinte de tutelar concomitantemente a maternidade e a infância.

Um segundo artigo que aborda essa questão é o art. 7º, da Lei Maior, cujo inciso XVIII aloca como direito dos trabalhadores urbanos e rurais a “licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias”.

Certamente, este é um dos principais artigos que tutelam a maternidade nas relações de trabalho e encontra a sua previsão também no art. 392, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ademais, no inciso XX do art. 7º o constituinte inseriu como direitos dos

trabalhadores urbanos e rurais a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei”.

Adiante, também abordam a proteção à maternidade os arts. 201, II, e 203, I, da Constituição da República, nos quais é inserida como norte para as políticas públicas de previdência social (art. 201, II) e de assistência social (art. 203, I).

Finalmente, a Lei Maior, no art. 10, II, b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), veda a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Essa é uma das mais importantes garantias da gestante empregada, de sorte que este assunto será tratado de maneira minuciosa no próximo tópico.

No que tange à legislação infraconstitucional que resguarda a maternidade nas relações de trabalho, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) a disciplina de um modo específico entre os arts. 391 e 400.

Inicialmente, o art. 391, da Consolidação das Leis do Trabalho, postula que o estado de gravidez não pode constituir justo motivo para a rescisão do contrato de trabalho da mulher.

Ademais, como acrescenta o parágrafo único do citado artigo, também não poderão existir no ambiente obreiro, restrições aos direitos da mulher e ao seu emprego em virtude da gravidez, sejam em regulamentos, em contratos coletivos ou individuais de trabalho.

Como se vê, esse artigo evidentemente encontra guarida na denominada política antidiscriminatória, a qual tem como grande referência o art. 373-A, da CLT, artigo esse que é considerado por Cesar Reinaldo Offa Basile (2013, p. 190) como um dos mais importantes instrumentos de política antidiscriminatória trabalhista.

Adiante, o art. 391-A, da CLT, também é deveras importante porque afirma que eventual estado gravídico da mulher, mesmo no caso em que esteja de aviso prévio, assegure-lhe a estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, ADCT.

Em seguida, o art. 392 aborda a questão da licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, garantindo-a sem prejuízo do emprego ou salário e, nos seus parágrafos, explicita diversas particularidades que são muito importantes nessa esfera dos direitos relativos à maternidade.

O parágrafo primeiro do mencionado art. 392 atribui à empregada o dever de, munida de atestado médico, notificar o empregador da data do início do afastamento do emprego, a qual ocorrerá entre o 28º (vigésimo oitavo) dia antes do parto e a data do parto.

Ademais, no parágrafo segundo são explicitados os períodos de repouso, antes e depois do parto, de modo que estes poderão ser aumentados de 2 (duas) semanas cada um, desde que, mediante atestado médico.

O parágrafo terceiro garante que, mesmo no caso de parto antecipado, a mulher terá o direito aos 120 (cento e vinte) dias de licença-maternidade.

Ainda no art. 392, o parágrafo quarto elenca em seus dois incisos como direitos da empregada gestante: (i) a transferência de função quando as condições de saúde exigirem, assegurado o retorno a função; e (ii) a dispensa do horário de trabalho para a realização de seis consultas médicas (no mínimo) e exames complementares.

Adiante, o art. 392-A aborda uma questão deveras relevante que é a da licença maternidade de 120 (cento e vinte) dias concedida à empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

Em seguida, o art. 392-B, da CLT, assegura ao cônjuge ou companheiro, no caso do falecimento da genitora, o gozo de licença por todo o período de licença-maternidade ou pelo tempo restante, salvo quando o filho falecer ou for abandonado.

Importante mencionar que o art. 392-C estende a aplicação do art. 392-A e 392-B ao empregado que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção, o que evidentemente foi feito em homenagem ao princípio da isonomia insculpido no *caput* do art. 5º da Constituição federal.

No art. 393 é explicitado que no período da licença-maternidade (art. 392) a mulher fará *jus* ao salário integral e, quando este for variável, será calculado com base em uma média dos 6 (seis) últimos meses de trabalho.

Ademais, também este artigo postula que a mulher terá direito aos direitos e vantagens adquiridos, facultando-lhe o retorno à função que anteriormente exercia.

Esse fato é muito valioso, eis que, quando a mulher entra de licença maternidade por 120 (cento e vinte) dias, o empregador não poderá penalizá-la rebaixando-a de função, de modo que lhe é assegurado o retorno à função que exercia.

O art. 394, da CLT, trata de uma relevante possibilidade da mulher grávida, mediante atestado médico, rescindir os compromissos resultantes de qualquer contrato de trabalho, desde que este seja prejudicial à gestação.

Prosseguindo, o art. 395 aborda a questão do aborto, de modo que, não sendo o aborto criminoso, fato este que será comprovado por atestado médico, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas semanas), sendo que, inclusive, lhe será assegurado o retorno à função que ocupava anteriormente.

Neste assunto, não será exagero colacionar as ponderações de Cesar Reinado Offa Basile (2013, p. 194):

Fica claro o objetivo do legislador em tutelar a recuperação física e psíquica da funcionária que teve a gestação interrompida, mas há controvérsia em relação ao que a medicina considera aborto e o que admite como parto de natimorto. Segundo a doutrina e jurisprudência dominantes, existindo necessidade de intervenção médica (cesariana ou induzimento por substâncias químicas, ressaltando apenas a curetagem) para a extração do feto sem vida do ventre materno, teremos a hipótese de parto e, por assim dizer, a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias destinada à recuperação física (em razão das modificações sofridas pelo corpo e o próprio traumatismo causado pela cirurgia em si) e psíquica da empregada. Caso contrário, diante de um aborto espontâneo (expulsão do embrião por regular processo fisiológico) ou curetagem, teremos o repouso remunerado da funcionária por apenas 2 (duas) semanas.

Adiante, o art. 396 resguarda à mulher os descansos especiais de meia hora cada um, durante a jornada de trabalho para amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade, período esse que poderá ser dilatado quando exigir a saúde do filho.

O art. 397, da CLT, afirma que o SESI, o SESC, a LBA e outras entidades públicas destinadas à assistência da infância manterão ou subvencionarão, consoante suas possibilidades, escolas maternais e jardins de infância destinados especialmente aos filhos das mulheres empregadas, as quais serão distribuídas nas zonas de maior densidade de trabalhadores.

Em prosseguimento, o art. 399 afirma que o Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio conferirá diploma de benemerência aos empregadores que se notabilizarem pela organização e manutenção de creches e instituições de proteção aos menores em idade pré-escolar.

Como se vê, trata-se de um incentivo aos empregadores para que estes mantenham creches exemplares que se destinem à proteção dos menores.

Finalmente, o art. 400, CLT, elenca algumas condições que devem ser estabelecidas nos locais em que os filhos deverão ficar durante o período da amamentação, de modo que deverão possuir, no mínimo, um berçário, uma saleta de amamentação, uma cozinha dietética e uma instalação sanitária.

Destarte, são esses os principais artigos da Constituição de 1988 e da Consolidação das Leis do Trabalho que versam sobre a proteção à maternidade nas relações de trabalho os quais evidentemente traduzem um sistema voltado à tutela da maternidade em face das explorações que poderiam advir no mercado de trabalho.

5 DA ESTABILIDADE DA GESTANTE EMPREGADA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Elaboradas as considerações anteriores, é chegado o momento de se discorrer de modo específico sobre a forma como o Direito brasileiro regula a estabilidade da gestante empregada.

De início, insta salientar que a referida estabilidade provisória encontra a sua previsão no art. 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição federal de 1988, artigo este que denota tamanha importância para o presente estudo que será integralmente transcrito:

Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:

I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;

II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:

a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;

b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (Vide Lei Complementar nº 146, de 2014)

§ 1º Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.

§ 2º Até ulterior disposição legal, a cobrança das contribuições para o custeio das atividades dos sindicatos rurais será feita juntamente com a do imposto territorial rural, pelo mesmo órgão arrecadador.

§ 3º Na primeira comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas pelo empregador rural, na forma do art. 233, após a promulgação da Constituição, será certificada perante a Justiça do Trabalho a regularidade do contrato e das atualizações das obrigações trabalhistas de todo o período.

Pois bem, como se extrai da leitura do artigo retro, é vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada gestante desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

Essa é uma das mais importantes garantias asseguradas à mulher em virtude do estado gravídico, de sorte que em um período tão conturbado de sua vida - em virtude das consequências físicas e emocionais inerentes à gravidez - lhe é garantido o direito de não ser demitida de modo arbitrário ou sem justa causa.

Nesse ponto, não será exagero reportar ao ensinamento de Alice Monteiro de Barros, citada por Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt Proni (2013, p. 20), para quem a gestação “trata-se de um processo psicológico complexo, de intensa atividade emocional, que testa tanto as reservas físicas e psíquicas quanto a sua aptidão para criar uma nova vida”.

Destarte, diante de tamanha complexidade, era natural que o ordenamento jurídico brasileiro - o qual apregoa pela dignidade humana (art. 1º, III), pela proteção à maternidade e à infância (art. 6º, *caput*) e pela proteção à mulher no mercado de trabalho (art. 7º, XX) - resguardasse o emprego da mulher nesse momento de tamanhas preocupações, como o fez o art. 10, II, b, ADCT.

Pois bem, ocorre que essa previsão legal, embora de notória simplicidade, tem gerado alguns questionamentos na doutrina, notadamente em virtude das interpretações que derivaram do sentido de confirmação da gravidez.

Desse modo, indaga-se: o que seria essa confirmação da gravidez? Haveria a necessidade de que a mulher avisasse o empregador para que só então fizesse *jus* à estabilidade ou já teria direito à estabilidade somente pelo fato de estar grávida?

Para responder a essas indagações, é importante salientar que se destacam duas teorias doutrinárias a este respeito, conforme obtempera Sérgio Pinto Martins (2002, p. 379): a teoria da responsabilidade objetiva e a da responsabilidade subjetiva.

No que diz respeito à teoria da responsabilidade subjetiva, consoante o citado autor (MARTINS, 2002, p. 381), essa “entende que a empregada deve comprovar a gravidez perante o empregador.”

Evidentemente incorporando essa teoria, aduz o mencionado autor (MARTINS, 2002, p. 380) como deve ser compreendida a palavra confirmação:

A palavra “confirmação” deve ser entendida no sentido de a empregada demonstrar a gravidez para o empregador, deve confirmá-la perante o empregador. A trabalhadora precisa dar ciência ao empregador de que está grávida, o que é feito pela apresentação do atestado médico ou exame laboratorial, quer dizer por ato formal, até cientificando por escrito que se encontra grávida, pois do contrário o empregador não tem como saber se a empregada está grávida. Somente a partir do momento em que a empregada demonstrar a gravidez ao empregador é que estará protegida. A empregada tanto poderá apresentar atestado médico, como também será possível constatar seu estado físico externo, demonstrado pela gravidez.

Desse modo, segundo a teoria subjetiva, a gestante empregada precisa informar o empregador do seu estado para que então tenha direito à estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, ADCT.

Por outro lado, no que atine à teoria da responsabilidade objetiva, é valiosa a lição de Sérgio Pinto Martins (2002, p. 380):

A teoria da responsabilidade objetiva considera que o importante é a confirmação da gravidez para a própria empregada e não para o empregador. A garantia de emprego independe da comprovação da gravidez perante o empregador, mas da sua

confirmação, sendo responsabilidade objetiva do empregador, que visa garantir o nascituro.

Portanto, para a teoria objetiva não há a necessidade de que a mulher informe o empregador do estado gravídico, de sorte que essa situação é suficiente para lhe assegurar a vedação à demissão arbitrária ou sem justa causa desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto.

Diante dessas duas teorias, esse tema foi parar no Supremo Tribunal Federal, de sorte que o Ministro Celso de Mello, no AI 448572/SP, compreendeu que bastaria a confirmação objetiva do estado de gravidez para que a gestante tivesse direito à estabilidade provisória, informação essa extraída da obra de Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2015, p. 861).

A decisão do referido ministro foi de tamanha importância que o Tribunal Superior do Trabalho alterou o seu entendimento, o que culminou com a atual Súmula 244, I, do TST, a qual prevê: “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade”, consoante destacam os retrocitados autores (2015, p. 861).

Portanto, hoje o tema encontra-se pacificado com a Súmula 244, I, do Tribunal Superior do Trabalho, de modo que resta evidente a adoção da corrente objetiva, segundo a qual basta o estado gravídico para que a mulher tenha direito à estabilidade provisória do art. 10, II, b, ADCT.

Pois bem, feitas as considerações supra, é conveniente abordar os efeitos que decorrem da garantia provisória da gestante empregada.

Um efeito silogístico é o de que não pode a gestante ser demitida arbitrariamente ou sem justa causa, mas e se mesmo diante dessa previsão legal a empregada for demitida, quais os direitos da gestante?

Sobre esse tema houve um grande questionamento doutrinário e jurisprudencial, de sorte que atualmente o Tribunal Superior do Trabalho pacificou essa matéria na sua Súmula 244, II, a qual aduz: “A garantia de emprego à gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrário, a garantia restringe-se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade”.

Portanto, consoante o atual entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, ocorrerá a reintegração no emprego se a gestante estiver durante o período de estabilidade, ou seja, desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto, e, caso não esteja nesse período,

essa garantia se restringirá aos salários e demais direitos correspondentes ao período no qual o emprego lhe era garantido.

Outro assunto pertinente ao tema da estabilidade da gestante empregada é aquele que se relaciona ao aviso prévio, de modo que muito se questionou se haveria estabilidade da gestante empregada mesmo quando a confirmação da gravidez acontecesse durante o seu prazo.

Esse assunto foi resolvido com o advento do art. 391-A, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT):

Art. 391-A. A confirmação do estado de gravidez advindo no curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea *b* do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (Incluído pela Lei nº 12.812, de 2013)

Dessa maneira, em consonância com este artigo, mesmo no caso do aviso prévio trabalhado ou indenizado, a confirmação do estado da gravidez garante a estabilidade provisória à gestante empregada.

Ademais, outro assunto relevante sobre a estabilidade da gestante é a inovação inserida pela Lei Complementar 146 de 2014, a qual, em seu art. 1º, prevê a possibilidade de se estender a estabilidade provisória, no caso de falecimento da genitora, a quem detiver a guarda do seu filho.

Como se vê, nesse caso particular, em virtude da difícil situação do guardião ter que cuidar de uma criança na triste ocasião em que a mãe desta falece, o legislador optou por garantir-lhe o emprego neste momento tão delicado, mesmo porque, resta evidente que ocorreu uma alteração abrupta na vida do guardião, situação essa que precisa de uma tutela especial.

Há ainda outro tema a respeito da estabilidade da gestante que tem gerado grande celeuma jurisprudencial, que é o relativo à necessidade da criança nascer viva para se assegurar à mãe a estabilidade provisória.

Neste ponto, é valiosa a menção ao julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região extraído da obra de Francisco Ferreira Jorge Neto e de Jouberto de Quadros Pessoa Cavalcante (2015, p. 862):

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. NATIMORTO. 1 – O fato gerador do direito à estabilidade provisória da empregada gestante surge com a concepção na vigência do contrato de trabalho, não estando condicionada à comprovação de

ciência, nem do empregador, nem da empregada, consoante disposto na Súmula 244, inciso I, do C. TST. Trata-se de conferir eficácia ao princípio da dignidade da pessoa humana, incluído, nesse conceito, o nascituro, objeto de preocupação da norma protetiva em questão. 2 – Considerando que a autora já se encontrava grávida antes do encerramento do contrato de trabalho vigente entre as partes, faz jus à garantia da estabilidade provisória prevista no art. 10, II, b, do ADCT Da AC/88. 3 – Ocorrendo parto antecipado, ainda que ocorra parto de natimorto, comprovado por atestado médico, a empregada faz jus à indenização pela ausência de manutenção do emprego, desde a confirmação da gravidez, até cinco meses após o parto, bem como à licença-maternidade de 120 dias. 4 – ‘O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo constitucional pertinente, o art. 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito à licença-maternidade e à garantia do emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete distinguir’ (Alice Monteiro de Barros. Curso de Direito do Trabalho. 8ª ed., São Paulo, 2012). 5 – Nos termos do § 5º do artigo 294 da Instrução Normativa INSS/PRES nº 45/2010, ‘Tratando-se de parto antecipado ou não, ainda que ocorra parto de natimorto, este último comprovado mediante certidão de óbito, a segurada terá direito aos cento e vinte dias previstos em lei, sem necessidade de avaliação médico-pericial pelo INSS’. (TRT – 3ª R. – RO 2145/2012-004-0300.6 – Rel. Marcelo Lamago Pertence – Dje 19/11/2013 – p.334).

Esse julgado é uma verdadeira lição sobre o tema das estabilidades provisórias, de sorte que mesmo no caso da criança nascer morta, em nada essa situação obstará à estabilidade provisória de que a mãe tem direito, até porque a lei fala em parto, não especificando se a criança deva nascer viva para concretizar-se a garantia de emprego.

Por derradeiro, sobre a questão da estabilidade provisória assegurada à gestante, há um último assunto que é deveras polêmico, qual seja, o da possibilidade de se garantir essa estabilidade provisória (garantia de emprego) nos contratos de trabalho por tempo determinado.

Sobre esse último ponto, o próprio Tribunal Superior do Trabalho, a partir da edição da Resolução n. 185 de 2012, alterou o conteúdo da Súmula 244 deste Egrégio Tribunal, de modo que expressamente passou a considerar, no seu item III, que a empregada gestante tem direito à estabilidade provisória mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado.

6 CONCLUSÃO

No decorrer do presente estudo, foram elaboradas diversas considerações sobre o sistema de tutela da maternidade previsto no Direito Brasileiro, buscando-se, ao final, discorrer de um modo mais específico sobre a estabilidade da gestante empregada prevista na Constituição federal de 1988.

Assim, no primeiro tópico, ao se tratar da proteção da mulher no mercado de trabalho, foram apontados alguns fundamentos que tornam manifesta a necessidade da proteção da

mulher nessa seara, dos quais foram destacados os fisiológicos, os sociais e também os culturais.

Já no segundo tópico, buscou-se apontar os principais delineamentos constitucionais que evidenciam a necessidade de uma proteção especial à mulher, destacando-se neste estudo a promoção à igualdade material (art. 5º, caput, CF/1988), a proteção da dignidade humana (art. 1º, III, CF/1988), a tutela da família (art. 226, CF/1988) e também a da criança (art. 227, CF/1988).

Na terceira parte, ao versar sobre a proteção da gestante empregada no direito brasileiro, visualizou-se de uma maneira mais prática os principais direitos da gestante obreira, o que permitiu uma melhor compreensão da tutela específica que o ordenamento jurídico pátrio atualmente lhe confere.

Finalmente, no quarto tópico, adentrou-se na questão da estabilidade da gestante empregada na Constituição Federal de 1988, momento em que se discorreu de um modo específico sobre a previsão do art. 10, II, b, do ADCT, da referida Lei Maior.

Como foi possível se observar, na análise da palavra “confirmação” do art. 10, II, b, do ADCT, da referida Lei Maior, a jurisprudência tem adotado a teoria objetiva, segundo a qual basta o estado gravídico para ensejar a estabilidade no emprego, independentemente do aviso da gestante ao empregador, consoante a Súmula 244, I, do TST.

Dessa forma, caso a gestante seja demitida durante os cinco meses em que tem a estabilidade assegurada, tem o direito a ser reintegrada no emprego. Por outro lado, caso já tenha passado desse período, terá direito às verbas relativas a esse momento, com fundamento na Súmula 244, II, do TST.

Adiante, ao investigar alguns casos específicos, observou-se que a estabilidade deve ser aplicada tanto na pendência de aviso prévio, com fundamento no art. 391-A, da CLT, quanto nos contratos de trabalho por tempo determinado, com fundamento na Súmula 244, III, do TST.

Dessa forma, foi possível se verificar a importância da estabilidade conferida à gestante empregada, de maneira que, em virtude das peculiaridades da gestação, bem como em razão da tutela constitucional à infância (art. 6º e art. 227, CF/1988), à maternidade (art. 6º, CF/1988) e à família (art. 226, CF/1988), manifesta-se imprescindível que exista um instrumento hábil a garantir a estabilidade no emprego da gestante em um momento tão delicado de sua vida, o qual se traduz como um mecanismo que dá concretude à igualdade material (art. 5º, caput e art. 3º, I, CF/1988), realizando o fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988) e também do valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF/1988),

como preconizado pela Constituição federal de 1988.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

BASILE, Cesar Reinaldo Offa. **Direito do trabalho**: teoria geral a trabalho do menor. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

LOBO, Paulo. **Direito Civil**: Famílias. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

PRONI, Thaíssa Tamarindo da Rocha Weishaupt. **Proteção constitucional à maternidade no Brasil: um caso de expansão da garantia legal**. São Paulo: Ltr, 2013.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, v.5**: direito de família. São Paulo: Método, 2013.

**Submetido em 18 fev. 2019. Aceito em 11 jun. 2019.*



A (IN)VALIDADE DE CARTA PSICOGRAFADA UTILIZADA COMO MEIO DE PROVA DOCUMENTAL À LUZ DA GRAFOTECNIA

Daniel Bandeira de Oliveira Rego*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Perícia e Prova documental; 3. Exame grafotécnico; 4. Caso Comum; 5. Novos Recursos; 6. Espiritismo; 7. Caso concreto; 8. Posicionamento do Judiciário; 9. Considerações finais; 10. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de estudar de forma qualitativa e exploratória a possibilidade de usar carta psicografada como meio de prova documental sob a ótica da grafoscopia.

Palavras-Chave: Carta psicografada. Prova Documental. Grafoscopia.

ABSTRACT

The present article has the objective to study in a qualitative and exploratory way the possibility of using psychographed letter as documentary evidence from the perspective of grafoscopy.

Keywords: Psychographed letter. Documentary Evidence. Grafoscopy.

1 INTRODUÇÃO

O direito probatório alinhado ao princípio do contraditório e ampla defesa está previsto constitucionalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB de 1988 e contribui para a justa prestação jurisdicional e manutenção da ordem legal diante dos conflitos que surgem diariamente nos expedientes forenses.

A fase instrutória ou probatória é representada pela apresentação das provas e no âmbito cível, foram instituídas no Código Civil – CC de 2002, no artigo 212 e seguintes o legislador deixou claro que os fatos jurídicos podem ser provados mediante: confissão; documento; testemunha; presunção e perícia.

O Código de Processo Civil – CPC de 2015 nos seus artigos 396 e 481, ampliou o rol

* Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA/AM). E-mail: danielband@rede.ulbra.br.

de meios admitidos como prova, passaram a serem válidos outros meios para mostrar a verdade em que se funda o pedido ou a defesa, como os meios legais e legítimos do próprio diploma processual, exemplo: a **exibição de coisa e a inspeção judicial**.

A prova é uma ferramenta utilizada para mostrar a existência e a veracidade dos fatos e fundamental no exercício de uma jurisdição transparente. Assim, a finalidade processual da prova tem o foco de influenciar a consciência jurídica do ente julgador.

A partir desse conceito, os elementos que acomodam o livre convencimento do juiz são os elementos de prova, como exemplo: laudo pericial, depoimentos de testemunhas arroladas e documentos, e quando inertes são denominados de meios de prova.

As fontes de provas são os elementos e as pessoas existentes antes do processo e as quais poderão ser colhidas novas provas através de meios de investigação de provas e a busca e apreensão do objeto material, ou seja, um resultado físico, não confundir com objeto jurídico (valor tutelado pelo Estado).

Diante de inúmeras matérias envolvendo religiões sendo abordadas nos tribunais superiores, como exemplo o racismo contra religiões, posições religiosas contrárias à liberação do aborto, transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová, analisaremos a carta psicografada espírita como meio de prova documental submetida a perícia grafotécnica.

2 PERÍCIA E PROVA DOCUMENTAL

Inicialmente, necessita-se destacar a origem latina da palavra perícia – *peritia* – que significa análise técnica conforme o dicionário *Priberam* (2019, *online*). O nosso ordenamento jurídico considera como conhecimento técnico e científico em determinada área.

Para comprovar determinadas alegações, fatos e verificar a validade de documentos durante a instrução processual, o Estado-juiz recorre ao auxílio dos peritos de formação técnica e científica em determinada área, registrados nos cartórios judiciais para efetivação da prestação jurisdicional.

O art. 149 do CPC salienta que os peritos são considerados auxiliares da justiça nomeados pelo juiz. Podendo ser responsabilizados pelos prejuízos que causarem às partes por prestar informações não condizentes com o fato apresentado, inverídicas ou pela negligência, imprudência e imperícia. Conseqüentemente, será inabilitado para atuar em outro processo pelo prazo de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. A perícia e os atos realizados pelos peritos

judiciais são considerados atos de fé pública.

A perícia é instituída como meio de prova como vimos anteriormente, estabelecida no Código Civil e possui valor especial, tendo em vista que a perícia está entre a prova dos fatos alegados e a decisão do mérito.

O ordenamento jurídico brasileiro tem como princípio a liberdade de prova, não absoluto, e que serve de base para outros princípios, como vemos no Direito Processual Penal o princípio da verdade real e do princípio trabalhista da primazia da realidade. As partes litigantes têm liberdade para a obtenção e produção de provas dentro do procedimento jurisdicional limitando-se a legalidade.

O Direito brasileiro pode utilizar-se de prova de cunho religioso tendo em vista que o Estado é laico?

De um lado sabemos que, a nossa Carta Magna, no seu art. 19, I, veda o Estado de associar-se a entidade religiosa, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público. O Estado-juiz no exercício forense visa não fundamentar as suas decisões com base em aspectos religiosos, tendo em vista que a fé religiosa é característica da liberdade privada de cada contribuinte e a atividade estatal tem que ser neutra diante do Estado Democrático de Direito conforme instituído na Constituição no *caput* do seu art. 1º.

A palavra prova, no sentido jurídico, é definida por Fernando Capez (2010, p.260) como sendo:

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

Partindo dessas premissas, o termo “prova ilícita” é utilizado quando são empregados meios ilegais para se alcançar a prova fora do curso processual, podemos exemplificar: coagir alguém para conseguir testemunho. A coação é ato proibido pela Constituição e normas infraconstitucionais vigentes, devendo quem se utilizou receber as sanções cabíveis, e a prova decorrente de coação não poderá ser usada como meio de acusação ou defesa. Utilizada a prova ilícita, esta contaminará todo o procedimento tornando as provas derivadas também ilícitas, o termo é conhecido na academia como "teoria da árvore envenenada".

A prova ilegítima diz respeito ao procedimento, ou seja, se ela não seguir as regras de direito processual previstas em lei, será desconsiderada como legítima. Um exemplo seria colher o depoimento de uma pessoa sem essa estar assistida por advogado, assim não se seguiu os requisitos dentro do processo em andamento.

Por outro lado, ao adentrarmos no mérito pericial, a perícia não tem ótica religiosa do conteúdo, apenas atesta a veracidade da escrita. Entende-se que esta detém a legitimidade daquele que escreveu, não excluindo da apreciação do juiz o contraditório e a ampla defesa e o princípio da oralidade.

Podemos exemplificar, como a ocasião em que uma parte aciona a jurisdição em sede de execução de título extrajudicial, utilizando-se de um cheque. A parte contrária assim querendo, poderá contestar a assinatura no título apresentado, solicitando ao juiz uma perícia grafotécnica para atestar a legitimidade da assinatura do documento. Esta sendo falsa, a parte prejudicada poderá pleitear no caso concreto, o que consta no dispositivo do artigo 917, *caput*, do Código de Processo Civil, cuja exegese autoriza a parte a embargar alegando a inexecutabilidade do título por ser inválido e a consequente inexigibilidade da obrigação.

Ora vejamos, se em perícia de carta psicografada fosse contestada outra assinatura, a parte interessada poderia também pleitear a inexigibilidade da obrigação e requerer que o fato jurídico ou negócio jurídico se torne inválido. O juiz fundamentará a decisão com base na prova da grafia, independente se esta foi proveniente de força maior.

Em tese, quando elaborado o laudo pericial documental, este corrobora ou diverge dos requisitos elaborados ainda que não possa comprovar o fato gerador da causa jurídica não deixa margem para discricionariedades.

Seguindo esse padrão, adentraremos ao mérito da prova documental, a qual se materializa em regra através de documentos apresentado em juízo na fase inicial, conforme o artigo 396 do Código de Processo Civil.

O documento tem características subjetiva, objetiva e formal. A subjetiva consiste na existência de um ser humano para criação do documento (criador) ou autor intelectual e o autor material, aquele que produziu a documentação (exemplo: escrevente).

Para Chiovenda (1998, p.151), “documento é toda representação material destinada a reproduzir determinada manifestação de pensamento, como uma voz fixada duradouramente”, resultando na identificação de determinado fato.

Vale destacar que a assinatura digital também é considerada da mesma forma que a

assinatura escrita comum, com base no art. 209, §1º do CPC. A sua característica objetiva diz respeito ao fato que deu a origem ao documento, ou seja, o conteúdo existente naquele documento e a característica formal é definida como o suporte que exterioriza o seu conteúdo, sejam eles: papel; aplicações de textos como word, libre office; dispositivos portáteis como pen drive e tokens.

A força da prova desses documentos está amparada na seção VII, subseção I do Código de Processo Civil. É nessa seção que se encontra também o meio probante de atestar que qualquer documento, seja até mesmo uma carta psicografada, verificando sua autenticidade e autoria, pode ser aceito como prova.

O artigo 410 do CPC nos ensina que a autoria do documento particular decorre daquele que é o autor intelectual e também do autor material que apenas assinou a obra, sendo assim, cessa-se a fé do documento particular se for impugnada sua autenticidade e não for comprovada a veracidade, incumbido o ônus da prova à parte interessada.

Podemos voltar à validação da hipótese em cima do caso hipotético apresentado ao norte deste artigo, ou seja, se um cheque for considerado falso, será pela reprodução do material falso, a falsidade da assinatura ou os dois vinculados e o fato jurídico tornar-se-á nulo em razão do vício. Mas se considerada verdadeira uma carta psicografada, esses requisitos serão analisados sob a ótica física, não por motivos religiosos, concluindo que o documento analisado por meio de exame grafotécnico tem o mesmo valor de gerar direitos e obrigações interpartes como o cheque.

A prova documental não pode ser considerada menos importante quanto os argumentos utilizados no Tribunal do Júri pelo princípio da plenitude da defesa¹, enquanto este pode se valer do senso comum e de situações abstratas, o documento periciado através de exame grafotécnico, vale-se de uma ciência registrada, publicada e estudada cientificamente.

Passamos a conhecer como funciona o exame grafotécnico para melhor compreensão.

3 EXAME GRAFOTÉCNICO

O dicionário UNESP do português contemporâneo define grafotécnico como sendo "aquele que se utiliza de recursos técnicos para exame da grafia" e a grafoscopia como o

¹ Princípio que assinala a possibilidade de todos os meios de defesas incluindo argumentações não amparadas pelo ordenamento jurídico (RAZERA, 2015, *online*).

"exame que visa o reconhecimento de uma grafia por comparação de talhe de letra" (BORBA, 2004, p.688).

A atividade realizada por esse perito é denominada de exame grafotécnico tendo como objetivo a comprovação da autenticidade e falsidade de documentos por meio das análises da caligrafia dos indivíduos, sendo espécie do gênero documentoscopia, ciência que explora os tipos de grafismo ou escritas para verificação de autoria documental, isto é, baseada na comparação de escritos questionados com outros que são determinados pelos padrões: pré-existentes (produzidos antes do exame) e os coletados para a realização da perícia.

As normas de procedimento de grafoscopia elaboradas pelo Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícia de Engenharia de São Paulo, lista as técnicas utilizadas a fim de atestar a veracidade ou não dos traços gráficos e iniciam a partir da análise dos aspectos genéticos, como: dinâmica - pressão e progressão, força vertical e horizontal respectivamente da escrita; trajetória - momento gráfico (traçados contínuos da escrita); ataque (traços iniciais da escrita); desenvolvimento (traçados intermediários da escrita); remate (traços finais da escrita); mínimo gráfico (modos particulares de cada indivíduo dos traçados das escritas).

Após o aceite do perito nomeado e no decorrer do andamento processual, são feitos questionamentos pelas partes antes de agendada a perícia sobre o documento, como exemplo podemos ver andamento dos autos n. 0172069-90.2017.4.02.5160 do TRF-2 (Data da decisão: 29/06/2018, Data da publicação: 29/06/2018 – São João de Meriti-RJ) a seguir:

Procedimento do Juizado Especial Cível – 09/07/2018 do TRF-2 1 – Comparada (s) à(s) assinatura (s) questionada (s), em época contemporânea, pode-se afirmar guardarem elas evidentes diferenças formais? 2 – Penetrando-se na intimidade dos lançamentos notam-se as divergências entre ataques e remates dos traços? 3 – Pode-se afirmar serem antagônicas as construções morfogenéticas dos manuscritos contraditados? 4- Pede-se ao (à) senhor (a) perito (a) que forneça um quadro das coincidências e das divergências dos EOGs (Elementos de Ordem Geral), quer objetivo, quer subjetivos. 5 – São falsos os lançamentos questionados? Ou seja, não pertence ao autor a assinatura aposta no s documentos periciados? 6 – Há diferença entre a assinatura do (a) periciado (a) constante na sua identidade, e demais documentos apresentados com assinatura (aqueles que possuem a assinatura da parte autora)? Preste o perito demais esclarecimentos que entenda serem pertinentes para melhor elucidação da causa.

O exame grafotécnico utiliza metodologias apropriadas para determinar a autenticidade do documento pela grafia e autoria da mesma, devendo constar no laudo pericial as fotos das divergências encontradas.

Podemos questionar se existe a possibilidade de o exame grafotécnico falhar e não

atestar divergências?

Bird *apud* Gorziza (2017, p. 55) afirma que:

[...] os peritos são bons em perceber que a assinatura não é autêntica, apresentando uma baixa taxa de erro no exame de escritas simuladas, mas destaca que existe uma grande quantidade de erros em distinguir se a assinatura foi disfarçada pela própria pessoa ou simulada por uma outra pessoa, quando do exame de assinaturas disfarçadas. [...] O conhecimento dessas características pode fornecer subsídios para que os peritos possam suspeitar de processos de disfarce gráfico, contribuindo para diferenciar este processo de uma simulação de assinatura.

O perito Marcelo Carneiro de Souza (2019, *online*) assegura que cada pessoa tem um traço gráfico único, por conta disso há corrente que não são favoráveis em periciar cópias e documentos falsos pois eles aprimoram-se diariamente na criação de ferramentas de falsificação, desta forma, a perícia acaba sendo minuciosa e demorada, a outra corrente defende a possibilidade, pois seriam utilizados métodos mais específicos. Apesar de ser a favor da corrente que defende a possibilidade de perícia em cópias, o perito conclui que:

[...] infelizmente no Brasil, os institutos de perícia são aglomerados, o que gera muitas vezes laudos inconclusivos ou tardios. É necessária a perícia, tanto extrajudicial, quanto judicial, ser uma ferramenta cada vez mais utilizada, para que a prova seja inequívoca e não haja injustiças, diversas vezes irreparáveis.

O perito não afirma que o erro é do exame mas a grande quantidade de atividades que rodeiam a rotina dos laboratórios para a conclusão do laudo pericial acarreta um resultado inconclusivo e tardio.

Então seria possível uma pessoa receber mensagem mediúnica e manter os traços gráficos da pessoa que morreu?

Com fundamento nas normas de procedimento de grafoscopia elaboradas pelo Instituto Brasileiro de Avaliações e Perícia de Engenharia de São Paulo, as técnicas utilizadas a fim de atestar a veracidade ou não dos traços gráficos iniciam a partir da análise dos aspectos genéticos, como: dinâmica - pressão e progressão, força vertical e horizontal respectivamente da escrita; trajetória - momento gráfico (traçados contínuos da escrita); ataque (traços iniciais da escrita); desenvolvimento (traçados intermediários da escrita); remate (traços finais da escrita); mínimo gráfico (modos particulares de cada indivíduo dos traçados das escritas).

Vejamos a seguir a importância do exame grafotécnico para solução de conflitos frente

a um caso comum.

4 CASO COMUM

O blogue Comtexto Jurídico (2015, *online*) apresentou um caso conhecido por ter utilizado a perícia grafotécnica, o da morte da Sra. Odilaine Uglione, que segundo a publicação a Polícia Civil concluiu que Odilaine tinha cometido suicídio com um tiro na cabeça no consultório onde seu ex-marido trabalhava. O texto informa que teve uma reviravolta no caso quando foi encontrada uma carta onde explicava os motivos pelo qual a vítima pretendia se suicidar, momento em que o Ministério Público Estadual solicitou novas diligências a respeito do inquérito, justificando que os laudos confeccionados particularmente a pedidos de familiares da vítima, trouxeram novos fatos à tona e que a carta suicida fora forjada pela secretária do consultório do seu ex-marido Leandro Boldrini, pois indicava que havia uma terceira pessoa dentro da sala de atendimento em que ocorreu o crime.

Adiante, o blogue esclarece que foram feitos testes na carta em cinco laboratórios do Instituto Geral de Perícias do Rio Grande do Sul e foi constatado no laudo pericial que ela escreveu a carta suicida mas sua escrita variava em algumas letras, assim, após o recebimento do laudo pela Justiça, a polícia judiciária não descartou a hipótese de homicídio, o que fez com que a família de Odilaine contrata-se perito grafotécnico particular para analisar a carta e teve resultado diverso, que a grafia não era de Odilaine.

Embora o texto publicado não informe a utilização de outras técnicas para detectar a tese e o crime cometido, este estudo mantém a esteira de raciocínio de que o exame grafotécnico pode ser específico ou conclusivo para asseverar que um documento foi escrito por certa pessoa, todavia, afirmar a autoria de um crime transcende a competência do perito.

5 NOVOS RECURSOS

Diariamente surgem novos recursos técnicos para serem aliadas aos peritos para ampliarem sua precisão durante a realização da perícia a fim de elucidar as questões.

A revista Superinteressante publicou um artigo em 2017 acerca do programa de computador criado pela empresa Stilingue para fins de análise de dados de obras de grandes escritores brasileiros. O software examinou cartas psicografadas que viraram livros escritos

pelo médium Francisco Cândido Xavier (Chico Xavier).

O médium afirmava que 3 (três) pessoas mortas tinham sido os autores das cartas e dos livros, foram eles: Emmanuel, André Luiz e Humberto de Campos (este último refere-se ao estudo de caso apresentado ao sul deste artigo) e a alimentação do sistema foi feita através de 3 (três) das maiores obras em quantidade de páginas de cada autor.

O texto nos remete que a técnica utilizada foi a de Aprendizagem Profunda e consiste em máquinas configuradas para treinar computadores a realizarem tarefas como seres humanos, o que inclui o reconhecimento de voz, imagem, projeções e previsões. Diferentemente dos programas computadorizados, que organizam os dados para serem executados através de equações definidas, a Aprendizagem Profunda configura parâmetros básicos de dados para que o computador aprenda sozinho a reconhecer os padrões, sendo utilizados no mínimo um milhão de caracteres por autor para o computador aprender a reconhecer os padrões.

O resultado do exame indicou que cada autor possuía estilo diferente de texto, assim a própria empresa concordou que se Chico Xavier tivesse escrito as obras sozinho seria extraordinário, mas concluiu que um ser humano não conseguiria produzir uma grande quantidade de estilos marcantes, diferente dos computadores que foram capazes de imitar os autores com precisão considerável e baixa margem de erro, com traços gráficos uniformes. Essa é uma das óticas tecnológicas que ajudam a ratificar as técnicas comuns utilizadas pelos peritos durante a realização das perícias agendadas nos processos em andamento no Poder Judiciário.

Diversos sítios na internet trabalham com a criação de programas integrados que possibilitam uma avaliação de assinaturas, sem contar com um banco de dados que está sendo criado com as diversas grafias existentes no nosso país, algo que nos países estrangeiros é praxe comum como registrar as digitais em bancos de dados.

6 ESPIRITISMO

A partir concepção de Grimm (*apud* SBEE, 2018, *online*), o espiritismo é uma religião que utiliza a filosofia e a ciência como meios para buscar a verdade, procurando expor o pensamento sobre a evolução da vida à luz do conhecimento e do autoconhecimento do indivíduo, objetivando o alcance da identidade com o criador.

A SBEE indica ainda que, as doutrinas espíritas consideram o espírito um ser inteligente e universal e estes através da inovação, descoberta, invenção e criação, constroem as suas consciências de individualidade em relação a outros espíritos e as de seu papel na estruturação inteligente do nosso universo.

Muitos desses conceitos foram criados a partir dos primeiros estudos espíritas feitos por Allan Kardec e registrado na obra *Le Livre Des Esprits* publicado por Hippolyte Léon Denizard Rivail em 1860. Um dos ensinamentos é registrados é que quando o ser humano falecia, seu espírito desencarnava em um plano elevado e continuava a evoluir, utilizando-se da matéria apenas como instrumento de aprendizado.

Identificamos no estudo que, surgiu a necessidade do espiritismo de entrar em contato com os desencarnados para obter informações sobre a organização da sociedade. Durante toda a história foram desenvolvidos métodos para interpretação e aprimoramento das informações recebidas pelos médiuns. A partir disso, podemos considerar que segundo os dogmas da religião espírita, o médium é uma pessoa que possui o dom de receber as mensagens desses espíritos desencarnados.

7 CASO CONCRETO

Foi encontrado o processo digital n. 20400051930 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Comarca de Viamão que revela o caso da Sra. Iara Marques Barcelos que foi absolvida através de informações constantes na carta psicografada apresentada em Júri que culminou com a absolvição da acusação de homicídio do Tabelião Ercy da Silva Cardoso, morto na cidade com tiros na cabeça em 2003.

De acordo com a matéria da Revista Consultor Jurídico (2007, *online*), o médium Jorge José Santa Maria, em 2006, recebeu mensagem do desencarnado e obteve informações suficientes para afastar o crime. O Tribunal do Júri levou em consideração a prova para confirmação da autoria do falecido e conseqüentemente levou a absolvição da ré.

A carta psicografada foi lida durante o julgamento e contestada na segunda instância, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, pela acusação, que pediu a nulidade do Júri. Posteriormente, o Tribunal de Justiça anulou o Júri, pois um dos jurados havia sido defendido pelo advogado de Iara, mas na decisão não foi apreciada a validade da prova e o caso retornou a Júri Popular.

Portanto, é sábio pelos operadores do Direito que, em sede de Tribunal do Júri pode ser utilizado o sistema da íntima convicção, em razão dos jurados serem objetivamente leigos. O julgamento pode ser baseado na subjetividade de cada um, diferentemente do magistrado que fundamenta suas decisões com base nas provas apresentadas e seu livre convencimento fundado em lei.

8 POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO

Apesar de existir um histórico de aceite das cartas como meio de prova, o único julgado favorável ao réu com a influência de cartas psicografadas que tenha numeração processual para fins de consulta já foi apresentado no tópico anterior e não há entendimento firmado entre os tribunais para orientação decisória dos magistrados, o que dificulta desvendar um conhecimento mais profundo sobre o tema quando provocado à jurisdição brasileira.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A organização burocrática do nosso país sempre utilizou a assinatura para validar quaisquer tipos de solicitações, registros de documentos e até transações bancárias, uma vez que desconsiderar a assinatura, seja ela obtida através de autoria material com técnicas religiosas, seria dizer que a grafia como meio de validação de documentos públicos é ineficaz.

A Justiça brasileira tem histórico de aceitação de provas baseadas nas cartas psicografadas, e as informações obtidas pela pesquisa demonstra que o histórico sugere atribuir a licitude e possibilidade de uso da carta psicografada como meio de prova documental.

Acerca do exame grafotécnico em carta psicografada, esse pode ser considerado um meio de prova válido, sendo o laudo pericial considerado pelo ordenamento jurídico um elemento fundamental para influenciar o livre convencimento do magistrado e contribuir para a solução de conflitos que anteriormente não haviam sido solucionados pelos meios existentes, enaltecendo os princípios constitucionais.

10 REFERÊNCIAS

Revista Direito Diário, 4ª Edição, Fortaleza, v. 1, n. 1, abr./jun. 2019. ISSN 2595-1408

BERTOLINI, Elesiomar Antônio. **O uso de software a favor da Grafoscopia**. 2017. Disponível em: <https://www.academia.edu/36809221/O_uso_de_software_a_favor_da_Grafoscopia> Acesso em: 22 mar. 2019

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988, 292 p.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. **Novo Código de Processo Civil**. Texto publicado no DOU de 17.3.2015. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 Jan. 2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro** (1941). República Federativa do Brasil. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 10 Jan. 2019.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 11 jan. 2002. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 19 Jan. 2019.

BORBA, Francisco da Silva (Org.). **Dicionário UNESP do português contemporâneo**. São Paulo: Editora UNESP, 2004.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 4.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Campinas: Bookseller, 1998. v. 3.

COMTEXTO JURÍDICO. **Advogado da família Uglione estranha declaração do IGP**. 2015. Disponível em: <<http://comtextojuridico.blogspot.com/2015/12/advogado-da-familia-uglione-estranha.html>> . Acesso em: 12 de mai. 2019.

FIGUEIREDO, Flávio Fernando. **Norma de Procedimento de Grafoscopia**. São Paulo, IBAPE. Disponível em: <http://www.ibape-sp.com.br/arquivos/norma_de_grafoscopia_logo_novo.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2019.

GALVÃO, Leandro Medeiros. **A Prova Psicografada e o Tribunal do Júri**. São Paulo: Baraúna, 2011.

GORZIZA, Roberta Petry. Estudo das características gráficas mais frequentemente alteradas em disfarces de assinaturas. **Revista Brasileira de Criminalística**, v. 6, n. 1, p. 52-61, 2017. ISSN 2237-9223. Disponível em: <<http://rbc.org.br/ojs/index.php/rbc/article/view/146>>. Acesso em: 14 mai. 2019

JUSTIÇA FEDERAL. Seção Judiciária do Rio de Janeiro. 7ª Vara Federal de São João de Meriti. Procedimento do Juizado Especial Cível. Nº do Processo 0084371-80.2016.4.02.5160. Data de autuação: 22 jun 2016.

KARDEC, Allan. **O Evangelho Segundo o Espiritismo**. Tradução: Salvador Gentile. Araras: Instituto de Difusão Espírita, 2009.

LEONARDI, Ana Carolina. Inteligência artificial pôs à prova psicografia de Chico Xavier. **Superinteressante**, História, 2017. Disponível em: <<https://super.abril.com.br/historia/inteligencia-artificial-pos-a-prova-psicografia-de-chico-xavier/>>. Acesso em: 15 mai. 2019

MELO, Michele Ribeiro de. **Psicografia e prova judicial**. São Paulo: Lex Magister, 2013.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 3 ed. T. IV. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

PERÍCIA. **Priberam**, 12 de junho de 2019. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/per%C3%ADcia>>. Acesso em 12 jun. 2019.

PINHEIRO, Aline. **Justiça aceita cartas psicografadas para absolver réus**. 2007. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-jul-14/justica_aceita_cartas_psicografadas_absolver_reus>. Acesso em: 14 mai. 2019

POLÍZIO, Vladimir. **A psicografia no tribunal**. São Paulo: Butterfly, 2009.

QUEIROZ, Adriana. Novas tecnologias aplicadas à análise documental. **Grafoexame**, 2013. <<http://www.grafoexame.com.br/2013/05/novas-tecnologias-aplicadas-a-analise-documental/>>. Acesso em: 26 de mar. 2019

RAZERA, Leandro. O princípio da plenitude de defesa no Tribunal do Júri. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 20, n. 4385, 4 jul. 2015. ISSN 1518-4862. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/40515>>. Acesso em: 4 mar. 2019.

SBBE. **Análise dos links e textos**. 2018. Disponível em: <<https://www.sbee.org.br/espirtismo/doutrina-dos-espirtos/espirtismo>>. Acesso em: 26 mar. 2019

SOUZA, M. C. **Ferramentas para cessar injustiças**. 2018. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/pericia-grafotecnica-e-a-documentoscopia-ferramentas-para-cessar-injusticas/51150>>. Acesso em: 26 mar. 2019

SOUZA, Marcelo. Perícia grafotécnica e a documentoscopia, ferramentas para cessar injustiças. **Portal Educação**, Direito. Disponível em: <<https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/pericia-grafotecnica-e-a-documentoscopia-ferramentas-para-cessar-injusticas/51150>> Acesso em: 26 mar. 2019.

**Submetido em 08 abr. 2019. Aceito em 12 jun. 2019.*



A ESTABILIDADE DA DECISÃO QUE DECLARA A CONVERSÃO DO MANDADO MONITÓRIO NÃO EMBARGADO EM TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL

Fernanda Karine Schmidt*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Coisa Julgada; 2.1 Coisa Julgada Material e Formal; 2.2 Cognição Exauriente; 2.3 Efeitos Extraprocessuais; 2.4 Eficácia Positiva e Negativa; 3. Preclusão; 3.1 Conceito; 3.2 Efeitos Endoprocessuais; 3.3 Eficácia Positiva e Negativa; 4. Ação Monitória; 4.1 Conceito; 4.2 Requisitos e Trâmite Segundo o CPC/15; 5. Estabilidade do Mandado Monitório Não Embargado; 6. Conclusão; 7. Referências.

RESUMO

A ação monitoria tem a característica de antecipar os efeitos da execução, bastando para tanto uma prova escrita referente à obrigação a ser cumprida, sem a necessidade de se percorrer todo o processo de conhecimento para o fim de se ter uma sentença reconhecendo o direito do credor. Até 2015 a doutrina majoritária possuía o entendimento de que o mandado monitorio não embargado era acobertado apenas por preclusão. Com o atual Código de Processo Civil (CPC), dúvidas surgiram a respeito, especialmente em virtude de o art. 701, §3º prever que os embargos monitorios não embargados e convertidos, por conseguinte, em título executivo judicial, poderão ser rescindidos, no prazo de dois anos. Nesses termos, inegável que o legislador conferiu ao mandado monitorio não embargado um grau de estabilidade até então não verificado, o qual se assemelha ao da coisa julgada. Essa constatação fez com que parte da doutrina passasse a sustentar que a decisão em questão passou a ser acobertada pela coisa julgada. Outra parte, no entanto, continuou defendendo que essa estabilização prossegue sendo apenas preclusão, mormente em virtude de se tratar de decisão não embasada em cognição exauriente. Dúvida, portanto, existe quanto à natureza da estabilização em questão. As divergências doutrinárias a respeito certamente refletirão na seara jurisprudencial, constituindo-se em fator com grande potencial para acarretar insegurança jurídica.

Palavras-Chave: Ação Monitoria. Natureza. Embargos Monitorios. Estabilidade.

ABSTRACT

The monitory action has the characteristic of anticipating the effects of the execution, being sufficient for such a written test regarding the obligation to be fulfilled, without the need to go through the entire process of knowledge in order to have a judgment recognizing the right of the creditor. Until 2015, the majority doctrine had the understanding that the monitory warrant

* Pós-graduanda em Direito Civil e Processo Civil pela UNESA- Universidade Estácio de Sá. Pós-graduanda em Penal e Processo Penal Aplicados pela EBRADI- Escola Brasileira de Direito. Graduada em Direito pela UNIVEL – Centro Universitário de Cascavel. Advogada. E-mail: advogadafernandaks@gmail.com. Agradecimento à Anissara Toscan, doutoranda, mestra e bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora em cursos de pós-graduação e especialização em processo civil. Advogada.

not seized was covered only by estoppel. With the new CPC, doubts arose about it, especially because of the art. 701, §3 provide that monetary embargoes not seized and converted, therefore, into a judicial enforcement order, may be terminated within two years. In these terms, it is undeniable that the legislature has conferred on the non-embargoed monetary order a degree of stability previously unverified, which resembles that of the res judicata. This fact made part of the doctrine to support that the decision in question was covered by the res judicata. Another part, however, continued to argue that this stabilization continues to be just preclusion, mainly because it is a decision not based on exuberant cognition. Doubt, therefore, exists as to the nature of the stabilization in question. The doctrinal divergences in this respect will certainly reflect in the jurisprudential area, constituting a factor with great potential to cause legal insecurity.

Keywords: Monitoring Action. Nature. Monitoring Embargoes. Stability.

1 INTRODUÇÃO

Antes do advento do NCPC, a doutrina majoritária possuía o entendimento de que a decisão que declara a conversão do mandado monitorio não embargado em título executivo judicial era acobertada apenas por preclusão, e não por coisa julgada. Afinal, existe apenas cognição sumária nesse caso.

Com a vigência do CPC de 2015, dúvidas surgiram a respeito da natureza da estabilização que recai sobre essa decisão, sobretudo em virtude de o novo diploma processual ter estabelecido, em seu art. 701, § 3.º, que o mandado monitorio não embargado será rescindível no prazo de dois anos. Segundo parte da doutrina, o legislador conferiu a tal decisão um grau de estabilidade semelhante ao da coisa julgada, ao passo que outra parte mantém o entendimento de se tratar de mera preclusão.

Constata-se, portanto, lacuna ensejadora de insegurança jurídica, que se insere no âmbito do Direito Processual Civil, com influência do Direito Constitucional, justificadora deste estudo, destinado a verificar, a partir da conceituação das estabilidades processuais já consagradas (coisa julgada e preclusão), qual recai sobre o mandado monitorio não embargado.

2 COISA JULGADA

Segundo Marinoni (2010, p. 56), a coisa julgada não denota mera regra de processo, e embora protegida pela Constituição no art. 5º, inciso XXXVI, é mais do que um princípio constitucional, é uma regra que norteia a existência do discurso jurídico, logo, o exercício da própria jurisdição. Ainda, conforme o autor (MARINONI, 2010, p. 56):

A decisão judicial é o elemento final do discurso jurídico, realizado para que o Estado possa exercer a sua função de tutelar os direitos e, por consequência, as pessoas. Todo discurso, como é sabido, necessita de regras para poder se desenvolver de maneira adequada.

Assim, Marinoni (2010, p. 57) conclui que a coisa julgada não é apenas uma regra preocupada com o conteúdo do discurso, é essência do discurso jurídico “quer dizer que a coisa julgada, antes de ser uma regra destinada a legitimar o conteúdo do discurso, é uma regra imprescindível à sua própria existência”.

Para Cabral, a coisa julgada é um efeito sistêmico decorrente do trânsito em julgado da sentença (CABRAL, 2014, p.148):

Temos que a coisa julgada pode ser retratada como um efeito sistêmico, decorrente não da sentença, mas do trânsito em julgado ou da preclusão das vias recursais. Não vemos, por conseguinte, obstáculo algum em afirmar que a coisa julgada é um efeito, mas externo à decisão, e que com os efeitos produzidos pelo conteúdo da própria sentença não se confunde.

Nieva (2016, p. 102), a seu turno, refere-se à coisa julgada também como efeito, que “é essencial para a segurança jurídica e para a coerência do ordenamento jurídico” (ibid, p. 136), visto que “permite garantir essa necessária seriedade nas relações jurídicas, seriedade que não é senão um corolário da segurança jurídica”. Destarte, a coisa julgada obsta que um mesmo processo seja instaurado por duas vezes com o intuito de se ter o êxito não alcançado no litígio anterior.

2.1 Coisa Julgada Material e Formal

Em geral, a doutrina classifica a coisa julgada em material e formal, apontando que esta consiste em pressuposto daquela (DIDIER JUNIOR. 2017, p. 486):

[...] de um lado, a observância das preclusões que ocorrem ao longo do processo funciona como força motriz, impulsionando o processo rumo ao seu destino final (provimento jurisdicional). Chegado o seu fim, tem-se a preclusão máxima- a irrecorribilidade da decisão final, chamada por alguns de coisa julgada formal-, que é pressuposto da coisa julgada material.

O art. 502 do CPC alude à coisa julgada material, definindo-a como “autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. A propósito, observa Cabral (2013, p. 60) que “a coisa julgada material leva este nome porque se reflete no

próprio direito material, isto é, seria a imutabilidade dos efeitos substanciais da sentença de mérito”.

Segundo Talamini (2005, p. 30), a coisa julgada material corresponde à qualidade de que se reveste a sentença de mérito fundada em cognição exauriente, transitada em julgado, qualidade essa consistente na imutabilidade do conteúdo do comando sentencial. Nas palavras de Medina, “a coisa julgada é a imutabilidade e indiscutibilidade da determinação do conteúdo contido na decisão de mérito” (MEDINA, 2016, p. 785).

A seu turno, a coisa julgada formal corresponde à “imutabilidade da decisão dentro do processo em que foi proferida”, ou seja, a decisão não poderá ser discutida no mesmo processo (MEDINA, 2016, p.790). Destarte, “as questões incidentalmente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores do processo”.

Nessa linha, Cabral define a coisa julgada formal a partir das ideias de “imutabilidade” e “indiscutibilidade”, explicando que (CABRAL, 2013, p.59):

A coisa julgada formal seria um evento intraprocessual, vale dizer, seria a imutabilidade e indiscutibilidade da sentença como um fato processual, um acontecimento interno ao processo, impedindo a rediscussão da matéria naquele procedimento, mas não em outros. O objetivo da coisa julgada formal seria fornecer segurança jurídica para a sentença daquele específico processo em concreto, assegurando sua inimpugnabilidade. .

Apesar disso, segundo o autor (2013, p. 256-259), a coisa julgada formal corresponde a uma preclusão específica, “aplicável à sentença extintiva do processo”, de modo que “devemos tratar apenas da coisa julgada material, denominando-a tão somente ‘coisa julgada’, e lidar com a coisa julgada formal como mais uma preclusão”.

Nesse mesmo sentido, Nieva (2016, p. 95) reconhece que a coisa julgada material e a coisa julgada formal possuem o mesmo objetivo, com a diferença de que esta repercute em âmbito intraprocessual, enquanto aquela, em âmbito extraprocessual, assim, em processos diferentes daquele em que o juízo foi elaborado.

Destarte, sem negar a relevância teórica da distinção em questão, para os propósitos do presente trabalho, cabe neste ponto esclarecer que as alusões à “coisa julgada” guardam correspondência à coisa julgada material.

2.2 Cognição Exauriente

Didier Jr. (2017, p. 505) aduz que “somente as decisões fundadas em cognição exauriente podem estabilizar-se pela coisa julgada”, e que a cognição será exauriente quando for pleno o exame da decisão. Desse modo, “a cognição exauriente é a cognição das decisões definitivas” (idem, *ibidem*).

Segundo Silva (2016, p. 44), a cognição exauriente que caracteriza a coisa julgada material é “marcada por contraditório antecipado, de acordo com formas e prazos previstos em lei, por meio dos quais as partes alegam e produzem provas, em busca da verdade processual”.

Nessa linha, “quando o iter procedimental tiver sido percorrido em sua plenitude, há cognição exauriente, de modo que a profundidade da análise permite que sobre o efeito declaratório da decisão recaia a coisa julgada” (SILVA, 2016, p. 45). Assim, haverá cognição exauriente quando o objeto do processo for examinado com a máxima amplitude, sem barreiras ou restrições.

2.3 Efeitos Extraprocessuais

Conforme já observado, ao contrário da coisa julgada formal, a coisa julgada material repercute extraprocessualmente, é dizer, implica em “processos diferentes daquele em que o juízo anterior foi formulado” (NIEVA, 2016, p. 95). Nesse sentido, observa Silva (2016, p. 41) que “a coisa julgada impede apreciação da questão em outro processo, irradiando efeitos extraprocessuais. Não há mera imodificabilidade no processo, mas imutabilidade decorrente da autoridade designada como coisa julgada material”.

Não destoam da posição de Cabral, segundo quem (CABRAL, 2013, p. 60):

A estabilidade da coisa julgada “material” atingiria o conteúdo do ato decisório sobre o mérito, e portanto seria projetada *ad extra*, para fora do processo em que proferida decisão, vedando a renovação da discussão a respeito do direito material não só naquele procedimento, mas em qualquer outro.

Nesses termos, a coisa julgada material tem aptidão para repercutir em outros processos, o que se traduz nos seus efeitos positivo e negativo, sobre os quais versa o tópico adiante.

2.4 Eficácia Positiva e Negativa

De acordo com Silva (2016, p. 67), a eficácia negativa da coisa julgada implica

Revista Direito Diário, 4ª Edição, Fortaleza, v. 1, n. 1, abr./jun. 2019. ISSN 2595-1408

impossibilidade de a questão de mérito decidida ser apreciada novamente em outro processo. Para o autor, trata-se de pressuposto processual negativo, que torna inviável novo exame da questão (CPC, art. 337, inc. VII e §4º, c/c art. 485, inc. V), ocasionando a extinção do processo sem resolução de mérito (idem, ibidem).

Ainda, a eficácia negativa da coisa julgada, conforme destaca Silva (2016, p. 67), pode se tornar o fundamento base da demanda quando houver desconsideração do seu julgado, na hipótese estabelecida no art. 966, inc. IV, do CPC, autorizadora da propositura de ação rescisória.

No mesmo sentido, segundo Talamini (2005, p. 130), a função (ou aspecto, ou eficácia) negativa da coisa julgada material “consiste na proibição, nos limites acima expostos, de que qualquer órgão jurisdicional torne a apreciar o mérito do objeto processual sobre o qual já recai a coisa julgada”.

Ainda, complementa Cabral (2013, p. 99, grifo do autor) que:

Pela função negativa, o debate é “exaurido”, não podendo ser reproposto, ou seja, torna-se proibida a discussão da pretensão. A função negativa da coisa julgada é muito aproximada do princípio mais amplo do *ne bis in ide*, impondo uma vedação de outro julgamento sobre o mesmo tema. Não é permitido nem mesmo que o juiz, no segundo processo, decida da mesma forma ou com idêntico conteúdo. Portanto, existe uma vedação de reiteração (*wiederholungverbot*), e neste sentido se fala que a coisa julgada corresponderia a um “pressuposto processual negativo”. A qualificação de “negativo” decorre da concepção de que é a “inexistência” da *res iudicata* que é exigida para o desenvolvimento regular do processo.

Por outro lado, a eficácia positiva da coisa julgada estabelece que em processos posteriores em que a questão acobertada pela coisa julgada material apareça como uma questão prejudicial, não possa ser decidida de forma diversa daquela como fora no julgamento precedente, conforme explica Toscan (2015, p. 109):

Por sua vez, a eficácia positiva da coisa julgada impõe que retornando ao Poder Judiciário, como *questão incidental* (se principal, seria reconduzida à eficácia negativa), controvérsia sobre a qual já exista decisão de mérito transitada em julgado, não poderá ser resolvida de modo diverso daquele como foi no processo anterior. Nesse sentido, a eficácia positiva da coisa julgada vincula o julgador ao quanto decidido em demanda em que se perfectibilizou coisa julgada sobre a questão que lhe foi submetida à apreciação.

A propósito, observa Talamini (2005, p. 130, grifo do autor) que:

Há a função (ou aspecto, ou eficácia) “positiva” da coisa julgada. O *decisium* (resultado) sobre o qual recai a coisa julgada terá de ser obrigatoriamente seguido por qualquer juiz, ao julgar outro processo, entre as partes, cujo resultado dependa

logicamente da solução a que se chegou no processo em que já houve coisa julgada material..

Sobre a função positiva, Cabral (2013, p.101) acrescenta:

Entende-se que pela função positiva da coisa julgada, impõe-se a obediência ao julgado como norma concreta indiscutível, e então o que foi decidido passa então a ser considerado vinculante não só naquele processo, mas em outros processos posteriores, quando nestes venha a ser alegada uma questão prejudicial já decidida, com força de coisa julgada, no processo anterior.

Assim, a eficácia positiva vincula o juiz de um processo posterior em que a questão acobertada pela coisa julgada apareça como prejudicial, fazendo-o incorporar o comando decisório estabilizado por esse instituto.

3 PRECLUSÃO

3.1 Conceito

Sobre o conceito de preclusão, Toscan (2015, p. 94) propõe seu afastamento das ideias de dever e poder, para indicar a exclusão de direito processual da parte, resultante de consumação ou desatendimento de ônus processual que lhe corresponda, ou ainda, da prática de ato contrário ao seu exercício. Essa exclusão, igualmente, atinge direta e indiretamente as partes, e apenas reflexamente, o juiz.

Acerca do assunto, Talamini (2005, p. 132) aduz que a preclusão corresponde “à perda de uma faculdade ou poder processual”, explicando que ela pode ser ocasionada “(a) pelo decurso do prazo, ou pela passagem da fase processual, para exercício do poder ou faculdade; (b) pelo anterior exercício do poder ou faculdade; (c) pela prática de ato logicamente incompatível com o exercício do poder ou faculdade”.

Para o autor (idem, p. 133), a preclusão “destina-se a conferir segurança e previsibilidade ao jurisdicionado e eficiência à máquina jurisdicional, no curso do processo. Liga-se à garantia do devido processo legal, no sentido de processo razoável”. Destarte, trata-se de instituto intimamente relacionado com diversas garantias fundamentais, especialmente com a segurança e certeza jurídicas.

3.2 Efeitos Endoprocessuais

Segundo Toscan (2015, p. 105), a preclusão ocorre no contexto de uma relação jurídica processual, na qual seus efeitos são exauridos. A respeito, destaca a autora que (TOSCAN, 2015, p. 105, grifo do autor):

[...] precisamente nesse aspecto é que reside a importância de se delimitar autonomamente esse instituto processual, com destaque a sua distinção em relação a decadência, a renúncia, aos princípios *ne bis in idem* e *nemo potest ventre contra factum proprium*, entre outros com ela por vezes equivocadamente confundidos, cujos efeitos não são necessariamente sentidos no âmbito restrito de um processo em curso.

Nesse sentido, afirma Talamini (2005, p. 134):

Em prol da clareza dos conceitos, é censurável o emprego do termo “preclusão” para expressar autoridade que se pretende que vá para fora do processo. Como visto, convencionou-se empregar o vocábulo para designar fenômeno interno ao processo: a perda da faculdade para prática de ato dentro do processo.

Para Cabral (2015, p. 118), “a preclusão seria a perda de uma faculdade processual, gerando a impossibilidade de praticar o ato processual no mesmo processo (com eficácia endoprocessual, limitada pela litispendência)”, ou seja, a preclusão possui repercussão apenas endoprocessual, e suas consequências são exauridas na própria relação jurídica processual.

3.3 Eficácias Positiva e Negativa

Assim como a coisa julgada material, a preclusão comporta eficácias positiva e negativa, embora apenas em âmbito endoprocessual. A eficácia negativa obsta que seja novamente julgada questão já resolvida, enquanto a positiva “fará com que o conteúdo das decisões proferidas seja absorvido por eventuais futuras decisões e pela sentença podendo inclusive servir de seu fundamento”, conforme afirma Toscan (2015, p. 110):

Ainda, a propósito, não há dizer que a função positiva da preclusão seja mera decorrência da negativa – concepção esta que, aliás, denota confusão entre sua causa e sua consequência – [...] Portanto, a preclusão (operada sobre direitos das partes) condiciona o juiz ao conteúdo do comando anterior seja para negar a reapreciação de matérias estáveis, seja para decidir tomando-o como premissa cogente.

Destarte, a eficácia positiva e a negativa da preclusão ocorrem dentro do processo. A eficácia negativa determina que a questão já resolvida não seja novamente julgada, ao passo que a eficácia positiva significa que aquela poderá servir de fundamento para a resolução de

questões posteriores.

4 AÇÃO MONITÓRIA

4.1 Definição

A ação monitória é um procedimento que visa a dar eficácia de título executivo a um documento que não a possui. Trata-se do caminho mais curto para se alcançar o título executivo, pois possui um procedimento especial mais célere que o rito comum ordinário.

Nesse sentido:

A ação monitória tem natureza de processo cognitivo sumário e a finalidade de agilizar a prestação jurisdicional, sendo facultada a sua utilização, em nosso sistema, ao credor que possui prova escrita do débito, sem força de título executivo, nos termos dos art. 1.102ª, CPC. (RSTJ 120/393; 4ª Turma)

Na mesma linha, Elias (2015, p. 1098) acrescenta que:

A ação monitória é definida por ser exercida em procedimento típico, cujo propósito é obter o mais rapidamente possível o título executivo e, assim, o início da execução. De fato, sob o viés procedimental, a ação monitória é resultado da concatenação de atos típicos de cognição e de execução, para o qual o autor, possuindo prova escrita, recorre em alternativa ao procedimento ordinário.

Dessa forma, a ação monitória é utilizada quando o credor possui prova escrita referente à dívida, sem a necessidade de se percorrer por todo o processo de conhecimento para o fim de se ter uma sentença reconhecendo o direito do credor.

4.2 Requisitos e Trâmite Segundo o CPC/15

Pela ação monitória, objetiva-se o pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, com base em direito externado em prova escrita sem eficácia de título executivo (ELIAS, 2015, p 1099).

Continua o autor (ELIAS, 2015, p. 1099):

Carece de interesse processual o autor que ostentar documento que já constitua título executivo, pois a finalidade mesma da ação monitória restaria prejudicada; no entanto, perdendo a eficácia executiva, pode o documento embasar a ação monitória.

Requisito indispensável ao uso da ação monitória é a existência de prova escrita em papel acerca da obrigação, não cabendo prova sonora ou visual. No §1.º do art. 700 do CPC, está disposto que a prova escrita pode ser derivada de prova oral documentada desde que produzida antecipadamente (ELIAS, 2015, p. 1099).

Em relação à prova escrita, Elias (2015, p. 1099) aduz que “o mero início de prova não permite a instauração da ação monitória”. Sendo assim, na petição inicial da ação monitória deve-se “expor os fatos de modo a demonstrar a constituição da obrigação pleiteada, o seu alcance e expressão econômica e, por fim, a sua exigibilidade” (idem, *ibidem*).

Conforme Vasconcelos (2016, p. 1693), a petição inicial deve atender aos requisitos dos art. 319 ao art. 700 do CPC, que procuram discriminar o objeto da obrigação, bem como às demais condições da ação e aos pressupostos processuais. Com isso, será determinada a expedição do mandado sem a parte contrária ser ouvida, de modo que representa “excelente oportunidade de ‘atalho processual’ para a obtenção do cumprimento de obrigação”.

Em relação ao art. 701, *caput*, do CPC/2015, o qual dispõe que sendo evidente o direito do autor, o juiz deferirá a expedição de mandado de pagamento, Medina (2016, p. 1011) aponta que se exige “que inexista dúvida quanto à idoneidade da prova documental”, e caso essa prova juntada seja considerada insuficiente, “o juiz poderá ordenar a emenda da petição inicial”, podendo o autor “1.º) apresentar nova prova, que convença o juiz da presença dos requisitos para o deferimento da medida; 2.º) emendar a petição inicial, adaptando-a ao procedimento comum”.

A expressão “evidente” utilizada no *caput*, cuja finalidade é “caracterizar o direito reclamado, deve ser tomada dentro da perspectiva do instituto e da cognição claramente superficial – embasada em juízo de verossimilhança, não de certeza – do juiz” (ELIAS, 2015, p. 1102).

No mandado monitório deve constar o valor certo devido, inclusive a título de custas processuais atribuídas à causa, “tudo isso para que possa [o réu] eventualmente exercer o benefício que lhe será concedido se cumprir a determinação judicial tempestivamente: a isenção do pagamento das custas e honorários (art. 701, §1º)” (VASCONCELOS, 2016, p.1694).

A propósito, o réu tem a opção de não apresentar defesa e cumprir a obrigação difundida no mandado, situação em que o valor devido a título de honorários será de 5%, ficando isento de custas processuais (MEDINA, 2016, p. 1013). Por outro lado, o réu possui os embargos monitórios como meio de defesa, os quais “podem se fundar em matéria passível de alegação como defesa no procedimento comum” (MEDINA, 2016, p.1015).

A propósito, Elias (2015, p. 1104) acrescenta que:

Os embargos permitem a veiculação de toda a matéria de defesa, seja ela processual, substancial direta (negação do fato jurídico constitutivo do direito pleiteado, a exemplo da inexistência do contrato que daria causa à obrigação pleiteada) quanto substancial indireta (alegação da ocorrência de fato jurídico substitutivo ou extintivo do direito pleiteado, tais como pagamento e compensação, entre outros).

A partir da constatação de que, por um lado, “a oposição dos embargos instaura processo de conhecimento”, e por outro, “permite a veiculação de toda a matéria de defesa [...] pelo réu” a doutrina se cindiu “entre aqueles que defendem terem os embargos natureza de ação e aqueles que, por outro lado, veem-na como simples contestação” (ELIAS, 2015, p. 1104).

Os embargos suspendem o processo monitorio até o julgamento em primeiro grau, conforme disposto no § 4.º do art. 702 do CPC/2015. Sobre essa suspensão, Medina (2016, p. 1016) aduz que:

Segue-se que a apelação interposta contra a decisão que rejeitá-los não deve suspender, como regra, a execução de tal decisão. O princípio que conduz a tal solução é o mesmo que informa a regra segundo a qual a apelação não tem efeito suspensivo quando interposta contra a sentença que confirmar tutela provisória (art. 1.012, § 1.º, V, do CPC/2015). Afinal, a sentença que rejeita os embargos monitorios confirma a decisão que, no limiar do processo, havia deferido a expedição de mandado de cumprimento (decisão esta que, a nosso ver, é uma variação das formas de tutela de evidência a que se refere o art. 311 do CPC/2015).

Em caso de procedência dos embargos, a ação monitoria será extinta, impedindo-se a formação do título executivo, todavia, em caso de improcedência, restará liberada a eficácia executiva do mandado monitorio (agora executivo), o que habilita o seu cumprimento (ELIAS, 2015, p. 1105).

Além da hipótese de improcedência dos embargos, caso o réu não cumpra o mandado e não apresente defesa, será constituído, de pleno direito, o título executivo judicial, independentemente de qualquer formalidade (CPC, art. 701, § 2.º). A propósito, Elias (2015, p. 1102) aduz que “por equívoco, o § 2º faz menção apenas à falta de pagamento, mas a constituição do título dar-se-á pelo não cumprimento (e não oposição de embargos) qualquer que seja o tipo de obrigação descumprida pelo réu”.

Em relação aos embargos parciais, Medina (2016, p.1015) afirma que “constituir-se-á o título executivo em relação à parcela não impugnada, prosseguindo o procedimento em

relação à parte embargada“. E nesse caso, os embargos poderão ser em autos apartados, por critério do juiz, conforme o disposto no § 7.º do art. 702.

Nesse sentido, Elias (2015, p. 1105) menciona que “o reconhecimento parcial do pleito do autor da ação monitória enseja a formação imediata do título executivo relativo à parcela não embargada, habilitando a tomada dos correspondentes atos de cumprimento”. Assim, prosseguirá o processamento dos embargos apenas na parte embargada.

A partir daí, o título executivo forma-se *ope legis*, sendo desnecessária qualquer formalidade adicional, não havendo sentença que julgue procedente o pedido, após a inércia do réu, tratando-se de um título executivo “complexo” (MEDINA, 2016, p. 1013). A decisão deverá ser fundamentada, mesmo que brevemente, afinal, “essas informações podem vir a ser úteis se a decisão for, no futuro, objeto de ação rescisória” (ELIAS, 2015, p. 1102).

5 ESTABILIDADE DO MANDADO MONITÓRIO NÃO EMBARGADO

Até 2015, a doutrina majoritária possuía o entendimento de que a decisão que declara a conversão do mandado monitório não embargado em título executivo judicial seria acobertada apenas por preclusão, e não por coisa julgada. Afinal, existe apenas cognição sumária nesse caso, diante da não oposição dos correspondentes embargos, conforme explica Vasconcelos (2016, p. 1694):

Toda a cognição nessa oportunidade será realizada com base em juízo de probabilidade e cognição não exauriente. A cognição exauriente somente será cabível por ocasião da apresentação dos competentes embargos a monitória (art. 702). Não por outro motivo que a doutrina afirmava com base no CPC de 1973 que o juiz fará apenas um juízo de admissibilidade do processo monitório.

Nesse sentido, assevera Talamini (2001, p. 93) que:

A decisão que concede a tutela monitória é proferida logo no início do processo. Mesmo na hipótese de não serem interpostos os embargos, tal decisão inicial não encerra o processo (nem sua primeira fase cognitiva): a própria citação (aperfeiçoamento da “relação processual”, com a formação integral do processo) lhe é posterior. Portanto, e já por isso, não há de se falar em coisa julgada material da decisão concessiva de mandado não embargado.

Para o autor, trata-se de preclusão, mesmo que se tenha estabelecido prazo peremptório para a apresentação de embargos, porquanto “fixação de prazo para a prática de ato processual não significa que sua inobservância acarrete necessariamente coisa julgada” (TALAMINI, 2001, p.96).

Com o CPC de 2015, dúvidas surgiram a respeito, especialmente em virtude de o art. 701, § 3.º prever cabimento de ação rescisória, no prazo de dois anos, contra o mandado monitório não embargado. Com efeito, “o art. 701, §3º deu novas cores à celeuma, ao prever que a ação rescisória é o único modo de desconstituir a formação do título executivo judicial” (SICA, 2016, p. 148).

A partir da nova previsão legislativa, parte da doutrina passou a sustentar que a decisão que declara convertido em título executivo judicial o mandado monitório não embargado passa a ser acobertada pela coisa julgada. Nesse sentido, Elias (2015, p. 1102) assevera que:

Inovação relevante trazida pelo CPC/2015 foi a possibilidade de a decisão ser objeto de ação rescisória, o que indiretamente impõe o reconhecimento de que seus efeitos – e não os efeitos do mandado, que tem o potencial de constituir título executivo – ficam acobertados pela coisa julgada material, não obstante a cognição ter se realizado de modo sumário.

Em sentido semelhante, Silva (2016, p. 53) entende que a coisa julgada, no caso, está embasada em “cognição exauriente *secundum eventum defensionis*, decorrente de ficção legal”, o que, segundo o autor, justifica a rescindibilidade do título, prevista no artigo 966 do CPC/2015. Ainda, continua o autor (SILVA, 2016, p. 53):

Como a coisa julgada sempre se vincula com a cognição exauriente, é necessário concluir, em atenção ao direito positivo, que o provimento que constitui o título executivo não é proferido com fundamento em cognição sumária. Contudo, o caráter exauriente da cognição decorre da omissão do réu em opor embargos.

A seu turno, Sica (2016, p. 148) reconhece que “ao limitar a impugnação por parte do réu quanto ao mandado monitório não embargado, o legislador conferiu à situação um grau de estabilidade que se assemelha ao da coisa julgada”. Apesar disso, explica o autor que (SICA, 2016, p. 147):

Nem a decisão que determina a expedição do mandado monitório, tampouco a decisão que o reconhece convertido ante a omissão do réu em embargar podem ser consideradas decisões de mérito, tal como previstas no art. 487. E, de fato, é inviável que se reconheça nelas aptidão para gerar coisa julgada material, formada exclusivamente sobre as decisões de mérito (art. 502).

Nessa mesma linha, Medina (2016, p. 1013/1014) assevera que a despeito do disposto no § 3.º do art. 701 do CPC/2015, a decisão proferida liminarmente pelo juiz “não corresponde a uma decisão de procedência do pedido (de mérito), e não tem aptidão de formar

coisa julgada material”. Isso porque, segundo o autor “a coisa julgada diz respeito apenas a decisões de mérito (art. 502 do CPC/2015). A circunstância de caber, no caso, ação rescisória, não conduz a entendimento diverso” (MEDINA, 2016, p. 1013/1014).

Ainda a propósito, observa Toscan (2015, p. 225) que:

[...] e prevista, em contrapartida, a possibilidade de a coisa julgada material automaticamente alcançar as decisões que resolvam questões prejudiciais (CPC/2015, art. 503, § 1.º), essa autoridade permanece sem encobrir o mandado monitório não embargado, mormente diante da exigência, nos moldes do sistema italiano, de que para tanto tenha a seu respeito havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia (CPC/2015, art. 503, § 1.º, II).

Isto porque se trata de decisão terminativa, a qual não aprecia o mérito da demanda, para além de desconsiderar os pressupostos constantes no art. 503, § 1.º, inc. II, do CPC, segundo os quais o provimento deve estar embasado em cognição exauriente.

E prossegue a autora, explicando que o cabimento de ação rescisória não é determinante, na hipótese, para a caracterização de coisa julgada, porquanto (TOSCAN, 2015, p. 225/226):

[...] são rescindíveis, além do mandado monitório não embargado (CPC/2015, art. 701, *caput* e §§ 2.º e 3.º), as sentenças e decisões parciais de mérito transitadas em julgado (CPC/2015, art. 966, *caput*), como também aquelas que, embora não sejam de mérito, impeçam nova propositura da demanda ou a admissibilidade do recurso correspondente (CPC/2015, art. 966, § 2.º). Ou seja: há também decisões não acobertadas por coisa julgada material passíveis de impugnação pela via rescisória.

Ademais, Toscan (2015, p. 225) explica que embora a impossibilidade de rediscussão do título remeta à eficácia negativa da coisa julgada, não há como se possa conferir ao mandado monitório não embargado a eficácia positiva dessa estabilização, o que contribui para ratificar sua não conformação nesse caso.

Por outro lado, a decisão em alusão também não é estabilizada por simples preclusão, especialmente por conta dos efeitos extraprocessuais que produz, conforme explica Toscan (Texto Inédito, gentilmente cedido pela autora):

[...] é igualmente inviável seu enquadramento no conceito de preclusão, diante dos efeitos extraprocessuais que produz, inviabilizando a rediscussão da questão em processo posterior, os quais somente serão afastados, como dito, mediante o manejo de ação rescisória.

Verifica-se, portanto, a partir do exposto, que a natureza jurídica da estabilização do mandado monitório não embargado não pode ser reconduzida às estabilidades já consagradas

– preclusão ou coisa julgada. Trata-se, pelas razões expostas, de um instituto autônomo, fundado em cognição sumária, porém com efeitos extraprocessuais que apenas serão repelidos por meio de ação rescisória.

6 CONCLUSÃO

Conforme se pode verificar ao longo deste artigo, os embargos monitórios constituem importante instituto processual civil. Suas notáveis particularidades causam, como visto, controvérsias na seara da doutrina, passíveis de serem refletidas na jurisprudência, o que constitui fator com grande potencial para fomentar insegurança jurídica.

Após a análise dos institutos da coisa julgada e da preclusão, verificamos que não lhes é reconduzível a estabilidade que recobre a decisão que converte em título executivo judicial o mandado monitório não embargado, tratando-se, na verdade, de um instituto autônomo, fundado – ao contrário da coisa julgada – em cognição sumária, porém com efeitos – diversamente da preclusão – extraprocessuais, que apenas serão repelidos por meio de ação rescisória.

Por essas razões, a estabilidade em questão deve ser compreendida com a consciência de que não se adaptará de forma precisa aos institutos já consagrados, sendo desnecessárias construções teóricas dedicadas a enquadrá-la precisamente nesses contornos.

7 REFERÊNCIAS

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas**. Salvador: JusPodivm, 2013.

CABRAL, Antônio do Passo. **Coisa julgada e preclusões dinâmicas: primeiras críticas à formulação convencional da coisa julgada e das preclusões**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. v. 1, 19. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Coisa Julgada inconstitucional: a retroatividade da decisão (in) constitucional do STF sobre a coisa julgada; a questão da relativização da coisa julgada**. 3. ed. São Paulo: RT, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo código de processo civil comentado: com remissões e nota comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: RT, 2016.

_____. **Direito processual civil moderno**. 2 ed. rev. anual. e ampl. São Paulo: RT, 2016.

NIEVA FENOLL, Jordi. **Coisa julgada**. In: ARRUDA ALVIM, Netto (orient. cient.); ARRUDA ALVIM, Teresa; Talamini, Eduardo (coord.). Coleção Liebman. São Paulo: RT, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. In: ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. XX: artigos 674 ao 718. São Paulo: RT, 2016.

SILVA, Ricardo Alexandre da. **Limites objetivos da coisa julgada e questões prejudiciais**. 208 f. (Tese de Doutorado). Universidade Federal do Paraná. Faculdade de Direito. Curitiba. 2016.

TALAMINI, Eduardo. **Coisa julgada e sua revisão**. São Paulo: RT, 2005.

_____. **Tutela monitoria**: ação monitoria – Lei 9.079/95. In: ARRUDA ALVIM, Teresa; Talamini, Eduardo (coord.). Coleção Liebman. São Paulo: RT, 2001.

TOSCAN, Anissara. **Preclusão processual civil**: estática e dinâmica. In: ARRUDA Alvin (orient.) Coleção Liebman. São Paulo: RT, 2015.

_____. **Estabilidade processual**: segurança jurídica para além da coisa julgada e da preclusão. Texto inédito, gentilmente cedido pela autora.

TUCCI, José Rogério Cruz e. In: MARINONI, Luiz Guilherme (dir.); ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel (coord.). **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. VIII: artigos 485 ao 538. São Paulo: RT, 2016.

VASCONCELOS, Ricardo; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. ..[et al.]. **Breves comentários ao novo código de processo civil**. 2. Ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2016.

**Submetido em 17 jan. 2019. Aceito em 16 mai. 2019.*



A INSTABILIDADE DO REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES

Francisco Jose Guimaraes Peixoto*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Servidor Público; 3. Regime Jurídico dos Servidores Públicos; 4. Artigo 39 da CF/88 e a Emenda Constitucional nº 19/98; 5. ADI nº 2.135; 6. Conclusão; 7. Referências.

RESUMO

Devido à modificação do regime jurídico único dos servidores da Administração Pública Direta, das autarquias e das fundações públicas, expresso no artigo 39 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que houve por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998 a qual deixou um grande rastro de polêmicas, dentre estas, a possibilidade de se mitigar a relação entre o servidor e a Administração com a adoção do regime celetista. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, por meio de uma concessão de cautelar com efeitos *ex nunc* datado de 02 de agosto de 2007, ADI 2.135, suspendeu a eficácia de tal Emenda.

Palavras-Chave: Regime Jurídico Único. Artigo 30 da CF/88. Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998.

ABSTRACT

Due to the modification of the unique legal regime of the civil servants of the Direct Public Administration, municipalities and public foundations, expressed in Article 39 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988's, which was through Constitutional Amendment N°. 19 of June 4th, 1998, which left a great trail of controversy, among them, the possibility of mitigating the relationship between the server and the Administration with the adoption of the scheme celetista. However, the Supreme Federal Court, by means of an ex ante injunction with effect dated August 2nd, 2007, ADI 2.135, suspended the effectiveness of such Amendment.

Keywords: Unified Legal System. Article 30 of CF/88. Constitutional Amendment No. 19, June 4th, 1998.

1 INTRODUÇÃO

Antes de adentrar ao cerne da questão, necessário se faz saber o que é regime jurídico dos servidores públicos, questão esta abordada em tópico específico, mas que exige neste momento um conceito básico para não perder a linha de raciocínio. Nesse diapasão pode-se

* Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza - UNIFOR. Advogado. E-mail: franzeguimaraes@yahoo.com.br.

dizer que é o conjunto de princípios e regras referentes a direitos e deveres dos servidores públicos, além das demais normas que regem a sua vida funcional.

A forma, ou melhor, a lei que reúne estas regras é denominada de Estatuto, assim o regime jurídico passa a ser chamado de regime jurídico estatutário, tendo este último como característica, a regulamentação de certas pessoas que tem algo em comum com a Administração Pública.

No âmbito de cada ente político (União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios) há um Estatuto. Há exemplo, no âmbito federal temos a lei de nº 8.112 de 11 de dezembro de 1990, com suas alterações, a qual trata sobre o regime jurídico estatutário, aplicável aos servidores públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais, ocupantes de cargos públicos.

Antes da Constituição de 1988, não havia dispositivo constitucional determinando a obrigatoriedade de se adotar, pelos entes públicos, regime jurídico único, apesar da Constituição de 1967 já determinar a exigência de concurso público.

Originariamente, a Constituição Federal de 1988 havia estabelecido que fosse aplicado aos entes federativos um regime jurídico único para todas as suas contratações, ou seja, o ente público escolheria apenas uma forma de regime, estatutário ou celetista. Posteriormente, a Emenda Constitucional nº 19/98 flexibilizou tal exigência, estabelecendo a possibilidade de adoção de regime estatutário ou celetista comitadamente desde que expresso em lei e no edital de concurso do cargo a ser provido, mas foi restabelecido o disposto anteriormente após a apreciação da ADI 2.135.

Atualmente a regulamentação do regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais é realizada, no Brasil, pela Lei Federal nº 8.112/1990. Não estão incluídos no regime jurídico estabelecido por essa lei os empregados públicos federais que são regulados pelos ditames da Consolidação das Leis do Trabalho e da Lei Federal nº 9.962/2000.

Ressalve-se que a partir da Constituição Federal de 1988, ambos os regimes devem respeitar algumas regras constitucionalmente estabelecidas, como, por exemplo: todos os admitidos pelo empregador público devem estar sujeitos a um processo seletivo ou concurso público.

Assim, no Brasil existem os chamados servidores estatutários (no âmbito da União, são vinculados ao regime da Lei Federal nº 8.112/90) e os chamados servidores celetistas (que obedecem à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT).

Todavia, tendo em vista a concessão de cautelar com efeitos *ex nunc* na data de 2 de

agosto de 2007 na ADI 2.135, que suspendeu a eficácia da EC 19 na parte em que modifica o *caput* do Art. 39 da CF/1988 por violação ao Art. 60, II, da CF/1988 (vício de iniciativa), o Regime Jurídico Único foi restabelecido.

2 SERVIDOR PÚBLICO

Ensina Gasparini (2007) que os agentes públicos, na sistemática constitucional, podem ser classificados em agentes políticos, agentes temporários, agentes de colaboração, agentes militares, servidores governamentais e servidores públicos. Dessa afirmativa, podemos dizer que o termo servidor público é espécie do gênero agente público.

Todo agente público vincula-se ao estado através da investidura, sendo a forma usual a nomeação por decreto ou portaria, de acordo com Hely Lopes Meireles (2003, p. 80-81), transcrito logo abaixo:

Todo *agente público* vincula-se ao Estado por meio de ato ou procedimento legal a que se denomina *investidura*, variável na forma e nos efeitos, segundo a natureza do cargo, do emprego, da função ou do mandato que se atribui ao investido.

[...]

A forma usual desta investidura é a nomeação, por decreto ou portaria, mas admite, também, a admissão, a designação, a contratação e a eleição administrativa, nos termos regulamentares, regimentais ou estatutárias.

Servidor público é todo aquele que exerce atividade funcional na administração estatal. Sendo uma designação geral, engloba todos aqueles que mantêm vínculos de trabalho com entidades governamentais, integrados em cargos ou empregos das entidades político-administrativas, bem como em suas respectivas autarquias e fundações de direito público, ou ainda, é uma definição a todo aquele que mantém um vínculo empregatício com o Estado, e seu pagamento provém da arrecadação pública de impostos, sendo sua atividade chamada de "Típica de Estado", geralmente é originário de concurso público, pois é defensor do setor público, que é diferente da atividade do político, detentor de um mandato público.

Segundo o Art. 327 do Código Penal brasileiro assim define o funcionário ou servidor público:

Considera-se funcionário ou servidor público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego, serventia ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

A expressão funcionário público não é empregada na Constituição Federal de 1988, devido ao regime contratual celetista que assemelha ao empregado privado, que preferiu empregar a designação "servidor público" e "agente público" para referir os trabalhadores do Estado. Agente público é a designação mais abrangente: alcança os agentes políticos, os servidores públicos e os particulares em atuação colaboradora. Os servidores públicos são referidos como categoria de agentes públicos: são os agentes permanentes, profissionais, a serviço da Administração Pública.

No Código Penal brasileiro, contudo, há referência a funcionário público, que tem abrangência maior que a do servidor público. Um mesário, por exemplo, ao exercer uma função pública (ajudar no processo eleitoral), é funcionário público (em relação aos atos praticados como mesário), apesar de ter uma função pública transitória e não remunerada.

Existem atualmente, com base nas premissas ora relatadas e do regime constitucional atual, duas 'subespécies' de servidor público, o servidor público estatutário e o servidor público celetista.

Dessa feita, servidor estatutário é espécie do gênero servidor público os quais guardam as mesmas características que qualificam o gênero. De acordo com Gasparini (2007), servidores estatutários são aqueles que se ligam, sob um regime de dependência, à Administração Pública direta, às autarquias e às fundações públicas, mediante um vínculo de natureza institucional para lhes prestar trabalho de natureza profissional e perene, titularizando cargos de provimento efetivo ou de provimento em comissão.

Já cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades que devem ser cometidas a um servidor. São criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão. É proibida a prestação de serviços gratuitos, salvo os casos previstos em lei.

3 REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Como retratado em linhas atrás, o regime jurídico dos servidores públicos é o conjunto de princípios e regras referentes a direitos e deveres, além das demais normas que regem a sua vida funcional.

Sobre o conceito de servidor público, Gasparini (2007, p.291) assevera:

A locução em apreço comporta, pelo menos, três sentidos: o orgânico, o material e o

formal. Em sentido orgânico, também chamado subjetivo, o serviço público é um complexo de órgãos, agentes e recursos da Administração Pública, destinados à satisfação das necessidades dos administrados. Equivalente, pois, a um organismo ou parte do aparelho estatal com tal precípua finalidade. Em sentido material, também designado objetivo, o serviço público é uma função, uma tarefa, uma atividade da Administração Pública, destinadas a satisfazer necessidades de interesse geral dos administrados. Em sentido formal, serviço público é a atividade desempenhada por alguém (Poder Público ou seus delegados), sob regras exorbitantes do Direito Comum, para a satisfação dos interesses dos administrados. É a submissão de certa atividade a um regime de Direito Público.

Como é sabido, cada ente político (União, os estados, o Distrito Federal e os municípios) utiliza-se de um estatuto para regular a atividade de seus servidores. Há exemplo, no âmbito federal temos a lei de nº 8.112 de 11/12/1990, com suas alterações, a qual trata sobre o regime jurídico Estatutário, aplicável aos servidores públicos civis da União, das autarquias e fundações públicas federais, ocupantes de cargos públicos.

Alguns doutrinadores quando retratam sobre esta matéria, põem a nomenclatura de “regime jurídico administrativo”, para vincular o regime à Administração Pública e não a outro. Dessa forma a palavra regime jurídico administrativo abrange não somente aos servidores, mas a toda Administração Pública. Marçal Justen Filho (2005, p.48) tem a seguinte definição:

O regime jurídico de direito público consiste no conjunto de normas jurídicas que disciplinam o desempenho de atividades e de organizações de interesse coletivo, vinculadas direta ou indiretamente à realização dos direitos fundamentais, caracterizado pela ausência de disponibilidade e pela vinculação à satisfação de determinados fins.

Carvalho Filho (2008) entende que regime jurídico é o conjunto de regras de direito que regulam determinada relação jurídica. No ordenamento jurídico brasileiro temos os seguintes regimes: Estatutário e Celetista (Trabalhista).

Servidores públicos estatutários são tantos os servidores efetivos, aprovados em concurso, quanto os servidores comissionados ou de provimento em comissão, de natureza provisória e caracterizado pela confiança, todos regido por um estatuto.

Já o celetista ou empregado público é aquele contratado pela Administração Pública com base na Consolidação das Leis do Trabalho.

4 ARTIGO 39 DA CF/88 E A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 19/98

Uma emenda constitucional tem por objetivo permitir modificações pontuais na Constituição de um país, sem a necessidade de abolir toda a Constituição vigente e construir uma Constituição inteiramente nova.

No mundo moderno, o mecanismo de emenda constitucional foi explicitamente criado pela Constituição da Pensilvânia de 1776, mas foi consagrada como uma inovação da Constituição dos Estados Unidos, aprovada em 17 de setembro de 1787, em vigor desde 21 de junho de 1788, sendo posteriormente adaptada por muitos outros países.

As emendas à Constituição brasileira têm a mesma força hierárquica das normas constitucionais originária (quando da criação de uma Constituição), uma vez que são elaboradas segundo os comandos traçados pelo legislador originário.

Caso haja respeito ao procedimento e as limitações impostas pelo poder constituinte originário, a emenda constitucional ingressará no ordenamento jurídico com a mesma posição hierárquica das demais normas constitucionais originárias.

Com efeito, por serem as emendas constitucionais resultante do poder constituinte derivado, e não do poder constituinte originário, sofrem elas limitações de ordem material, circunstancial e processual, previstas no art. 60 da Constituição federal de 1988. Assim, se qualquer dessas limitações for desrespeitada, a emenda constitucional incorrerá em inconstitucionalidade, devendo ser retirada do ordenamento jurídico, segundo as regras do controle de constitucionalidade.

Desta forma foi feito, ou melhor, foi criada a Emenda Constitucional n.º 19 e posteriormente objeto de controle de constitucionalidade pela Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI n.º 2.135, conforme trataremos logo abaixo.

Originariamente, a Constituição federal havia estabelecido que fosse aplicado aos entes federativos um regime jurídico único para todas as suas contratações. Posteriormente, a Emenda Constitucional n.º 19 flexibilizou tal exigência, estabelecendo a possibilidade de adoção de regime estatutário ou celetista, mas foi restabelecido o disposto anteriormente, após a apreciação da ADI n.º 2.135.

Na sua forma original o texto do art. 39 da Constituição federal de 1988 tinha a seguinte redação:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão, no âmbito de sua competência, regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas.
§ 1º A lei assegurará, aos servidores da administração direta, isonomia de vencimentos para cargos de atribuições iguais ou assemelhados do mesmo Poder ou entre servidores dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ressalvadas as

vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho.

§ 2º Aplica-se a esses servidores o disposto no art. 7º, IV, VI, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII, XXIII e XXX.

Com a Emenda Constitucional nº 19/98, o texto do art. 39 da Constituição federal de 1988 passou a ter a seguinte dicção:

Art. 39. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes.

§ 1º A fixação dos padrões de vencimento e dos demais componentes do sistema remuneratório observará:

I – a natureza, o grau de responsabilidade e a complexidade dos cargos componentes de cada carreira;

II – os requisitos para a investidura;

III – as peculiaridades dos cargos.

§ 2º A União, os Estados e o Distrito Federal manterão escolas de governo para a formação e o aperfeiçoamento dos servidores públicos, constituindo-se a participação nos cursos um dos requisitos para a promoção na carreira, facultada, para isso, a celebração de convênios ou contratos entre os entes federados.

§ 3º Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no artigo 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

§ 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto

no artigo 37, X e XI.

§ 5º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios poderá estabelecer a relação entre a maior e a menor remuneração dos servidores públicos, obedecido, em qualquer caso, o disposto no artigo 37, XI.

§ 6º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário publicarão anualmente os valores do subsídio e da remuneração dos cargos e empregos públicos.

§ 7º Lei da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios disciplinará a aplicação de recursos orçamentários provenientes da economia com despesas correntes em cada órgão, autarquia e fundação, para aplicação no desenvolvimento de programas de qualidade e produtividade, treinamento e desenvolvimento, modernização, reaparelhamento e racionalização do serviço público, inclusive sob a forma de adicional ou prêmio de produtividade.

§ 8º A remuneração dos servidores públicos organizados em carreira poderá ser fixada nos termos do § 4º.

O regime jurídico único estabelecia regras de observância obrigatória para a União, estados, Distrito Federal e municípios quanto ao regime dos servidores ocupantes de cargos efetivos e comissionados, cuja iniciativa de lei caberia ao chefe do Poder Executivo.

Com a promulgação da EC 19/98, eliminou-se a exigência do regime jurídico único e dos planos de carreira para os servidores da Administração Pública, das autarquias e

fundações públicas, mas através da “liminar” concedida na ADI nº 2.135, esse instituto foi restabelecido como exigência à Administração Pública.

Segundo Juarez Freitas (1999, p.19) “desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 19/98, o regime jurídico do servidor público passou a não ser necessariamente único, dada a suspensão da exigência outrora contida no art. 39 da Carta”

Alguns municípios, na vigência da redação do artigo 39, dada pela EC 19/98, adotaram como regime jurídico dos servidores, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), haja vista que não mais existia vedação constitucional para tal e, com a liminar concedida, impedindo a adoção desse regime, questionam-se como ficaria a situação de seus servidores, bem como dos que estão para ser contratados através de concurso público.

Salienta-se que a decisão proferida é uma liminar concedida em ação cautelar e que o mérito deverá ser julgado, decidindo de uma vez por todas se realmente o artigo 39 da Constituição Federal é ineficaz ou não. Por enquanto, sua eficácia está apenas suspensa.

Ao proferir o resultado do julgamento em tela, a presidente do STF na época, ministra Ellen Gracie, esclareceu que a decisão de concessão de liminar tem efeito *ex nunc*, ou seja, passou a valer a partir daquela data. Com isso, toda a legislação editada durante a vigência do artigo 39, caput, com a redação da EC 19/98, continua válida, explicou a ministra, ressaltando que, dessa forma, ficam resguardadas as situações consolidadas, até o julgamento do mérito.

Assim, até que se julgue o mérito da questão, os municípios que adotaram o regime da CLT para seus servidores, durante a vigência do artigo 39, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19/98, podem continuar a utilizar essa normativo, inclusive para as novas contratações.

5 ADI Nº 2.135

Nas palavras de Vicente Paulo (2005), a ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica, é a ação típica do controle abstrato brasileiro, tendo como escopo a defesa da ordem jurídica, pela apreciação da constitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, com base nas normas e princípios constitucionais vigentes.

Na ADI, a inconstitucionalidade da lei é declarada em tese, já que seu objeto é justamente o exame da validade da lei em si. Tal ação é exercida perante o Supremo Tribunal Federal - STF. A ação direta de inconstitucionalidade é regulamentada pela Lei nº 9.868/99.

O poder de ajuizar essa ação, chamado de legitimação, é dado pelos incisos I a IX do artigo 103 da Constituição Federal de 1988. São eles: o presidente da República; o Procurador Geral da República; os Governadores dos Estados e o Governador do Distrito Federal; as mesas (órgãos administrativos) da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Câmara Legislativa do Distrito Federal; a Mesa de Assembleia Legislativa; Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); Entidades de Classe de Âmbito Nacional e Confederações Sindicais.

Diferentemente das decisões proferidas em outros processos judiciais, nos quais a o efeito da decisão proferida dirige-se, em regra, apenas às partes que dele participaram, a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade alcança quem não participou do processo onde ela foi proferida. A isso a doutrina denomina de efeito *erga omnes*.

Outros efeitos decorrentes de decisões proferidas em ADI são os chamados efeitos retroativo, ou *ex tunc*; e irretroativo, prospectivo, ou *ex nunc*.

Ocorre, ainda, o chamado efeito vinculante, através do qual ficam submetidas à decisão proferida em ADI, os demais órgãos do Poder Judiciário e as Administrações Públicas federal, estadual, distrital e municipal (§ único do art. 28 da Lei nº 9.868/99).

No dia 02 de agosto de 2000, o Supremo Tribunal Federal concedeu liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 2.135 impetrada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), Partido Democrático Trabalhista (PDT), Partido Comunista do Brasil (PC do B), e Partido Socialista do Brasil (PSB) contra dispositivos da Emenda Constitucional nº 19/98, para suspender a vigência do caput do artigo 39 da Constituição federal, com redação dada pela referida emenda, passando a vigorar o texto original da Constituição federal promulgada em 1988.

A ação contesta dispositivo que consagra o sistema do regime jurídico único e planos de carreira para os servidores da administração pública direta, das autarquias e das fundações públicas, bem como o que estabelece que na hipótese de reintegração de servidor, o eventual ocupante da vaga onde ocorrerá a reintegração há de deter a condição de estável a fim de ser reconduzido ao cargo de origem, aproveitado em outro cargo ou posto em disposição proporcionalmente ao tempo de serviço.

Os partidos impetrantes sustentam que as redações de tais dispositivos estão eivadas de vício formal, embasado no parágrafo 2º do artigo 60 da Constituição federal, *in verbis*:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

[...]

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em

dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

Antes do início da sessão, o relator, ministro Néri da Silveira (hoje aposentado), a ministra Ellen Gracie (hoje aposentada) e os ministros Sepúlveda Pertence (hoje aposentado), Eros Grau (hoje aposentado) e Carlos Ayres Britto (hoje aposentado) já haviam votado para conceder a medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 2135. Os ministros Nelson Jobim (hoje aposentado), Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (hoje aposentado) votaram contra a concessão da liminar.

Na sessão, o ministro Cezar Peluso (hoje aposentado), em seu voto-vista, considerou que o voto do ministro relator, Néri da Silveira, teria dado uma solução correta à controvérsia. Ele ressaltou o fato de que a proposta de alteração do caput do artigo 39 da Constituição federal não foi aprovada pela maioria qualificada (3/5 dos parlamentares ou 308 votos) da Câmara dos Deputados, em primeiro turno, conforme previsto no artigo 60, parágrafo 2º, da própria Constituição.

Pela concessão da liminar votaram, ainda na sessão, os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. Eles confirmaram o fato de que a Emenda Constitucional nº 19/98 teria sido aprovada sem a observância do regime bicameral, ou seja, o texto deveria ter sido analisado tanto pela Câmara dos Deputados quanto pelo Senado Federal.

Dessa forma, por oito votos a três, o Plenário deferiu medida cautelar para suspender o caput do artigo 39 da Constituição Federal, voltando a vigorar a redação anterior à EC nº 19/98 e, por consequência, o Regime Jurídico Único.

O pedido de inconstitucionalidade fora em face do art. 60, §2º da CF – não observância pela EC nº 19/98 do requisito de aprovação em dois turnos de discussão e votação na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, ou seja, ocorreu um vício formal quando da análise da referida PEC – Projeto de Emenda à Constituição.

Quando da votação no plenário do STF, após o relatório e as sustentações orais da tribuna realizados pelo requerente, Partido dos Trabalhadores - PT, e do Advogado-Geral da União, Gilmar Ferreira Mendes (hoje ministro do STF), o Tribunal deliberou suspender a apreciação do processo de pedido de concessão de liminar. Nessa ocasião presidiu o julgamento o ministro Marco Aurélio.

Na continuidade do julgamento, após o voto do ministro Néri da Silveira, Relator, deferindo a medida acauteladora para suspender a eficácia do artigo 39, *caput*, da Constituição Federal, com a redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, em razão do que continuará em vigor a redação original da Constituição, pediu

vista, relativamente a esse artigo, a ministra Ellen Gracie. Em sequência, o Tribunal, por unanimidade, declarou o prejuízo da ação direta quanto ao ataque ao artigo 26 da Emenda Constitucional nº 19/98.

O Tribunal, por unanimidade, indeferiu a medida cautelar de suspensão dos incisos X e XIII do artigo 37, e cabeça do mesmo artigo; do § 1º e incisos do artigo 39; do artigo 135; do § 7º do artigo 169; e do inciso V do artigo 206, todos da Constituição Federal, com a redação imprimida pela Emenda Constitucional nº 19/98. Votou o Presidente, o ministro Marco Aurélio. Relativamente a estes artigos, a ministra Ellen Gracie, esteve ausente, justificadamente, não participando da votação. Após o voto do Relator, indeferindo a medida cautelar quanto ao § 2º do artigo 41 da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 19/98, foi suspensa a apreciação. Ausentes, justificadamente, o ministro Celso de Mello, e neste julgamento, o ministro Nelson Jobim.

Após os votos da ministra Ellen Gracie e do ministro Sepúlveda Pertence, acompanhando o voto do Relator, deferindo a liminar para suspender a eficácia do artigo 39, cabeça, da Constituição nº 19, de 04 de junho de 1998, pediu vista o ministro Nelson Jobim. Não votou o ministro Gilmar Mendes por suceder ao ministro Néri da Silveira, que já proferira voto.

Renovado o pedido de vista do ministro Nelson Jobim, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Nesse momento com a presidência do ministro Maurício Corrêa.

Na continuidade do julgamento, após o voto do ministro Nelson Jobim (Presidente), que indeferia a liminar, pediu vista dos autos o ministro Ricardo Lewandowski. Ausentes, justificadamente, a ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, os ministros Celso de Mello e Eros Grau.

Após o voto-vista do ministro Ricardo Lewandowski, que acompanhava o voto anteriormente proferido pelo ministro Nelson Jobim, indeferindo a cautelar, e dos votos dos ministros Eros Grau, Joaquim Barbosa e Carlos Britto, deferindo parcialmente a cautelar, acompanhando o voto do Relator, pediu vista dos autos o ministro Cezar Peluso. Não participou da votação a ministra Cármen Lúcia por suceder ao ministro Nelson Jobim que já proferira voto. Ausentes, justificadamente, o ministro Celso de Mello e, neste julgamento, o ministro Gilmar Mendes. Presidência da ministra Ellen Gracie.

O Tribunal, por maioria, vencidos os ministros Nelson Jobim, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa, deferiu parcialmente a medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 39, caput, da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de

junho de 1998, tudo nos termos do voto do relator originário, ministro Néri da Silveira, esclarecido, nesta assentada, que a decisão - como é próprio das medidas cautelares - terá efeitos *ex nunc*, subsistindo a legislação editada nos termos da emenda declarada suspensa. Votou a Presidente, ministra Ellen Gracie, que lavrou o acórdão. Não participaram da votação a ministra Cármen Lúcia e o ministro Gilmar Mendes por sucederem, respectivamente, aos ministros Nelson Jobim e Néri da Silveira.

Segue-se logo abaixo a ementa da medida cautelar que fora julgado pelo pleno do Supremo Tribunal Federal em 02 de agosto de 2007, publicado no Diário da Justiça em 07 de março de 2008, sendo que até a presente data nada foi julgado referente ao mérito da controvérsia, estando o processo concluso a atual Relatora ministra Cármen Lúcia:

MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PODER CONSTITUINTE REFORMADOR. PROCESSO LEGISLATIVO. EMENDA CONSTITUCIONAL 19, DE 04.06.1998. ART. 39, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REGIME JURÍDICO ÚNICO. PROPOSTA DE IMPLEMENTAÇÃO, DURANTE A ATIVIDADE CONSTITUINTE DERIVADA, DA FIGURA DO CONTRATO DE EMPREGO PÚBLICO. INOVAÇÃO QUE NÃO OBTVEU A APROVAÇÃO DA MAIORIA DE TRÊS QUINTOS DOS MEMBROS DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANDO DA APRECIÇÃO, EM PRIMEIRO TURNO, DO DESTAQUE PARA VOTAÇÃO EM SEPARADO (DVS) Nº 9. SUBSTITUIÇÃO, NA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA LEVADA A SEGUNDO TURNO, DA REDAÇÃO ORIGINAL DO CAPUT DO ART. 39 PELO TEXTO INICIALMENTE PREVISTO PARA O PARÁGRAFO 2º DO MESMO DISPOSITIVO, NOS TERMOS DO SUBSTITUTIVO APROVADO. SUPRESSÃO, DO TEXTO CONSTITUCIONAL, DA EXPRESSA MENÇÃO AO SISTEMA DE REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RECONHECIMENTO, PELA MAIORIA DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DA PLAUSIBILIDADE DA ALEGAÇÃO DE VÍCIO FORMAL POR OFENSA AO ART. 60, §2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RELEVÂNCIA JURÍDICA DAS DEMAIS ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL REJEITADA POR UNANIMIDADE.

1. A matéria votada em destaque na Câmara dos Deputados no DVS nº 9 não foi aprovada em primeiro turno, pois obteve apenas 298 votos e não os 308 necessários. Manteve-se, assim, o então vigente caput do art. 39, que tratava do regime jurídico único, incompatível com a figura do emprego público.
2. O deslocamento do texto do § 2º do art. 39, nos termos do substitutivo aprovado, para o caput desse mesmo dispositivo representou, assim, uma tentativa de superar a não aprovação do DVS nº 9 e evitar a permanência do regime jurídico único previsto na redação original suprimida, circunstância que permitiu a implementação do contrato de emprego público ainda que à revelia da regra constitucional que exige o quorum de três quintos para aprovação de qualquer mudança constitucional.
3. Pedido de medida cautelar deferido, dessa forma, quanto ao caput do art. 39 da Constituição Federal, ressalvando-se, em decorrência dos efeitos *ex nunc* da decisão, a subsistência, até o julgamento definitivo da ação, da validade dos atos anteriormente praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência do dispositivo ora suspenso.
4. Ação direta julgada prejudicada quanto ao art. 26 da EC 19/98, pelo exaurimento do prazo estipulado para sua vigência.
5. Vícios formais e materiais dos demais dispositivos constitucionais impugnados, todos oriundos da EC 19/98, aparentemente inexistentes ante a constatação de que as mudanças de redação promovidas no curso do processo

legislativo não alteraram substancialmente o sentido das proposições ao final aprovadas e de que não há direito adquirido à manutenção de regime jurídico anterior.

6. Pedido de medida cautelar parcialmente deferido.

Apesar do tempo que já transcorreu da decisão cautelar até os dias de hoje, pelo que se evidencia da pauta do atual STF, a matéria objeto do presente trabalho não se encontra dentre as metas, de curto prazo, pautadas para julgamento por esta suprema corte.

6 CONCLUSÃO

Após a análise dos pontos previstos para a consecução deste trabalho em relação às modificações introduzidas ao art. 39 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/98, percebe-se que convive no Brasil diversas subdivisões da categoria dos servidores públicos e muitas peculiaridades variam em face do regime jurídico que incide sobre as respectivas relações do trabalho.

Mas, antes de por um fim a este trabalho, necessário se faz lembrar que a Súmula 390 (DJ 20,22 e 25/04/05) do TST - Tribunal Superior do Trabalho afastou as condições impostas pela CF/88, em seu art. 19 do ADCT, e pela CLT, que premiava os servidores da administração direta autárquica e fundacional com a desejada estabilidade apenas em condições excepcionais ou, ainda, com a estabilidade temporária (provisória), ou seja, o servidor público celetista da administração pública direta, autárquica ou fundacional é beneficiária da estabilidade prevista no art. 41 da CF/88.

Já para os empregados de empresa pública ou de sociedade de economia mista, ainda que admita mediante a aprovação em concurso público não é garantida a estabilidade prevista no art. 41 da CF/88.

Por fim, o Regime Jurídico Único existiu até o advento da Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/98. A partir de então é possível à admissão de pessoal ocupante de emprego público, regido pela CLT, na Administração federal direta, nas autarquias e nas fundações públicas; por isto é que o regime não é mais um só, ou seja, não é mais único.

No âmbito federal, a Lei nº 9.962, de 22 de fevereiro de 2000, disciplina o regime de emprego público do pessoal da Administração federal direta, autárquica e fundacional, dispondo. O pessoal admitido para emprego público terá sua relação de trabalho regida pela CLT (art.1º, caput).

Leis específicas disporão sobre a criação de empregos, bem como sobre a transformação dos atuais cargos em empregos. Vedou que se submeta ao regime de emprego

público os cargos públicos de provimento em comissão, bem como os servidores regidos pela lei 8.112/90, às datas das respectivas publicações de tais leis específicas (§2º).

Com base em tudo que foi apresentado, procurou-se mostrar ao máximo quais foram às modificações trazidas pela Emenda 19/88 a qual alterou o seu art. 39 de nossa Constituição. Sendo a escolha de tal tema, com fulcro em um objetivo maior, a de fomentar a matéria no meio jurídico, servindo tal artigo científico como material base ou parâmetro para novas pesquisas na área.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Palácio do Planalto. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 10 de junho de 2018.

_____. Palácio do Planalto. **Emenda Constitucional nº 19/98**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm>. Acesso em 10 de junho de 2018.

_____. Palácio do Planalto. **Lei nº 8.112/90**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em 10 de junho de 2018.

_____. Palácio do Planalto. **Lei nº 9.962/2000**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/L9962.htm>. Acesso em 10 de junho de 2018.

_____. Palácio do Planalto. **Decreto-Lei nº 2.848/40**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 10 de junho de 2018.

_____. Palácio do Planalto. **Lei nº 9.868/99**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em 10 de junho de 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 390 do TST**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-390>. Acesso em 10 de junho de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 2.135/2000**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11299>>. Acesso em 10 de junho de 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FILHO, Marçal Justen Filho. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

FREITAS, Juarez. O regime do servidor estável e as reformas constitucionais (Emendas 19 e 20/98). **Revista Interesse Público**. Porto Alegre, ano 1, jan./mar., p.19-30,1999.

GASPARINE, Diogenes. **Direito administrativo**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PAULO, Vicente. **Aulas de Direito Constitucional**. 4. ed. Niteroi: Impetus, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

VADE MECUM. **Acadêmico de direito**. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2009: CD-ROM.

**Submetido em 03 mar. 2019. Aceito em 02 jun. 2019.*



O PAPEL DO SENADO FEDERAL NO CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE BRASILEIRO

Gabriel Victor Nogueira Marques*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O controle de constitucionalidade; 2.1. As classificações do controle de constitucionalidade; 2.1.1. Classificação quanto ao momento; 2.1.2. Classificação quanto ao órgão de controle; 2.1.3. Classificação quanto à via de controle; 3. O controle concentrado de constitucionalidade; 4. O controle difuso de constitucionalidade; 5. Os efeitos da decisão em sede de controle difuso e o papel do Senado Federal; 6. A perspectiva de mutação constitucional do art. 52, X da Constituição federal de 1988; 7. Críticas à tese de mutação constitucional; 8. Conclusão; 9. Referências bibliográficas.

RESUMO

O controle de constitucionalidade adotado no Brasil é o jurisdicional misto. Nesse modelo, coexistem o controle concentrado, de origem austríaca, e o controle difuso, de origem norte americana. Os efeitos da decisão em cada controle são distintos. No concentrado, o efeito é vinculante e *erga omnes*, no difuso, para se atingir o mesmo resultado é necessária a atuação do Senado Federal por meio de resolução na forma do art. 52, X da Constituição federal. Nesse contexto, a teoria da abstrativização do controle difuso, sugere uma nova interpretação acerca do papel do Senado Federal no sentido de atribuir-lhe a função de somente dar publicidade as decisões da Suprema Corte. Todavia, a tese de mutação constitucional sem a devida participação do Poder Legislativo viola o princípio da separação dos poderes.

Palavras-chave: Senado Federal. Controle Difuso. Mutação.

ABSTRACT

The constitutionality control adopted in Brazil is the mixed jurisdictional. In this model, the concentrated control, of Austrian origin, and the diffuse control, of North American origin, coexist. The effects of the decision in each control are different. In the concentrate, the effect is binding and *erga omnes*, in diffuse, in order to achieve the same result, the Federal Senate action is necessary through resolution in the form of art. 52, X of the federal Constitution. In this context, the theory of the abstractivization of diffuse control suggests a new interpretation about the role of the Federal Senate in the sense of assigning it the function of only publicizing the decisions of the Supreme Court. However, the thesis of constitutional mutation without the proper participation of the Legislative Branch violates the principle of the separation of branches.

Keywords: Federal Senate. Fuzzy Control. Mutation.

1 INTRODUÇÃO

* Acadêmico de Direito. E-mail: gabrielvictor2050@gmail.com.

O presente trabalho tem por objetivo analisar o papel do Senado Federal no controle difuso de constitucionalidade, assim como o posicionamento apresentado pelo Supremo Tribunal Federal em julgamentos recentes no sentido de admitir a mutação constitucional do art. 52, X da Constituição federal de 1988.

No sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, as decisões tomadas em sede de controle difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal não tem a capacidade de isoladamente produzirem efeitos contra todos. Cabe ao Senado Federal na forma do art. 52, X, suspender a execução da lei inconstitucional por meio de resolução, é a partir desse momento que a decisão produz efeitos *erga omnes*.

Com o intuito de conferir uma nova interpretação à função senatorial e numa clara amplificação dos poderes conferidos ao Supremo Tribunal Federal, surge na doutrina a teoria da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade exercido pela Suprema Corte. Não obstante o seu inicial afastamento pela Corte, essa parece ser a nova tendência a ser seguida pela maioria dos membros da casa.

Por outro lado, tal posicionamento é alvo de críticas por juristas sob o argumento de usurpação de competência e indevida mutação constitucional. É nesse contexto que apresentaremos os argumentos despendidos por ambos os lados.

2 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para Lenza (2018, p.95-96), a partir da teoria de *Hans Kelsen*, a Constituição positivada assume papel de norma de validade de todo o sistema jurídico infraconstitucional. Tal sistema é escalonado, de forma que a norma de hierarquia inferior busca sua validade na norma de hierarquia imediatamente superior, e esta na norma posta acima, até se alcançar o topo do sistema que é a própria Constituição.

Essa hierarquização de normas consagra o princípio da supremacia da Constituição. Dessa forma, as normas de hierarquia inferior devem ser editadas sempre respeitando os limites estabelecidos em nossa carta maior. Nesse sentido, “O princípio da supremacia requer que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e preceitos da Constituição” (SILVA, 2013, p.48).

Com o objetivo de garantir esse princípio, “a ordem jurídica concebeu um conjunto de mecanismos destinados a invalidar e/ou paralisar a eficácia dos atos que contravenham a Constituição, conhecidos como controle de constitucionalidade” (BARROSO, 2015, p.335).

Além da supremacia da Constituição, figura também como pressuposto de funcionamento do controle de constitucionalidade, a existência de uma Constituição rígida, ou seja, aquela que exige um processo legislativo mais complexo para sua alteração quando comparado às demais normas infraconstitucionais. Essa é a classificação da nossa Constituição federal de 1988, como se pode concluir a partir de suas regras específicas previstas no art. 60, que como exemplo citamos: iniciativa de proposta de emenda constitucional restrita a certos entes, votação em dois turnos em cada casa do congresso nacional e quórum de aprovação elevado de 3/5 dos respectivos membros.

2.1 As classificações do controle de constitucionalidade

A doutrina adota diferentes tipos de critérios para classificar os tipos de controle de constitucionalidade. Dentre esses critérios, os mais recorrentes são: quanto ao momento do controle, o repressivo e o posterior; quanto ao órgão de controle, o político e o jurisdicional, quanto ao órgão jurisdicional que exerce o controle, o difuso e o concentrado e quanto a via de controle, a via principal e a via incidental. A seguir abordaremos de forma sucinta cada uma dessas classificações.

2.1.1 Classificação quanto ao momento

No que se refere ao momento de controle da norma, há o controle repressivo que tem por objetivo impedir que normas que contenham vícios penetrem no ordenamento jurídico. Tal controle pode ser exercido no âmbito dos três poderes. Inicialmente, no poder legislativo, por meio dos pareceres das Comissões de Constituição, Justiça e Cidadania em que se analisará se a proposta de lei ou emenda padece de qualquer vício de inconstitucionalidade. Aprovada no Congresso Nacional o projeto de lei, e somente nesse caso, segue para a sanção ou veto do Poder Executivo. Nesse momento, o Presidente poderá exercer o controle preventivo, ao vetar o projeto quando considerá-lo inconstitucional (veto jurídico) ou contrário ao interesse público (veto político). Há, ainda, a possibilidade de o Judiciário exercer o controle preventivo por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar para garantir sua participação em um processo legislativo em conformidade com a Constituição.

Após a conclusão do processo de formação da norma e a sua entrada no ordenamento jurídico, o momento de controle passa a ser o repressivo. No ordenamento jurídico brasileiro, via de regra, o controle repressivo é exercido através do sistema jurisdicional misto em que o

Poder Judiciário por intermédio tanto do controle concentrado e quanto do controle difuso aprecia a constitucionalidade das normas.

Como exceções a essa regra, Lenza (2018, p. 283-286) menciona casos em que o Poder Legislativo e o Poder Executivo exercem o controle repressivo. O primeiro quando o Congresso Nacional de susta os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa e quando apreciar as medidas provisórias editadas pelo Presidente da República na forma dos arts. 49, V e art. 62 da Carta Magna, respectivamente. O segundo se refere a possibilidade do Poder Executivo deixar de aplicar lei que considerar inconstitucional.

2.1.2 Classificação quanto ao órgão de controle

No que diz respeito ao órgão de controle, segundo Barroso (2016, *ebook*) o controle será político quando houver órgão de natureza eminentemente política incumbido da tarefa de zelar pelas normas constitucionais. Como exemplo, podemos citar o caso francês em que o Conselho Constitucional é o órgão político responsável pela guarda da Constituição. Cabe ressaltar ainda os exemplos de controle político em nosso ordenamento citados pelo referido autor, como o exercício do poder de veto (jurídico) pelo chefe do Executivo e a rejeição de projeto de lei considerado inconstitucional pelas comissões de Constituição e Justiça do Congresso Nacional.

Conforme abordado no subtópico anterior, diferente do controle político o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil é o *jurisdicional*. Nesse sistema cabe ao Poder Judiciário dar a palavra final sobre a inconstitucionalidade de qualquer norma. Para tanto, há o controle concentrado, quando um único órgão detém a prerrogativa de exercer o controle constitucional, e o controle difuso quando qualquer juiz ou tribunal pode declarar a inconstitucionalidade.

Considerando a importância e a complexidade do tema, a classificação quanto ao órgão jurisdicional de controle, concentrado e difuso, será aprofundada em tópicos próprios a seguir.

2.1.3 Classificação quanto à via de controle

Ao utilizarmos como critério a via de controle, teremos duas classificações quanto à forma de controle de constitucionalidade. A primeira é definida como controle pela via

incidental ou via de exceção ou defesa, em que a controvérsia constitucional é enfrentada pelo juízo a partir de um caso concreto levado a sua apreciação. Nesse sentido, Lenza (2018,p.293), “Pede-se algo ao juízo, fundamentando-se na inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, ou seja, a alegação de inconstitucionalidade será a *causa de pedir processual*”.

A segunda classificação é denominada controle pela via principal, via abstrata ou via de ação, em que cabe ao juízo apreciar a constitucionalidade não mais por meio de conflito em um caso concreto, mas sim ao confrontar a norma positivada em si com a Constituição. O pedido principal da demanda passar a ser a própria declaração de inconstitucionalidade.

Nas palavras de Cavalcante Filho (2017, p.287), no ordenamento jurídico pátrio é recorrente a associação por um lado, entre controle concentrado e a via abstrata, e por outro, entre controle difuso e via incidental.

3 O CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de concentrado de constitucionalidade tem sua origem na Constituição Austríaca de 1920. Nas lições de Barroso (2016,*ebook*), nesse modelo o controle de constitucionalidade é exercido por meio de órgão especialmente criado para essa função. É conhecido como modelo austríaco de controle, adotado nos tribunais constitucionais europeus.

No ordenamento jurídico pátrio, o controle concentrado tem seus primeiros traços com a introdução da ação direta de inconstitucionalidade interventiva ou representação interventiva, pela Constituição de 1934, tendo como legitimado exclusivo para sua propositura o Procurador Geral da República e como órgão julgador originário o Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, por meio da Emenda Constitucional n. 16, de 26.11.1965, surge no Brasil a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), também de competência originária do STF, para apreciar a constitucionalidade de leis ou atos normativos, federais ou estaduais. A legitimidade ativa exclusiva para propor referida ação permaneceu na figura do Procurador Geral da República até o advento da Constituição de 1988, quando houve a ampliação do rol para os legitimados insculpidos art. 103.

As inovações trazidas pelo constituinte de 1988 se estenderam a criação de instrumentos como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), prevista no art. 103, §2.º, para combater as omissões legislativas, e a possibilidade de criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) na forma do art. 102,

parágrafo único, redação original.

Já em 1993, por intermédio da Emenda Constitucional n. 3, foi adicionada a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), que diferente da ADI, tem por objeto declarar a constitucionalidade de determinada norma. Essa polaridade entre ADC e ADI, caracteriza o que é denominado como ações dúplices ou ambivalentes, ou ainda, como ações com sinais trocados, vez que da procedência do pedido em uma decorre a improcedência do pedido na outra. Como reforço dessa ideia, a Reforma do Judiciário feita pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, além de expandir os legitimados para propor ADC, que passaram a ser os mesmo da ADI, igualou os efeitos erga omnes e vinculante para ambas as ações.

Assim sendo, o controle concentrado de constitucionalidade é exercido pelo Supremo Tribunal Federal através dos instrumentos previstos em nossa Constituição de 1988: ação direta de inconstitucionalidade (genérica) (art. 102, I, *a*); ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, *a*); ação direta interventiva (art. 36, III); ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, § 2º); e arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º). De modo geral, as decisões tomadas em sede de controle concentrado terão efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, além do efeito retroativo, *ex tunc*.

4 O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle difuso permite que qualquer juiz ou tribunal exerça, ao se deparar com controvérsia constitucional em um caso concreto (via incidental), o controle de constitucionalidade. Sua origem histórica remonta a decisão proferida pela Suprema Corte Norte-Americana, em 1903, no celebre caso *Marbury vs Madison*. A controvérsia chegou a Suprema Corte quando William Marbury, que fora nomeado juiz de paz por John Adams nos instantes finais de seu mandato como presidente, teve a entrega de seu ato de investidura negada por James Madison, então Secretário de Estado nomeado pelo novo governo de Thomas Jefferson.

A par da negativa, Marbury impetrou, em 1901, *writ of mandamus* com base em lei de 1789 denominada Judiciary Act, que determinava ser competência da Suprema Corte julgar ações daquela espécie. Após dois anos, em 1903, a Suprema Corte enfrentou a questão, quando John Marshall, Presidente da Corte, ponderou se uma lei federal poderia atribuir competência originária aquele tribunal em claro conflito de normas com a Constituição americana que não tinha em seu corpo tal previsão. Ao final do julgamento, estabeleceu-se a supremacia da Constituição em relação aos demais atos normativos, e conseqüentemente, a

nulidade da lei federal. Nas palavras de Barroso (2016, p.29):

Marbury v. Madison, portanto, foi a decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade no constitucionalismo moderno, deixando assentado o princípio da supremacia da Constituição, da subordinação a ela de todos os Poderes estatais e da competência do Judiciário como seu intérprete final, podendo invalidar os atos que lhe contravenham. Na medida em que se distanciou no tempo da conjuntura turbulenta em que foi proferida e das circunstâncias específicas do caso concreto, ganhou maior dimensão, passando a ser celebrada universalmente como o precedente que assentou a prevalência dos valores permanentes da Constituição sobre a vontade circunstancial das maiorias legislativas.

No Brasil, segundo Lenza (2018, p.265) o controle difuso de constitucionalidade foi instaurado pela Constituição de 1891 e, desde então, manteve-se estável em nosso ordenamento, sofrendo influência apenas das alterações trazidas pela Constituição de 1934. Dentre elas, citamos a cláusula de reserva de plenário, em que a declaração de inconstitucionalidade só poderia ser feita pela maioria absoluta dos membros do tribunal, e o papel atribuído ao Senado Federal de suspender a execução, no todo ou em parte, de lei ou ato declarado inconstitucional em decisão definitiva.

Desse modo, conforme introduzido no item 2.1.2 – Classificação quanto ao órgão de controle, no Brasil, adota-se o sistema jurisdicional misto de controle, em que coexistem de um lado o controle concentrado, de origem *austríaca*, pela via abstrata e o controle difuso, baseado no sistema *americano*, pela via incidental.

5 OS EFEITOS DA DECISÃO EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO E O PAPEL DO SENADO FEDERAL

A decisão proferida por juiz singular, em sede de controle difuso, possui efeitos *inter partes*, ou seja, adstrito as partes do processo e *ex tunc*, vez que retroage para declarar a nulidade da lei. Tradicionalmente, para que seja possível atribuir efeito *erga omnes* a essa decisão faz-se necessária a atuação do Senado Federal, após o pronunciamento definitivo feito pelo Supremo Tribunal Federal.

Por meio da interposição de recurso extraordinário, é possível levar a conhecimento da Suprema Corte controvérsia sobre questão constitucional aplicada a um caso concreto. Dessa forma, o tribunal, reconhecendo a repercussão geral do recurso na forma do art. 102, §3º da CF/88¹, passa a apreciar de forma incidental a compatibilidade da lei com a Constituição, e

¹ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;

desde que pela maioria absoluta do plenário pode declarar a inconstitucionalidade da lei.

Ao contrário das decisões definitivas proferidas em sede de controle concentrado, a decisão no controle difuso, por si só, não tem o condão de produzir efeitos *erga omnes*. Cabe ao Senado Federal, na forma do art. 52, X da CF/88, por meio de resolução, suspender no todo ou em parte lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal. Somente a partir desse momento a decisão poderá produzir efeitos contra todos.

Não obstante o modelo de controle difuso adotado em 1891, conforme Mendes e Branco (2017, *ebook*), essa foi a saída que o legislador encontrou para dar generalidade as decisões do Supremo Tribunal Federal, em paralelo com o *stare decisis* do direito norte-americano que atribui efeito vinculante e contra todos as decisões daquela Suprema Corte.

Há grande divergência doutrinária no que concerne ao efeito temporal atribuído à resolução do Senado Federal, e sem maiores digressões quanto ao tema do presente trabalho, parece figurar de forma majoritária a posição no sentido de conceder-lhe efeito *ex nunc*.²

Acerca da natureza jurídica do ato senatorial, Luís Roberto Barroso (2016, p. 106-107) ressalta a natureza discricionária do mesmo ao afirmar “Trata-se de ato político, não sujeito a prazo, podendo o Senado suspender o ato normativo, no todo ou em parte, ou simplesmente não suspendê-lo, negando, assim, a extensão *erga omnes* da decisão do Supremo”.

Quanto ao poder conferido ao Senado Federal em relação à decisão da Suprema Corte, são os pedagógicos ensinamentos de Lenza (2018, p. 304), em sentido de vinculação a extensão da matéria decidida:

A expressão “no todo ou em parte” deve ser interpretada como sendo impossível o Senado Federal ampliar, interpretar ou restringir a extensão da decisão do STF. Se toda a lei foi declarada inconstitucional pelo STF, em controle difuso, de modo incidental, se entender o Senado Federal pela conveniência da suspensão da lei, deverá fazê-lo “no todo”, vale dizer, em relação a toda a lei que já havia sido declarada inconstitucional, não podendo suspender menos do que o decidido pela Excelsa Corte.

Portanto, o Senado Federal tem livre autonomia política para decidir se confere ou não, efeito *erga omnes* as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, mas quando optar pela edição da resolução suspensiva deve ter sua atuação limitada à extensão da decisão.

² Convergente com o levantamento realizado por Clèmerson Merlin Clève em A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro, p.122, estão os posicionamentos de Themístocles Cavalcanti, Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, José Afonso da Silva, Nagib Slaibi Filho, Anna Cândida da Cunha Ferraz e Regina Macedo Nery Ferrari. No sentido oposto, o próprio autor, além de Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Napoleão Nogueira da Silva e Marcelo Caetano.

6 A PERSPECTIVA DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 52, X DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Apesar de consolidado em nosso ordenamento jurídico, o mecanismo erigido para conceder efeitos *erga omnes* às decisões em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal enfrenta críticas por parte da doutrina quanto a sua função sob a égide da Constituição de 1988. Nesse contexto, surgiu uma corrente doutrinária no sentido de afirmar que a decisão emanada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle difuso, por si só, já seria dotada de efeito *erga omnes* e vinculante, não havendo a necessidade de intervenção do Senado Federal na forma do art. 52, X da CF/88.

Nessa linha de pensamento, os juristas Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco em sua obra (MENDES; BRANCO, 2017) compilam densos argumentos no sentido de dar uma nova interpretação acerca da função do Senado Federal, concluindo pela tese de mutação constitucional do art. 52, X.

Primeiramente, sustentam os autores, que a Constituição federal de 1988 trouxe mudanças para o sistema de controle jurisdicional misto adotado no Brasil, com o fortalecimento do controle concentrado por meio da ampliação dos legitimados “para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (art. 103), permitindo que, praticamente, as controvérsias constitucionais mais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas” Mendes e Branco (2017, *ebook*).

Destacam, também, as vantagens do controle pela via abstrata, por exemplo, o já citado amplo rol de legitimados e a celeridade processual, com a possibilidade de obter a suspensão da eficácia do ato impugnado, a partir do deferimento de medida cautelar. Esses aspectos e os efeitos típicos das decisões em controle concentrado, quais sejam, vinculado e *erga omnes* demonstram a solidez dada pelo constituinte ao controle concreto no ordenamento jurídico.

Por outro lado, houve o enfraquecimento da função do Senado Federal com a perspectiva de abstrativização do controle difuso, nesse sentido, Mendes e Branco (2017, *ebook*):

A exigência de que a eficácia geral da declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal em casos concretos dependa de decisão do Senado Federal [...] perdeu parte do seu significado com a ampliação do controle abstrato de normas, sofrendo mesmo um processo de obsolescência. A amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de que se suspenda, liminarmente, a

eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, contribuíram, certamente, para que se mitigasse a crença na própria justificativa desse instituto, que se inspirava diretamente numa concepção de separação de Poderes – hoje necessária e inevitavelmente ultrapassada. Se o Supremo Tribunal pode, em ação direta de inconstitucionalidade, suspender, liminarmente, a eficácia de uma lei, até mesmo de emenda constitucional, por que haveria a declaração de inconstitucionalidade, proferida no controle incidental, valer tão somente para as partes?

A única resposta plausível nos leva a acreditar que o instituto da suspensão pelo Senado assenta-se hoje em razão exclusivamente histórica.

Nesse seguimento, Barroso (2016, *ebook*) aduz que a atuação senatorial tornou-se obsoleta:

A verdade é que, com a criação da ação genérica de inconstitucionalidade, pela EC n. 16/65, e com o contorno dado à ação direta pela Constituição de 1988, essa competência atribuída ao Senado tornou-se um anacronismo. Uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos. Respeitada a razão histórica da previsão constitucional, quando de sua instituição em 1934, já não há lógica razoável em sua manutenção.

Reforçam essa corrente doutrinária, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em que se admitiu a aplicação da técnica de modulação dos efeitos³, que até então era exclusiva das decisões em sede de controle concentrado.

Dentre elas, citamos a decisão emanada no RE nº 97.917/SP, conhecido como caso Mira Estrela, em que o referido município ostentava número de vereadores superior ao permitido. A Suprema Corte ao declarar a inconstitucionalidade no caso concreto, modulou os efeitos da decisão para que surtisse efeito apenas a partir de legislaturas futuras com base na segurança jurídica dos atos já praticados pela Câmara de Vereadores.

Em outro caso, dessa vez no julgamento HC nº 82.959, a controvérsia afetava a vedação da progressão de regime em casos de crimes hediondos que encontrava previsão no §1º do art. 2º da Lei 8.072/90. Alterando seu entendimento, ao admitir a progressão de regime e de que caberia ao juiz da execução avaliar os demais requisitos para sua concessão, o Supremo Tribunal Federal declarou *incidenter tantum* a inconstitucionalidade da referida norma.

Modulou, ainda, os efeitos da decisão no sentido de conceder a progressão apenas para os presos ainda em cumprimento de pena e, ademais, deslegitimou “qualquer pretensão à

³ O Art. 27 da Lei nº. 9.868/99 prevê a modulação dos efeitos da decisão nos seguintes termos: “Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

indenização daqueles que, em razão da proibição legal, tiveram que cumprir penas restritivas de liberdade em regime fechado” (MENDES; BRANCO, 2017, *ebook*).

Para os juristas acima referidos, o histórico de decisões em que se admite a modulação de efeitos em sede de controle difuso ou via incidental, traduz a necessidade de se dar nova interpretação ao papel do Senado Federal, reconhecendo, assim, a eficácia transcendente das decisões da Suprema Corte.

Essa questão foi debatida durante o julgamento da Reclamação nº 4335/AC, em que a Defensoria Pública da União buscou a efetivação da decisão proferida no HC nº 82.959, ante a negativa do juiz da Vara de Execução Penais do Estado do Acre em conceder progressão de regime aos apenados por crimes hediondos. O magistrado motivou sua decisão com base na ausência de resolução do Senado Federal suspendendo a eficácia §1º. do art. 2º da Lei 8.072/90, e por isso seria inviável reconhecer efeitos erga omnes à decisão.

Ao proferir seu voto⁴, o relator, Ministro Gilmar Mendes, firmou entendimento para dar nova interpretação ao papel constitucional do Senado Federal no controle difuso:

Conforme destacado, a ampliação do sistema concentrado, com a multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral, acabou por modificar radicalmente a concepção que dominava entre nós sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a Emenda Constitucional n 16/65 e sob a Carta de 1967/69. [...] Vê-se, assim, que a Constituição de 1988 modificou de forma ampla o sistema de controle de constitucionalidade, sendo inevitáveis as reinterpretações ou releituras dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, especialmente da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. [...] Como se vê, as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, acabam por ter eficácia que transcende o âmbito da decisão, o que indica que a própria Corte vem fazendo uma releitura do texto constante do art. 52, X, da Constituição de 1988 [...] Ao se entender que a eficácia ampliada da decisão está ligada ao papel especial da jurisdição constitucional, e, especialmente, se considerarmos que o texto constitucional de 1988 alterou substancialmente o papel desta Corte, que passou a ter uma função preeminente na guarda da Constituição a partir do controle direto exercido na ADI, na ADC e na ADPF, não há como deixar de reconhecer a necessidade de uma nova compreensão do tema. [...] É possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de uma autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988. Valendo-nos dos subsídios da doutrina constitucional a propósito da mutação constitucional, poder-se-ia cogitar aqui de uma autêntica *reforma da Constituição sem expressa modificação do texto*. [...] Assim, parece legítimo entender que, hodiernamente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Desta forma, se o Supremo Tribunal Federal, em sede de controle incidental, chegar à conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso. Tal como assente, não é (mais) a decisão do Senado que

⁴ O interior teor do voto, assim como o Acórdão relativo ao julgamento da Reclamação nº 4335/AC estão disponíveis em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630101>>

confere eficácia geral ao julgamento do Supremo. A própria decisão da Corte contém essa *força normativa*. [...] Portanto, a não-publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X da Constituição, suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica.

Deste modo, o ministro votou pelo conhecimento e provimento da reclamação ao propor o reconhecimento da transcendência dos motivos determinantes nas decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle incidental, e, conseqüentemente, a mutação constitucional do art. 52, X, da CF/88, para atribuir à resolução do Senado apenas um papel de publicidade. Esse também foi o entendimento adotado pelo Ministro Eros Grau.

Em sentido oposto a essa tese, votaram pelo não conhecimento da reclamação os Ministros Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Sepúlveda Pertence. Ao final do julgamento, apesar do provimento da Reclamação por 6x4, restou vencida a posição do relator, porquanto os Ministros Teori Zavaski, Rosa Weber, Celso de Mello e Luís Roberto Barroso ao votarem pelo provimento da Reclamação, utilizaram como fundamento o advento da Sumula Vinculante nº 26⁵ e não a tese inicial.

Com isso, num primeiro momento, a Suprema Corte rejeitou a ideia de mudança do papel constitucional dado ao Senado Federal, mantendo a necessidade de resolução editada pela casa para suspender a eficácia de lei declarada inconstitucional via incidental. Porém, em julgados recentes, a Corte demonstrou uma tendência em modificar seu entendimento admitindo a mutação constitucional.

Ao apresentar essa nova tendência, Pedro Lenza (2018, p. 317-321), menciona o debate travado no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e 3.470/RJ. Nas referidas ações, questionava-se a constitucionalidade da Lei estadual nº 3.579/2001, do Rio de Janeiro, que determinou a substituição progressiva da produção e da comercialização de produtos que contenham asbesto e proibiu a extração do mesmo no território estadual. Antes de prosseguir, faz-se necessário contextualizar o tema em questão.

A problemática sobre o uso do amianto no Brasil, sobretudo quanto aos seus efeitos à saúde humana, já havia ocupado a Suprema Corte em sede de várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade que atacavam a constitucionalidade de diversas leis estaduais e municipais que proibiam o seu uso.

A polêmica levou ao ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.066,

⁵ É o teor da súmula vinculante nº. 26: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”.

que, em sentido oposto as ações anteriores, questionava a constitucionalidade da própria Lei Federal nº 9.055/95, que autorizava a utilização do amianto. Ao apreciar a ação de relatoria da Ministra Rosa Weber, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, mudou o entendimento dominante até momento, para declarar inconstitucional o dispositivo da referida lei.

Todavia, o placar obtido ao final do julgamento de 5x4 pela inconstitucionalidade não atendeu ao mínimo de 6 votos exigido pelo art. 97 da Constituição federal. Portanto, criou-se uma situação excepcional de declaração de inconstitucionalidade em sede de controle concentrado sem efeito vinculante.

A saída encontrada pela Corte foi declarar, via incidental, a inconstitucionalidade do dispositivo da lei federal ao apreciar o mérito da Ação Direita de Inconstitucional nº 3.937 que atacava lei proibitiva do Estado de São Paulo. Essa técnica de controle nos remete a que foi aplicada quando do julgamento do HC nº 82.959 sobre a vedação de progressão de regime em crimes hediondos.

Em face da técnica de controle aplicada, qual seja declaração de inconstitucionalidade via incidental em sede de controle concentrado de constitucionalidade, e a ausência de pronunciamento quanto à possibilidade de efeito *erga omnes* da decisão, a controvérsia jurídica sobre a utilização do amianto permaneceu em aberto.

Foi nesse contexto que o Supremo Tribunal Federal, ao novamente enfrentar a questão do amianto nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e 3.470/RJ, demonstrou a tendência de admitir uma nova interpretação constitucional acerca do papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade.

Durante o julgamento do mérito das ações, a questão gerou amplo debate entre os ministros, com o posicionamento do ministro Gilmar Mendes nos seguintes termos:

Mas, em verdade, há muito, já não estamos prestando atenção ao art. 52, X, de fato. E vou pegar um exemplo, que é de prova aritmética, o que é muito difícil no Direito, que é a modulação de efeitos, Presidente, em sede de controle incidental. Fazemos com naturalidade hoje e temos muitos pedidos, aqui, de modulação de efeitos em sede de controle incidental, para casos outros, obviamente. Estamos regulando não para o caso concreto, que muitas vezes tem eficácia *ex tunc*, mas para outros casos. E assim fizemos no caso dos vereadores, do número de vereadores [...]. Portanto, quando fazemos essa regulação, claramente estamos assumindo que a nossa decisão não depende do Senado e estamos fazendo com eficácia geral.

O eminente ministro foi acompanhado por seus pares, e dentre os quais transcrevemos alguns posicionamentos. O ministro Luiz Fux convergindo com a tese, afirmou:

As leis que são permissivas são inconstitucionais, e as leis locais que são proibitivas são constitucionais, porque a questão já está decidida. De sorte que eu, adotando essa equivalência do controle difuso e do controle concentrado, entendendo que o artigo 52, X, apenas permite uma chancela formal do Senado - o Senado não pode alterar a essência da declaração de inconstitucionalidade do Supremo [...].

Manifestou-se no mesmo sentido o Ministro Dias Toffoli:

[...] eu subscrevo o que foi inicialmente levantado pelo Ministro Gilmar Mendes, tendo, agora há pouco, o Ministro Luiz Edson Fachin discorrido de uma maneira bastante clara, a respeito da dimensão da decisão que nós estamos tomando aqui, qual seja, a aplicação do controle difuso, dando esse efeito erga omnes e praticamente vinculante também às deliberações deste Plenário. Nem poderia ser diferente: se o que se decide no controle abstrato tem uma consequência; no controle concreto teria outra? Por quê? O sentido do art. 52, X, da Constituição é para uma época em que o Diário Oficial levava 3 meses para chegar nos rincões do Brasil, uma época em que as decisões do Supremo ou do Judiciário não eram publicadas em diários oficiais. Hoje, a TV Justiça transmite ao vivo e em cores para todo país o que nós estamos deliberando aqui. Não tem sentido ter que se aguardar uma deliberação futura para dar eficácia à decisão; ficamos nós, aqui, depois, a bater carimbo em relação a inúmeros processos que aqui chegam. Toda a evolução da jurisdição constitucional recente do Brasil foi exatamente no sentido de superarmos essa necessidade.

Ademais, adotaram a tese de mutação constitucional do art. 52, X os ministros Celso de Mello, Edson Fachin e Cármen Lúcia. Os ministros Luis Roberto Barroso e Ricardo Lewandowski não participaram do julgamento, em virtude de impedimento e ausência, respectivamente.

Em sentido contrário a tese vencedora, o ministro Marco Aurélio defendeu a manutenção do papel tradicional do Senado Federal em homenagem a harmonia e independência entre os poderes. O ministro Alexandre de Moraes se manifestou no sentido de a questão de mutação não foi colocada como questão de ordem no processo.

Ao ponderar sobre a tese firmada no julgamento, Lenza (2018, p.320) afirma que, apesar de ter se dado em sede de controle difuso e como questão prejudicial, essa é a nova interpretação dominante e deve se estender em futuras decisões da Corte sobre o tema.

7 CRÍTICAS À TESE DE MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Advogam em favor da mudança de entendimento sobre a função do Senado Federal no controle difuso, argumentos como o papel do Supremo Tribunal Federal enquanto interprete final da Constituição e a força normativa da Constituição aplicada a todos os cidadãos (LENZA, 2018,p.308). A relevância de tais pontuações, não as isentou de críticas e posicionamentos em sentido contrário por parte da doutrina pátria.

Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Catoni de Oliveira e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima (2007, *online*) divergem da corrente mutacional asseverando que a competência outorgada ao Senado Federal pela Constituição seria uma forma de assegurar a participação popular nas decisões tomadas em controle difuso, e qualquer alteração em sentido diverso significaria uma violação aos direitos fundamentais, *in verbis*:

Mas o modelo de participação democrática no controle difuso também se dá, de forma indireta, *pela atribuição constitucional deixada ao Senado Federal*. Excluir a competência do Senado Federal – ou conferir-lhe apenas um caráter de tornar público o entendimento do Supremo Tribunal Federal – significa reduzir as atribuições do Senado Federal à de uma secretaria de divulgação intra-legislativa das decisões do Supremo Tribunal Federal; *significa, por fim, retirar do processo de controle difuso qualquer possibilidade de chancela dos representantes do povo deste referido processo*, o que não parece ser sequer sugerido pela Constituição da República de 1988. [...] atribuir eficácia *erga omnes* e efeito vinculante às decisões do STF em sede de controle difuso de constitucionalidade *é ferir os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório* (art. 5.º, LIV e LV, da Constituição da República), pois assim se pretende atingir aqueles que não tiveram garantido o seu direito constitucional de participação nos processos de tomada da decisão que os afetará. [...] **Eis, portanto, um problema central: a lesão a direitos fundamentais.** (Grifos no original).

Ao analisar o tema, o constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos sustenta que a mutação constitucional é um fenômeno informal, caracterizado pela espontaneidade e imprevisibilidade de sua manifestação e que por isso, não poderia decorrer de mera vontade humana. Desse modo, a tese de mutação constitucional, configuraria verdadeira manipulação inconstitucional (BULOS, 2013,p.232).

A manipulação constitucional sendo um meio de manifestação do ativismo judicial é definida como “o desrespeito às normas constitucionais, que passam a ser usadas para servir, arditosamente, a interesses vis” (BULOS, 2013, p. 441).

O professor Pedro Lenza, também vê óbice à adoção da tese de mutação constitucional porquanto não haja norma que confira eficácia *erga omnes* direta as decisões emanadas pela Suprema Corte em controle difuso, o que ocorre apenas com as decisões em sede de controle concentrado e edição de súmula vinculante. O autor destaca, ainda, a necessária atuação do Congresso Nacional através de emenda constitucional para alterar o dispositivo constitucional, visto que esse poder não foi concedido ao Supremo Tribunal Federal (LENZA, 2018, p.310).

É inequívoco que a controvérsia em questão tem como pano de fundo uma clara tendência de expansão dos poderes da Suprema Corte. Assim, ao decidir que suas decisões em sede de controle difuso pela via incidental produzam, por si só, efeitos *erga omnes* cabendo ao

Senado Federal apenas a faculdade de dar-lhe publicidade, o Supremo privilegia sua posição em detrimento dos demais poderes.

Consideramos que o art. 52, X da Constituição federal consubstancia a intenção do legislador em fortalecer a Separação dos Poderes e que qualquer alteração de sentido da norma deva passar, necessariamente, pelo Congresso Nacional, sob pena de inconstitucionalidade.

Uma melhor saída que preserve a harmonia entre os poderes seria a edição de Súmulas Vinculantes pelo Supremo para firmar suas decisões em sede de controle difuso, para tanto, relembremos mais uma vez, o caso da vedação de progressão de regime de crimes hediondos em que a Corte editou a Súmula Vinculante nº 26.

Por outro lado, é preciso considerar que da ementa do Acórdão das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 3.406/RJ e 3.470/RJ não consta qualquer dispositivo expresso no sentido da tese de mutação, sendo necessário aguardar as próximas manifestações da Corte.

8 CONCLUSÃO

O controle de constitucionalidade brasileiro é marcado pela complexa coexistência de dois sistemas diferentes, sendo classificado como jurisdicional misto. O primeiro deles, denominado difuso, tem origem no direito norte americano e permite que qualquer juiz ou tribunal exerça o controle de constitucionalidade ao se deparar com norma que viole a Constituição em um caso concreto. O segundo, de origem austríaca, é denominado controle concentrado cabendo apenas a Suprema Corte do país declarar a inconstitucionalidade de uma norma quando confrontada com a Constituição.

Essa distinção entre os sistemas também é observada nos efeitos que cada decisão tem ao ser proferida. De um lado, as decisões tomadas em controle concentrado tem o condão de produzir, desde logo, efeitos vinculante e *erga omnes* sem necessidade de intervenção de nenhum outro órgão. Por outro, as decisões emanadas em controle difuso pelo Supremo Tribunal Federal, para quem possam produzir efeitos *erga omnes* tem como requisito essencial a edição de resolução pelo Senado Federal na forma do art. 52, X da Constituição federal de 1988.

Nesse contexto, em uma clara tendência de aproximação entre os efeitos dos dois sistemas, surge a teoria da abstrativização do controle de constitucionalidade em sede de controle difuso, que considera que as decisões proferidas pela Suprema Corte, por si só,

produzem efeitos *erga omnes*, atribuindo ao Senado Federal apenas o papel de dar publicidade as referidas decisões, em clara mutação constitucional do art. 52, X.

Apesar de ter sua aplicação afastada num primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal, a partir de recentes julgados, parece ter alterado seu entendimento para aceitar a referida tese, com efeitos da dinâmica de controle constitucional até então vigente.

Data maxima venia ao que parece ser o novo posicionamento da Corte, entendemos que a nova interpretação vai de encontro ao princípio da Separação dos Poderes. Nesse sentido, cabe somente ao Poder Legislativo por meio de emenda constitucional alterar o sentido do texto insculpido no art. 52, X da Constituição federal.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; VICENTE, Paulo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Processo Legislativo Constitucional**. 3. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martônio Mont'Alverne Barreto. A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional. **Argumenta**, n. 7, p. 45-68, 2007, Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/72/72>>. Acesso em: 27 mai. 2019.

**Submetido em 1º jun. 2019. Aceito em 11 jun. 2019.*



TRATAMENTO JURÍDICO DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Jairo Cesar de Carvalho*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direito do consumidor; 3. Da publicidade e da propaganda; 4. Tratamento jurídico da publicidade enganosa e abusiva em face do código do consumidor; 5. Considerações Finais; 6. Referências Bibliográficas.

RESUMO

O Código de Defesa do Consumidor não surgiu por acaso, sequer derivou de um simples projeto como qualquer lei ordinária, e é a concretização de uma longa evolução histórica e o resultado de todos os movimentos consumeristas ocorridos no Brasil e no exterior. É o instrumento legal de concretização dos valores constitucionais de proteção e defesa dos consumidores, tais como a saúde, a segurança, a vulnerabilidade. Este artigo explica como as relações de consumo e a publicidade lícita devem seguir os princípios elencados no código de defesa do consumidor, tais como princípios da boa-fé e transparência, e da vulnerabilidade do consumidor. A ilicitude nessas relações é amplamente tratada na lei consumerista com intuito de dar segurança e equilíbrio tanto ao consumidor quanto ao fornecedor de produtos ou serviços. O presente trabalho trata ainda da publicidade enganosa e abusiva, seus conceitos perante o código e as formas de tratamento perante ordenamento Jurídico. A publicidade ilícita atenta contra o direito do consumidor, vindo a colocar determinados grupos a riscos, e assim gerar um dano que rompe o equilíbrio desta relação de consumo, e o ordenamento jurídico é fundamental para restabelecer este equilíbrio. Na relação de consumo, o dever de reparar surge do próprio agravo ao dever de informação, em desconsideração ao decretado na lei consumerista brasileira. Deste modo, com a prova nos autos comprovando a existência de real prejuízo aos consumidores e toda evidência da enganiosidade verificada é suficiente para o direito à reparação, mesmo no aspecto imaterial e coletivo.

Palavras chaves: Publicidade Abusiva. Publicidade enganosa. Direito do consumidor.

ABSTRACT

The Consumer Defense Code did not arise by chance, nor even derived from a simple project like any ordinary law. It is the concretization of a long historical evolution and the result of all the consumerist movements that took place in Brazil and abroad. The code is the legal instrument for implementing the constitutional values of consumer protection and defense, such as health, safety, vulnerability and others. This article explains the consumer relationship and licit advertising should follow the principles outlined in the consumer protection code, such as principles of good faith and transparency, and consumer vulnerability. The illicitness

* Graduando curso de Direito da Universidade do Contestado, campus Canoinhas, Santa Catarina. Canoinhas, Santa Catarina, Brasil. Email: jairo@radio98fm.com.

in these relations is widely dealt with in the consumer law in order to give security and balance to both the consumer and the supplier of products or services. This papers deal with the misleading and abusive advertising, its concepts regarding the code, and the legal treatment. The illicitness advertising undermines the consumer's right of being not deceived, or creating false expectations and putting certain groups at risk and this way to causing harm that breaks the balance of this consumer relationship and the legal order is fundamental to restore this balance. In the relation of consumption the duty to repair arises from the own aggravation to the duty of information, in disregard to the decreed in Brazilian consumer law. In this way, the evidence in the case confirming the existence of actual damage to consumers, and all evidence of the misleadingness found is sufficient for the right to reparation, even in the immaterial and collective aspect.

Key words: Abusive advertising. Misleading advertising. Consumer law.

1 INTRODUÇÃO

A publicidade é fundamental ao desenvolvimento do mercado, e ao mesmo tempo pode tornar-se muito danosa, pois há certas publicidades que visam confundir o consumidor e levá-lo a adquirir produtos e serviços de forma equivocada. Contudo, não se pode negar a importância da publicidade na atual sociedade de consumo, e muito menos limitar a criatividade humana, mas deve-se seguir o compromisso de utilizar o bom senso, tratando a publicidade como importante à sociedade, respeitando e observando a adequada regulamentação.

A doutrina está frequentemente preocupada em afirmar que o consumidor, antes de tudo, é vulnerável, e por este motivo é preciso a conscientização para lutar de forma igualitária com os publicitários que estão demasiadamente a frente dos consumidores.

Daí a disciplina do Código de Defesa do Consumidor – CDC, destinada a proteger o consumidor da publicidade enganosa ou abusiva na fase pré-contratual. Este não proíbe a publicidade, pois é indispensável na sociedade de consumo, mas torna-a fonte de obrigações, impondo deveres ao fornecedor que dela se utiliza.

Sendo assim, surge o seguinte questionamento: esta busca desenfreada de viciar o consumidor por meio da propaganda enganosa, afetando diretamente no consumo imprudente, está sobre controle? E se não estiver, qual o tratamento jurídico a que deve ser submetido?

A liberdade publicitária tem respaldo na Carta Magna, sob dois principais aspectos, como atividade econômica resguardada pela livre iniciativa (art. 170, *caput* e parágrafo único), e pela livre concorrência (art. 170, inc. IV); e também pelo princípio da liberdade de expressão (art. 5º, inc. IX e art. 220) (BRASIL, 1999).

São muitos os questionamentos acerca desta matéria, sendo que é necessário um

estudo criterioso sobre os princípios que norteiam o direito do consumidor e a publicidade, e assim verificar como o ordenamento jurídico versa a respeito da problemática da publicidade abusiva e enganosa.

Sendo assim, tem-se como objetivo principal analisar o tratamento jurídico da publicidade enganosa e abusiva. Para tanto, tem-se como objetivos específicos: a) Explicar o fenômeno de publicidade enganosa e abusiva; b) Apresentar as disposições jurídicas sobre a publicidade enganosa e abusiva; c) Apontar os meios privados de controle dessa prática, de forma que faça cumprir com o mandamento constitucional de defesa do consumidor na sua condição de vulnerabilidade e, principalmente, a manutenção da credibilidade da própria publicidade no mercado de consumo.

2 DIREITO DO CONSUMIDOR

O Código de Defesa do Consumidor não surgiu por acaso, sequer derivou de um simples projeto como qualquer lei ordinária. Ele é a concretização de uma longa evolução histórica e o resultado de todos os movimentos consumeristas ocorridos no Brasil e no exterior, assim como é o instrumento legal de concretização dos valores constitucionais de proteção e defesa dos consumidores, tais como a saúde, a segurança, a vulnerabilidade e outros mais (CAVALIERI FILHO, 2014).

A Revolução Industrial aumentou quase ao infinito a capacidade produtiva, que até então era manual, artesanal, e circunscrita ao núcleo familiar ou a um pequeno número de pessoas. A partir dessa revolução, a produção passou a ser em massa, em grande quantidade, até para fazer frente ao aumento da demanda decorrente da explosão demográfica (NUNES, 2015).

Esse processo de produção em massa foi um grande impulsionador para a regulação do mercado consumidor e suas publicidades. Devido à falta de uma disciplina jurídica eficiente e estruturada surge um ambiente propício às práticas abusivas, tais como as cláusulas de não indenizar ou limitativas da responsabilidade, o controle excessivo do mercado, a eliminação da concorrência, entre outras, o que gerou disparidades econômicas e jurídicas entre o fornecedor e o consumidor (CAVALIERI FILHO, 2014).

Contudo, no final do século XIX e início do século XX, surgiram os primeiros movimentos pró-consumidor nos países que estavam em franco desenvolvimento industrial como a França, a Alemanha, a Inglaterra e, principalmente, os Estados Unidos. Porém, o consumidor brasileiro somente despertou para seus direitos como consumidor na metade da

década de 80, quando surgiram vários problemas de ordem econômica, originados após a implantação do Plano Cruzado (NUNES, 2017).

A primeira grande conquista dos consumidores brasileiros mesmo veio com a Constituição Federal de 1988, onde se tem o reconhecimento desse novo sujeito de direito, o consumidor, assegurando tanto como direito fundamental em seu art. 5, XXXII – onde diz “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, quanto como princípio da ordem econômica nacional no art. 170, V. – “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”(BRASIL, 1999).

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro foi publicado somente em 11 de setembro de 1990; é, portanto, uma lei muito atrasada de proteção ao consumidor. Atravessamos quase um século inteiro aplicando as relações de consumo o Código Civil, lei que entrou em vigor em 1917, que era baseada na tradição do direito civil europeu do século anterior (CAVALIERI FILHO, 2014).

Em 1990 estabeleceu-se, com a lei 8.078, o que será chamado de Código de Defesa do Consumidor, onde em seu Art. 1º diz: “O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias” (BRASIL, 1990). O Código de Defesa do Consumidor tem como objetivo efetivar, no plano infraconstitucional, princípios constitucionais, especialmente os princípios da isonomia substancial e da defesa do consumidor (NUNES, 2015).

Essa nova realidade comercial estabelecia uma nova postura jurídica, capaz de permitir o rascunho de um novo direito, ao contraponto de uma simples atualização pontual da lei, baseado em princípios modernos e eficazes. Consequentemente, desse modo, que nos principais países do mundo, após uma longa e criativa atuação jurisprudencial, foram editadas leis específicas para reger as relações de consumo, entre os quais o Brasil.

A relação de consumo é, primeiramente, o vínculo jurídico, ou a hipótese lógica do negócio jurídico celebrado de acordo com as normas do Código de Defesa do Consumidor, sendo que este fala que essa relação constitui, na verdade, uma estratégia legislativa para identificar a partir dessa um dos seus sujeitos, e determinar-lhe a proteção. Não há, portanto, uma determinação constitucional de proteção do consumo, mas do consumidor, tido como um novo sujeito pós-moderno de direitos (BRASIL, 1990).

De acordo com Benjamin, Marques e Bessa (2017, p.110) acerca das relações de consumo tem-se:

A defesa de toda uma coletividade, vítima de uma publicidade ilícita, como a publicidade abusiva ou violadora da igualdade de raça, de credo, e de idade no mercado de consumo, assim como todas as vítimas do fato do produto e do serviço, isto é, dos acidentes de consumo, tenham ou não usado os produtos e serviços como destinatários finais, é uma definição para relações de consumo contratuais e extracontratuais, individuais ou coletivas.

Apesar de o código consumerista não definir expressamente o que é a relação de consumo, o código aborda os elementos da relação jurídica como subjetivos e objetivos, cabendo no primeiro elemento o consumidor, o fornecedor, e o consensualismo que existe entre ambos. Já os elementos objetivos são o próprio negócio celebrado entre as partes, ou seja, o vínculo jurídico e o bem objeto desta relação jurídica (NUNES, 2017).

Sendo assim, chega-se à conclusão que a relação jurídica seja de consumo, ou não, ela é independente do tipo de contrato celebrado entre as partes, pois não é o negócio jurídico em si que faz incidir as normas do CDC (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017).

O CDC, em seu art. 2º, define consumidor como: “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Esta definição ainda pode ser completada com o que diz Art. 2º, § único "Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que hajam intervindo nas relações de consumo". E os artigos 17 e 29 desse mesmo código, o consumidor por equiparação - “Para os efeitos dessa seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento” e “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas as práticas nele previstas” respectivamente (BRASIL, 1990).

O artigo 17 deixa evidente a equiparação do consumidor a vítima do acidente de consumo, que mesmo não sendo consumidor direto, foram atingidos pelo evento danoso, ou seja, cuida da responsabilidade civil objetiva, no caso de acidente de consumo. Já no artigo 29, temos a equiparação ao consumidor de todas as pessoas que estão expostas as práticas comerciais, estando elas identificadas ou não, ou seja, toda a coletividade de pessoas exposta a prática comercial (BRASIL, 1990).

Em uma interpretação mais finalista, consumidor deve ser estabelecido de acordo com o artigo 2º do CDC, a partir da noção de destinatário final fático e econômico de um produto ou serviço, ou seja, é aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço de modo a esgotar sua função econômica, da mesma forma como, ao fazê-lo, determina com que seja retirado do mercado de consumo (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017).

Já corrente maximalista aborda a lei consumerista como um novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e considera a definição do art. 2º como puramente objetiva,

não importando se a pessoa, jurídica ou física, tem ou não o fim de lucro quando adquire um produto ou serviço. Neste caso, o destinatário final seria aquele que retira o produto do mercado e o utiliza ou consome (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017).

Mais recentemente vemos a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) evoluir para a corrente finalista atenuada, ao admitir a aplicação das normas do código consumerista a determinados consumidores e profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais, desde que demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica (CAVLIERI FILHO, 2014).

Os conceitos de consumidor e fornecedor são dependentes e relacionados, uma vez que só haverá relação de consumo com a presença destes dois sujeitos. Neste sentido, por consumidor tem-se aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço, e como fornecedor observa-se quem oferece os produtos e serviços no mercado de consumo (NUNES, 2017). Neste sentido, é que a referência do artigo 3º, § 2º, relativamente à necessidade da existência de remuneração na prestação de serviços para fazer incidir as normas do CDC vai irradiar-se para toda a definição de fornecedor, indicando a finalidade econômica da atividade de fornecimento (OLIVEIRA, 2010).

Os sete primeiros capítulos da lei do consumidor bastariam para o consumidor receber uma ampla proteção, pois ali estão descritos os princípios e direitos básicos relativos ao consumidor (NUNES, 2014). Pelos princípios se inicia a análise do ordenamento jurídico e se afere para onde ele se norteia. E na base da ordem jurídica, bem no seu início, estão os valores éticos e morais, abrigados no ordenamento jurídico, compartilhados por toda a comunidade em dado momento e em dado lugar, como a liberdade, a igualdade, a solidariedade, a dignidade da pessoa humana, a boa-fé, e outros tantos (CAVALIERI FILHO, 2014).

O artigo 6º do CDC trata dos direitos básicos do consumidor como proteção da vida, saúde e segurança, liberdade de escolha e igualdade nas contratações; presença de informações claras e adequadas; proteção contra publicidade enganosa e abusiva, entre outros. Aqui temos o consumidor como um sujeito de direitos especiais, que é uma realização de um direito fundamental positivo de proteção do Estado para o consumidor, portanto o artigo 6º vem a completar os artigos 1º a 4º (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017).

O princípio da boa-fé está fundado em um dos princípios bases do direito do consumidor, assim como no direito privado em geral. A boa-fé está prevista expressamente no artigo 4º, III, do CDC:

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 .

O princípio da boa-fé exige a realização de um estado de coisas externadas pela lealdade, veracidade, seriedade, sinceridade, honestidade, transparência e colaboração. Sem estes comportamentos não se constitui a existência do estado de coisas apresentado como ideal pela norma, e assim não se concretiza o princípio (CAVALIERI FILHO, 2014).

Este é um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando para atingir o fim a que se propõe o contrato. E ainda tem como objetivo viabilizar os ditames constitucionais da ordem econômica, servindo não apenas para proteger o débil, mas como fundamento para orientar a interpretação garantidora da ordem econômica (NUNES, 2017).

A vulnerabilidade é o princípio mais importante do CDC, pois a partir dele é reconhecido que os consumidores são sujeitos que precisam da proteção especial do Estado quando se relacionam com os fornecedores, pois sem este auxílio não ficam no mesmo nível de igualdade (BESSA, MOURA, 2014). O princípio da vulnerabilidade é o elemento chave na relação de consumo. E surge como base para toda regra e princípio que tenham a finalidade de proteger o consumidor. O conceito de vulnerabilidade “é a qualidade ou estado de vulnerável que, por sua vez, significa o que pode ser vulnerado, magoado, prejudicado, ofendido; o que é frágil, que pode ser atacado ou ferido” (CAVALIERI FILHIO, 2014, p.49).

O princípio da vulnerabilidade também é conhecido como princípio da isonomia, e declara que artigo 5º da Constituição Federal em seu inciso XXXII, ao estabelecer que o Estado deve promover a defesa do consumidor, assegurou essa proteção ao cidadão como um direito fundamental, destarte reconheceu a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo. Esse mesmo autor reconhece a vulnerabilidade como o pilar básico que envolve a problemática do consumidor, a servir de justificativa eficiente para sua tutela (ALMEIDA, 2009).

Vulnerabilidade é uma situação que pode ser permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017). Tem-se ainda o conceito de hipervulnerabilidade, como uma espécie qualificada de vulnerabilidade, expressão utilizada pela doutrina e jurisprudência para indicar consumidores portadores de deficiência

física, doenças específicas, precária situação econômica e que, por isso, merecedores de atendimento e informações especiais (CAVALIERI FILHO, 2014).

3 DA PUBLICIDADE E DA PROPAGANDA

No atual mercado globalizado, as ferramentas como a publicidade e propaganda são de grande importância, visto que apenas a lei de oferta e demanda já não é o suficiente para manter uma empresa em funcionamento. A publicidade e propaganda possuem um poder essencial no mercado atual: o poder de criar demandas, isto é, criar um nicho de mercado que ainda não existe. Isto é fundamental tanto para empresas que lançam constantemente produtos novos, ou desejam explorar outros mercados com o mesmo produto.

A publicidade teve grande avanço no começo do século XVIII, nos Estados Unidos, com o surgimento dos jornais periódicos, que marcou o início da constituição das grandes agências de publicidade, como sistemas organizados e produtivos. Porém, a percepção de publicidade que temos hoje é fruto do reflexo que a Revolução Industrial trouxe para a humanidade, pois com mais produção, os fornecedores tinham a necessidade de divulgar seus produtos para vendê-los à população. O século XX também foi importante para a publicidade, pois nesse período, a publicidade se desenvolveu e se aperfeiçoou, especialmente a publicidade impressa, quando agregou o audiovisual (AFONSO, 2013).

A evolução das relações de consumo conduziu à necessidade de novo entendimento do tema referente à oferta e publicidade. As disposições do direito comum mostram-se insuficientes e inadequadas para regular essa nova realidade e, conseqüentemente, o consumidor era frequentemente lesado com práticas de consumo, como oferta, publicidade e práticas abusivas (ALMEIDA, 2009). Foi então que se descobriu que os processos de persuasão pessoal podiam ser apoiados, ou até mesmo substituídos, por mensagens dirigidas a um público, e assim começou a funcionar a comunicação em massa.

O CDC aborda em seu artigo 30 sobre a informação ou publicidade (BRASIL, 1990):

Art. 30. 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.

A norma propositalmente não fala em apenas publicidade, mas também em informação, isto significa dizer que são distintos os conceitos, e alguns autores afirmam que toda publicidade veicula algum tipo de informação, mas nem toda informação é publicidade,

ou seja, a informação é mais ampla (NUNES, 2017).

O artigo 30 do CDC apresenta outro aspecto fundamental, o fenômeno da vinculação. Oferecida a mensagem, fica o fornecedor a ela vinculado, podendo o consumidor exigir o cumprimento desta oferta. A própria mensagem é o elemento comprobatório de sua existência e vinculação (BRASIL, 1990). Dois requisitos são necessários para incidência do princípio da vinculação, em primeiro lugar, não operará a força obrigatória se não houver veiculação da informação. Em segundo lugar, a oferta (informação ou publicidade) deve ser suficientemente precisa, isto é, o simples exagero (puffing) não obriga o fornecedor (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017).

É importante ressaltar que os termos publicidade e propaganda não são sinônimos, embora habitualmente sejam utilizados um pelo outro até entre operadores do direito. O fato da publicidade e propaganda se utilizarem dos mesmos veículos de divulgação, ou seja, da mesma mídia disponível no mercado, contribui fortemente para esta confusão conceitual.

Publicidade tem objetivo comercial, próprio para anunciar produtos e serviços possíveis de negociação. Propaganda, por sua vez, visa a um fim ideológico, próprio para a propagação de princípios, ideias, teorias, com objetivo religioso, político ou cívico. Fora isso, a publicidade, além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017).

Publicidade é caracterizada como toda a informação dirigida ao público com o objetivo de promover, direta ou indiretamente, uma atividade econômica, contudo, assim como sucede com o marketing, não é fácil defini-la, especialmente em decorrência do caráter complexo de suas múltiplas funções e das relações mútuas entre ela.

Modernamente, o conceito de publicidade pode ser descrito como: “Divulgação de fatos ou informações, matéria encomendada ou não, a respeito de pessoas, ideias, serviços, produtos ou instituições, utilizando-se os veículos normais de comunicação” (AFONSO, 2009, p. 109).

A publicidade, de acordo com definido pelo Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária (CONAR), abrange os anúncios de televisão, rádio, jornal, revista, cinema, e também os constantes de rótulos, folhetos e de materiais entregues em pontos de venda (NUNES, 2017). Um aspecto importante a destacar é que publicidade significa divulgação, tornar público, dar conhecimento geral. Tornar público, para a publicidade é tornar algo conhecido do público, e não tem relação com a costumeira público-privado (NUNES, 2017).

O CDC não proíbe a publicidade, contudo posiciona-se contra dois tipos de

publicidade perniciosa ao consumidor: abusiva e enganosa. A publicidade vem regulada no CDC em um capítulo próprio, o das práticas comerciais, como um momento pré-contratual, ou seja, que antecede a tutela contratual do consumidor.

O artigo 6, IV, já inclui a “proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços” (BRASIL, 1990). E também a Constituição Federal em seu inciso II, do parágrafo 3º, do artigo 220 estabelece que:

§ 3º Compete à lei federal:

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente .

Ainda, o CONAR reconhecendo a importância e gravidade dos anúncios que envolvem certos produtos e serviços, fixou regras especiais para cada um desses casos. As classes de produtos reguladas por esse código são: bebidas alcoólicas; educação, cursos e ensino; vendas e aluguel; divertimentos, empréstimos e mercado de capitais; lojas de varejo; produtos alimentícios; profissionais da saúde, tais como médicos, dentistas, veterinários, entre outros, produtos farmacêuticos populares; produtos de fumo; produtos inibidores do fumo; profissionais liberais; vendas por correio; turismo, viagens, excursões e hotelaria; veículos motorizados; e armas de fogo (NUNES, 2017).

Adverte-se aqui, que com a vigência da lei consumerista não deixou de existir outros crimes que punem condutas que prejudicam o consumidor (crimes contra a saúde pública, contra a economia popular, fraudes no comércio, na incorporação de imóveis, nos loteamentos etc.) (FILOMENO, 2018). Conforme o previsto em seu artigo 61: “Constituem crimes contra as relações de consumo previstas neste código, sem prejuízo do disposto no Código Penal e leis especiais, as condutas tipificadas nos artigos seguintes” (BRASIL, 1990). Portanto, o CDC considera ilícita a publicidade abusiva e enganosa. O descumprimento desse princípio, além da repercussão civil e administrativa, tipifica o ilícito penal previsto nos artigos 67, 68 e 69 do Código, que diz:

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.

E para muitos autores esse é o grande avanço do Código de Defesa do Consumidor, apresentar um regramento jurídico claro da publicidade enganosa e abusiva, dando-lhe, ainda, capacidade de vinculação contratual.

O CDC reconhece o princípio da veracidade da publicidade ao proibir a publicidade enganosa no seu art. 37, parágrafo 2º, como segue:

É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

Neste caso a publicidade não chega a ser mentirosa, mas é distorcida, desvirtuada dos padrões de publicidade clara, e é também violadora de valores éticos que a sociedade deve preservar (ALMEIDA, 2009). A publicidade é considerada abusiva por inclusive induzir o consumidor a comportamento prejudicial ou perigoso à sua saúde e segurança. Ressalta-se que ao contrário da publicidade enganosa, para a publicidade abusiva não existe um critério infalível para a identificação da abusividade, tratando-se de uma noção plástica, ainda em formação (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017).

Em seu artigo 39, no CDC podem-se observar algumas das práticas abusivas, e já teve diversas alterações em sua redação, com inclusão de novos incisos:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

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 as 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;

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro);

IX - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério;

IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; (Redação dada pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

X - (Vetado).

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (Incluído pela Lei nº 8.884, de 11.6.1994)

XI - Dispositivo incluído pela MPV nº 1.890-67, de 22.10.1999, transformado em inciso XIII, quando da conversão na Lei nº 9.870, de 23.11.1999

XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério. (Incluído pela Lei nº 9.008, de 21.3.1995)

XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. (Incluído pela Lei nº 9.870, de 23.11.1999)

XIV - permitir o ingresso em estabelecimentos comerciais ou de serviços de um número maior de consumidores que o fixado pela autoridade administrativa como máximo. (Incluído pela Lei nº 13.425, de 2017).

O código define a publicidade enganosa em seu artigo 37, parágrafo 1º, como:

Art. 37. É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Ainda o parágrafo 3º do mesmo artigo cita: “Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço” (BRASIL, 1990).

Ressalta-se deste conceito legal de publicidade enganosa o elemento fundamental para a sua caracterização: a capacidade de induzir em erro o consumidor a respeito de qualquer dado do produto ou serviço objeto da publicidade. O critério é finalístico: a indução a erro (CAVALIERI FILHO, 2014).

O sistema do CDC não exige prova da enganabilidade real, bastando a mera enganabilidade potencial, ou seja, capacidade de indução ao erro. Para os mesmos autores, o silêncio, definido como ausência de informação positiva, pode ser enganoso. E ainda na caracterização da publicidade enganosa não exige a intenção de enganar por parte do anunciante. Então, é irrelevante a boa ou má-fé (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017).

Portanto, a publicidade enganosa se caracteriza pela falha de informações de relevância para o produto ou serviço, deixando de dizer o que é, podendo se manifestar de várias formas. Uma mensagem publicitária pode ser caracterizada como enganosa quando mesmo não dizendo claramente e explicitamente, a mensagem passada difere do significado real da mensagem. Isto é a enganabilidade potencial, onde o que importa é a capacidade de

indução a erro de forma abstrata, difusa, indeterminada (CAVALIERI FILHO, 2014).

Alguns princípios do CDC são apontados como norteadores da publicidade no seu relacionamento com o consumidor, porém os principais são o princípio da não abusividade, da vinculação contratual e o da transparência da fundamentação da mensagem publicitária.

4 TRATAMENTO JURÍDICO DA PUBLICIDADE ENGANOSA E ABUSIVA EM FACE DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

No Brasil, o direito consumerista, a partir do seu fundamento constitucional e das normas estipuladas em seu código “realiza um corte transversal nas disciplinas jurídicas, incorporando no seu texto normativo e em seus princípios fundamentais, diversas áreas do direito, como direito civil, direito processual, direito penal, direito administrativo” (MIRAGEM, 2016, p.117). O campo de aplicação do código consumerista é tão amplo que existe um roteiro a ser seguido pelos magistrados e outros operadores do direito (CAVALIERI FILHO, 2014):

[...] antes de decidir qualquer questão terá que verificar se está ou não em face de uma relação de consumo. Caracterizada a relação de consumo, teremos que aplicar o Código do Consumidor, porque essa é uma lei especial cujas normas são de ordem pública e interesse social, isto é, de observância necessária. [...] o Código do Consumidor deve ser interpretado e aplicado a partir dele mesmo e da Constituição, e não com base em princípios do direito tradicional.

Ou seja, não se pode interpretar o código de modo retrospectivo à luz do direito velho, de modo a tornar o novo tão parecido com o velho que não tenha mudanças. No que diz respeito à origem das tutelas protetivas do direito do consumidor pode-se ressaltar que a configuração desse novo direito privado tem a defesa do consumidor como um de seus valores, e não só a livre iniciativa (ou autonomia privada, ou autonomia da vontade das partes e liberdade de contratar). Ou seja, em uma visão sistemática do ordenamento jurídico, onde a Constituição é o ápice e guia de todo o direito, privado e público, este deve ser interpretado conforme a Constituição e seus valores (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017).

O CDC adotou uma avançada técnica legislativa, baseada em princípios e cláusulas gerais, o que permite considerá-lo uma lei principiológica. E para entender melhor estes princípios temos que lembrar o que são princípios, regras, cláusulas gerais e precisar a função de cada um (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2017).

A responsabilidade que o código consumerista brasileiro impõe ao fornecedor, seja este de produtos ou serviços, é um dever de qualidade e de segurança, portanto, o fornecedor

tem a obrigação legal de ofertá-lo sem risco ao consumidor no que diz respeito à sua saúde, à sua integridade física e psíquica, bem como ao seu patrimônio. Esta responsabilidade deve ser entendida como um dever de qualidade-segurança limitado, conforme consta do § 1º do art. 12 do CDC, que fala da responsabilidade objetiva, que deve ser indenizada independente de culpa (BRASIL, 1990).

O mesmo artigo trata em seu § 3º da exclusão da responsabilidade em três condições: quando o produto não for colocado no mercado, quando o defeito é inexistente, ou ainda, quando a culpa é exclusiva do consumidor.

Debatendo a responsabilidade civil frente à publicidade enganosa e abusiva, mesmo esta seja por omissão, possui como regra geral a prova da culpa para que se assegure ao consumidor a reparação do dano causado, seja ela pela grande influência que se dá aos consumidores, não apenas aos mais instruídos, bem como também aos mais ávidos pelo consumismo e pela falta de informação clara e precisa do produto ou serviço ofertado (MIRAGEM, 2016). Mesmo tratando-se da fase pré-contratual, a tutela jurídica está resguardada para que assegure o equilíbrio social, sendo que ao fornecedor é colocada a responsabilidade objetiva, conforme a lei consumerista, nos seus artigos 12º e 14º.

A responsabilidade civil aponta no propósito de reparação ao dano causado, seja este material ou moral, bem como tem a finalidade de prevenção a novas práticas lesivas. Neste mesmo sentido, cabe salientar que não se aponta a maneira subsidiária o Código Civil em seus artigos 186, 187 e 927, que tratam do mesmo assunto, ou seja, da ação ou omissão voluntária e ato ilícito, bem como à ofensa aos direitos e garantias fundamentais, elencados na Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos XXXII, XXXV e LV e artigo 93º, inciso IX, não deixando dúvidas nas normas jurídicas (princípios e regras) as relações de consumo e princípios da boa-fé e padrões de boa conduta.

São regras oriundas a reestabelecer o equilíbrio e eficácia, sem que ocorra um prejuízo ao consumidor vulnerável e que para o suposto fornecedor/anunciante auferir lucros e riquezas. Esta efetiva proteção ao consumidor que o código impõe encontra ressonância no princípio geral da vulnerabilidade, e busca garantir o princípio da isonomia, dotando os mais fracos de instrumentos que se lhes permitam trabalhar em condições de igualdades pelos seus direitos.

Cabe ressaltar aqui um ponto que não é o objetivo central desta, mas que gera grandes divergências e que merece especial atenção e tratamento específico que abordaremos mais profundamente em outro artigo, que vem na direção do veículo de comunicação em massa (rádios, jornais e canais de televisão), que de maneira subjetiva também fazem parte desta

relação jurídica que antecede a tutela dessa fase pré-contratual. Pois não somente ao anunciante do produto e/ou serviço, mas estes veículos de comunicação vêm a responder solidariamente desde sua prova nonexo causal e incidindo o artigo 3º e 7º do Código de Defesa do Consumidor.

Diferente em relação ao artigo 333º do Código Processual Civil, no Código do Consumidor em seu artigo 6º, inciso VIII e 51º, inciso VI, que diz ser direito básico ao consumidor que assegura para sua defesa a inversão do ônus da prova, sendo esta uma regra especial e extraordinária, valendo-se das circunstâncias concretas apuradas pelo Excelentíssimo Juiz de direito, consistindo nesse entendimento pacífico no sentido da não automaticidade, sendo apurado as circunstâncias de averiguação de culpa principalmente. Em decorrência da reconhecida vulnerabilidade e hipossuficiência do consumidor frente à capacidade técnica e econômica do fornecedor, a regra pode se ajustar de modo a estabelecer uma igualdade no plano jurídico (MIRAGEM, 2016).

Neste sentido, citamos a jurisprudência da Segunda Turma do STJ, onde verificamos o entendimento sobre a inversão do ônus da prova (BRASIL, 2010):

[...] no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao "critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências" (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa' dos direitos do consumidor." [...] O art. 39, VI, do Código de Defesa do Consumidor determina que o serviço somente pode ser realizado com a expressa autorização do consumidor. Em consequência, não demonstrada a existência de tal autorização, é imprestável a cobrança, devido, apenas, o valor autorizado expressamente pelo consumidor.

Está previsto no artigo 4º do código consumerista a Política Nacional de Relações de Consumo (BRASIL, 1990), objetivando de maneira clara ao atendimento e proteção desses consumidores e a seus interesses, destacando-se aqui o juizado especial de pequenas causas e varas especializadas para a solução de litígios de consumo, que por sua menor complexidade dispensa-se até mesmo a necessidade do advogado, e fica também desprovido de formalidades das demandas, sendo acessível, rápido e eficaz aos pequenos litígios ou inexpressivos valores econômicos.

Salienta-se ainda que nesses casos de menores proporções, mas com a devida atenção desses juzizados, venha afastar uma demanda de maiores proporções, causando assim uma extinção do processo, que ao oposto, onde em um litígio do cotidiano vem a ocorrer uma complexidade de citações jurisprudenciais e uma formalidade tradicional dos defensores

No rito do juizado especial destaca-se a oralidade e facilidade das partes em dialogar e buscar a solução da lide e o convencimento do juiz, resultado em uma economia processual e finalizando com uma conciliação benéfica a favor do consumidor.

Na relação de consumo, o dever de reparar surge do próprio agravo ao dever de informação, em desconsideração ao decretado na lei consumerista brasileira. A publicidade enganosa atenta contra o direito do consumidor de não ser ludibriado, criando falsas expectativas e vindo a colocar determinados grupos a riscos. O direito à informação assegura ao consumidor uma seleção consciente, com respeito as próprias limitações e restrições pessoais, principalmente com proteção aos vulneráveis. Desse modo, com a prova nos autos comprovando a existência de real prejuízo aos consumidores, e a toda evidência da enganosidade verificada é suficiente para o direito à reparação, mesmo no aspecto imaterial e coletivo (NUNES, 2017).

O responsável pelo anúncio, mesmo sem intenção de lesionar e causar prejuízo ao consumidor, terá a obrigatoriedade de reparação, pois a responsabilidade de veicular publicidade enganosa cometendo, juridicamente um ato ilícito, independe de culpa, ela é considerada responsabilidade objetiva, conseguindo provar o dano causado e o nexo de causalidade, o anunciante terá o dever de indenização (BESSA; MOURA, 2014).

Quanto às sanções e aos crimes dos infratores perante o código consumerista, considera-se o artigo 56, inciso I e XII, que diz: “A publicidade veiculada em desrespeito ao CDC pode ser sancionada administrativamente com multa e/ou imposição de contrapropaganda” e ainda o artigo 60 que exhibe: “A imposição de contrapropaganda será cominada quando o fornecedor incorrer na prática de publicidade enganosa ou abusiva, nos termos do art. 36 e seus parágrafos, sempre às expensas do infrator” (BRASIL, 1990).

A publicidade enganosa ou abusiva causa um enorme prejuízo ao consumidor, mesmo tendo sido retirada dos veículos de comunicação em massa, uma vez que a publicidade acaba ficando na memória das pessoas. E mais além, caso sejam utilizados outros meios de publicidade escritos como e-mail, jornais, revistas, poderão ser vistos em momento futuro por possíveis compradores que provavelmente serão enganados. Nesses casos, torna-se impossível a desvinculação da total propaganda visto que o dano é algo verdadeiro. Por conseguinte, a contrapropaganda tem como objetivo desfazer ou minimizar o dano causado, e tem que cumprir seu propósito de retirar qualquer viés abusivo ou enganoso. O conteúdo dessa contrapropaganda deve anular a propaganda anterior e também precisa ser veiculada de mesma forma, frequência, tempo de exposição, tendo o mesmo público alvo da anterior (BESSA; MOURA, 2014).

As ações penais cabíveis estão elencadas nos artigos 63, 64, 66, 67, 68 e 69 no código do consumidor, que se pode resumir como: omitir dizeres ou sinais e mesmo deixar de comunicar aos consumidores a nocividade ou periculosidade de produtos; fazer afirmação falsa ou enganosa, ou omitir informação relevante; fazer publicidade que sabe ou deveria saber ser enganosa ou abusiva; induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa a sua saúde ou segurança; salientando que em todas essas ações cabem a pena de detenção de 3 meses a 2 anos e multa pecuniária, podendo ainda levar a circunstâncias agravantes em crimes tipificados neste código, como prevê o artigo 78:

[...] Além das penas privativas de liberdade e de multa, podem ser impostas, cumulativa ou alternadamente, observado o disposto nos arts. 44 a 47, do Código Penal:

I - a interdição temporária de direitos;

II - a publicação em órgãos de comunicação de grande circulação ou audiência, as expensas do condenado, de notícia sobre os fatos e a condenação;

III - a prestação de serviços à comunidade.

Segue entendimento jurisprudencial quanto ao ressarcimento dos danos causados pela propaganda enganosa e abusiva, de acordo com decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. No primeiro exemplo, citamos a compra de computador notebook com publicidade enganosa de entrega de impressora multifuncional como brinde. Neste caso, a informação “enquanto durar os estoques” aparece de forma não explícita e clara, em desacordo com artigo 54 do CDC (BRASIL, 2011). Outro exemplo jurisprudencial é quanto a publicidade enganosa na assinatura de revista mensal, com promessa de mais dois prêmios, o que persuadiu o consumidor a assinar a revista sem cumprir com a obrigação que lhe competia na avença. Neste caso a estratégia adotada constitui prática atentatória aos direitos da personalidade da parte autora, uma vez que esta foi induzida a realizar a assinatura da revista, por força da promessa de que receberia os brindes acima referidos, o que vai contra o 37, §1º, do CDC que fala da violação a direito da personalidade (BRASIL, 2012a). Como terceiro exemplo, a publicidade enganosa na telefonia móvel, onde o consumidor foi induzido em erro, omitindo informações importantes quanto seleção e compra de celulares no programa de fidelidade da empresa, aqui o consumidor foi a constrangimento, tendo de devolver o aparelho e cancelar o financiamento destinado à sua aquisição, configurado está o dano moral (BRASIL, 2012b).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As relações de consumo e a publicidade lícita devem seguir os princípios elencados no código de defesa do consumidor, tais como princípios da boa-fé e transparência, e da vulnerabilidade do consumidor. A ilicitude nestas relações é amplamente tratada na lei consumerista com intuito de dar segurança e equilíbrio tanto ao consumidor quanto ao fornecedor de produtos ou serviços, protegendo o elo mais fraco dessa relação. A publicidade enganosa e abusiva gera um dano que rompe o equilíbrio dessa relação de consumo e o ordenamento jurídico é fundamental para restabelecer esse equilíbrio. O código de defesa do consumidor adotando o conceito de responsabilização objetiva garante uma maior efetividade na proteção dos direitos do consumidor. E de tal modo temos sanções e crimes aos infratores perante ao código consumerista cabíveis no caso de publicidade abusiva e enganosa nos três âmbitos: o administrativo, o civil e o penal, incumbindo o juiz a decisão de acordo com cada ocorrência ilicitude publicitária. A publicidade enganosa e abusiva constitui crime e se identificada cabem medidas administrativas e penais para que os direitos do consumidor sejam preservados, e não sejam lesados por aqueles que buscam o lucro fácil e nem sempre à luz da lei.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AFONSO, Luiz Fernando. **Publicidade Abusiva e Proteção do Consumidor Idoso**. São Paulo: Atlas, 2013.

ALMEIDA, João Batista, **A Proteção Jurídica do Consumidor**, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman V., MARQUES, Claudia Lima, BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual De Direito do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BESSA, L. R.; MOURA, W. J. F. **Manual de Direito do Consumidor**. 4 ed. Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014.

BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 de set. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 de jun. 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial 1.146.345**. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. DJ: 23/03/2010. **JusBrasil**, 2010. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9113410/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1146345-rs-2009-0121944-5/inteiro-teor-14261066>>. Acesso em: 11 jan. 2019.

_____.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível 71003216363 RS**. Relator: Ricardo Torres Hermann. DJ: 27/10/2011, Primeira Turma de Recurso Cível. JusBrasil. 2011. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20742658/recurso-civel-71003216363-rs-tjrs>>. Acesso em: 11 jan. 2019

_____.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível 70045411352 RS**. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. DJ: 29/02/2012a, Nona Câmara Cível. JusBrasil. 2012. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21296316/apelacao-civel-ac-70045411352-rs-tjrs>>. Acesso em: 11 jan. 2019

_____.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Recurso Cível 71003643129 RS**. Relator: Ricardo Torres Hermann. DJ: 09/07/2012, Terceira Turma Recursal Cível. JusBrasil. 2012b. Disponível em: <<https://tj-s.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21941867/recurso-civel-71003643129-rs-tjrs>>. Acesso em: 11 jan. 2019

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FILOMENO, José Geraldo Brito. **Direitos do Consumidor**. 15 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MIRAGEM, Bruno, **Curso de direito do consumidor**. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo : Saraiva, 2017.

**Submetido em 26 mar. 2019. Aceito em 07 jun. 2019.*



CRÍTICA À INADMISSÃO APRIORÍSTICA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PROTELATÓRIOS NO PAÍS “BRUZUNDANGA” DE LIMA BARRETO: UMA APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO E LITERATURA

João Mateus Silva Fagundes Oliveira*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O país de “Os Bruzundangas”: uma aproximação necessária entre Direito e Literatura; 2.1 A obra literária como instrumento de estudo pelo Direito; 2.2 Teorias poética e imaginária do Direito; 2.3 O triste visionário Lima Barreto; 2.4 A terra “Bruzundanga”: o Brasil do início do Século XX; 3 Análise de inadmissão apriorística dos embargos de declaração no país “Bruzundanga”; 3.1 A previsão constante no artigo 1.026, §4º, do Código de Processo Civil; 3.2 A eticidade em “jogo”: a atividade protelatória na prática jurídica; 3.3 A formação sócio-político-cultural do país “Bruzundanga” e as decisões judiciais; 3.4 Análise crítica da inadmissão apriorística dos embargos de declaração tidos por protelatórios; 4. Considerações Finais; 5 Referências.

RESUMO

Trata acerca da inadmissão apriorística dos embargos de declaração tidos por protelatórios, prevista no artigo 1.026, §4º, do Código de Processo Civil, e, para tanto, utiliza a aproximação entre Direito e Literatura. Com o objetivo de identificar os elementos de formação social, política, cultural e judicial do Brasil existentes em “Os Bruzundangas”, de Lima Barreto, parte da premissa de que tal formação criou mecanismos de perpetuação no poder, que se refletem em práticas autoritárias e decisionistas, como a inadmissão dos mecanismos que buscam aperfeiçoar as respostas dadas pelo Estado-Juiz às demandas dos cidadãos. Para tanto, utiliza a hermenêutica fenomenológica e a análise do discurso de matriz francesa, com base em Maingueneau, Brandão e Orlandi. Aponta, com supedâneo na obra “Os Bruzundangas”, o retrato documental de Lima Barreto acerca do Brasil do início do século XX, para, então, analisar a atividade protelatória na prática jurídica. Outrossim, tece considerações sobre a necessidade de declaração de nulidade das decisões judiciais não ou mal fundamentadas e propõe a circularidade hermenêutica gadameriana para compreender a atividade protelatória no Judiciário. Conclui pela incompatibilidade da inadmissão apriorística de embargos de declaração tidos por protelatórios com o regramento constitucional.

Palavras-chave: Fundamentação das decisões judiciais. Embargos de declaração. Direito e Literatura. Análise do Discurso.

ABSTRACT

It deals with the *a priori* refusal of admission of the motion of clarification considered postponing, provided by article 1,026, §4, of the Code of Civil Procedure, and, for that

* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (2017). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá (2018). Advogado. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9857854488220633>. E-mail: joamateusfagundes@gmail.com.

purpose, it uses the approximation between Law and Literature. In order to identify the elements of Brazil's social, political, cultural and judicial formation in Lima Barreto's "Os Bruzundangas", it is based on the premise that such formation created mechanisms for perpetuating power, which are reflected in authoritarian practices and decisions, such as the inadmissibility of mechanisms that seek to improve the answers given by the State Judge to the demands of citizens. To do so, it uses phenomenological hermeneutics and French matrix discourse analysis, based on Maingueneau, Brandão and Orlandi. It emphasizes the indispensability of the reasoning of judicial decisions, and points, with reference to the work "Os Bruzundangas", the documentary portrait of Lima Barreto about Brazil from the beginning of the 20th century, to analyze the postponement in the judicial practice. In addition, it makes considerations about the need to declare nullity of judicial decisions not or poorly reasoned and proposes the hermeneutic circular from Gadamer to understand the postponing activity in the Judiciary. It concludes for the incompatibility of the a priori inadmissibility of motion of clarification considered postponing with the constitutional rule.

Keywords: Reasoning of judicial decisions. Motion of clarification. Law and Literature. Discourse analysis.

1 INTRODUÇÃO

O olhar para o passado traz várias possibilidades, dentre as quais a busca pela restauração ou pelo futuro, como nos ensina José Reinaldo de Lima Lopes (2000, p. 2). Diversos fatores de mudança, dentre os quais a própria pesquisa histórica – a partir da escola dos *Annales*, a história dos eventos passou a caminhar lado a lado com a história das práticas cotidianas, do imaginário social, das mentalidades – fazem com que a história do Direito possa cruzar todos os recursos da nova história com os elementos do universo jurídico, compreendido, ao mesmo tempo, como ordenamento, como espaço onde se produz um pensamento, um discurso e um saber e como um conjunto de instituições.

Assim, Direito e Literatura se aproximam, ao desvelarem a presença da realidade nas ficções e quanta ficção conforma nossa realidade, e tornam atemporal a máxima oitocentista presente na obra *Von der Poesie im Recht* (Da poesia no Direito), de Jacob Grimm (1882, *ebook*): “Não é difícil acreditar que o Direito e a poesia tenham se levantado da mesma cama”¹.

Jornalista, contista, cronista e romancista, Lima Barreto (1881-1922), proeminente autor do Pré-Modernismo brasileiro, vocaliza o reconhecimento de sujeitos e espaços marginalizados, documentando o Brasil do início do século XX e utilizando o processo ficcional como instrumento para dar vazão ao seu drama – pessoal e social – de cidadão negro numa sociedade preconceituosa que apenas há poucos anos havia se transformado em

¹ Tradução nossa de: “*Dasz recht und poesie miteinander aus einem bette aufgestanden waren, hält nicht schwer zu glauben*”.

república de libertos.

Ferraz Júnior (1997, p. 60) nos traz a compreensão de que o discurso jurídico é uma ação linguística dirigida a outrem, e possui a especificidade de ser permeada pela exigibilidade (possibilidade de qualquer um dos comunicadores poder exigir a informação), seja de forma coordenada, subordinada ou integrada. Aliando esse entendimento à noção de que cada partícipe da ação linguística traz consigo a carga da sua personalidade historicamente constituída e assume um determinado papel, numa perspectiva foucaultiana, inferimos pela possibilidade de se encontrar o discurso jurídico para além das tradicionais formas, como a lei, a doutrina e a jurisprudência.

Dessa forma, enquanto sujeito enunciativo de suas obras, e, a partir da compreensão de sujeito como ser histórico, constructo da linguagem, sujeito e objetivado, que nos é trazida por Michel Foucault (1971), partimos da premissa de que os escritos de Lima Barreto apresentam frestas dos papéis sociais vigentes à época em que viveu o autor, encontram limitações e apresentam, em seu discurso, frestas da ideologia do autor, para questionarmos de que forma a sua obra satírica “Os Bruzundangas” contribui para a análise crítica da inadmissão apriorística dos embargos de declaração tidos por protelatórios, prevista no artigo 1.026, §4º do Código de Processo Civil.

A ausência de trabalhos que tratam da temática, diante da perpetuação da dogmática acrítica, acaba por reforçar a sua necessidade, de forma a produzir a semente de discussões capazes de ensinar a aplicação de novos olhares para o fenômeno jurídico, através de sua interface com a Literatura. Afinal, as implicações desse emaranhado nos remetem a uma ampliação da compreensão do Direito, para além dos tradicionais estudos com enfoque legislativo, doutrinário e jurisprudencial, encontrando também nas obras literárias um objeto próprio para a sua vivência, já que aqueles objetos não conseguem dar conta da totalidade do fenômeno jurídico, tão versátil e impregnado na sociedade.

Destarte, o objetivo deste trabalho é identificar os elementos de formação sócio-político-cultural e judicial do Brasil porventura existentes na obra satírica “Os Bruzundangas”, de Lima Barreto, e suas influências para a existência da inadmissão apriorística de embargos de declaração prevista no Código de Processo Civil.

A hipótese de pesquisa a ser “verificada” é a de que a formação do Brasil enquanto nação, tal qual a nação bruzundanga apontada pelo literato, a qual não compreende seus dirigentes, os quais também não entendem as necessidades do seu povo, acaba por marcar mecanismos de perpetuação no poder da classe política, e pela indissociável compreensão de mais de três séculos de regime escravocrata, refletindo-se, pois, em diferentes discursos,

dentre os quais o legislativo e o judiciário, apontando para práticas autoritárias e decisionistas, como a inadmissão dos mecanismos que buscam aperfeiçoar as respostas dadas pelo Estado-Juiz às demandas dos cidadãos.

Para esse aprofundamento, o presente artigo utiliza como metodologias a hermenêutica fenomenológica e a análise do discurso de matriz francesa, com base em Maingueneau, Brandão e Orlandi, e a coexistência de métodos se dá a partir do pluralismo fenomenológico.

Este trabalho iniciará com uma aproximação entre Direito e Literatura, ressaltando a obra literária como instrumento de estudo pelo Direito, explicitando o Movimento Direito e Literatura, e as Teorias Poética e Imaginária do Direito, sob os afluxos teóricos de Guerra Filho e Cantarini. Com base na biografia de Schwarcz, trará dados acerca da vida de Lima Barreto, e apontará, com supedâneo na obra satírica “Os Bruzundangas”, o retrato documental do literato acerca do Brasil do início do século passado.

Por fim, discutirá acerca da previsão constante no artigo 1.026, §4º, do Código de Processo Civil, que inadmite, aprioristicamente, os embargos de declaração tidos por declaratórios, abordando, em seguida, com base na noção de “jogo” em Gadamer, acerca da atividade protelatória na prática jurídica, para, então, apontar a formação social, política e cultural do país “bruzundanga” e seus reflexos sobre as decisões judiciais, analisando, criticamente, a referida previsão de inadmissão no diploma de ritos, a fim de se verificar a hipótese de trabalho e de se alcançar o objetivo pretendido.

2 O PAÍS DE “OS BRUZUNDANGAS”: UMA APROXIMAÇÃO NECESSÁRIA ENTRE DIREITO E LITERATURA

Analisada a rota pela qual a pesquisa será traçada, propomos, a partir de agora, uma aproximação entre Direito e Literatura, através da obra satírica “Os Bruzundangas”, de Lima Barreto.

Segundo Guerra Filho e Cantarini (2015, p. 4), atualmente, o estágio da Teoria Geral do Direito parece resultar diretamente do modo como se reagiu à Teoria Pura. Os referidos autores, então, transpõem a reflexão de Heidegger (1989), sobre o fim da Filosofia, para concluir que houve o “acabamento” da Teoria Geral do Direito, no duplo sentido que a palavra comporta, de aperfeiçoamento e finalização.

Heidegger (1989), em “O fim da Filosofia e a tarefa do pensamento”, apresenta dois questionamentos para ilustrar o caminho da Filosofia após a publicação de “Ser e Tempo”. Busca o filósofo esclarecer em que medida entrou a Filosofia em seu estágio final, bem como

qual tarefa ainda permaneceria reservada para o pensamento no fim da Filosofia. Para tanto, entende que a filosofia seria Metafísica e, àquele momento, o fim da filosofia estaria significando o fim da Metafísica. Após, passa a descrever as propriedades da filosofia enquanto Metafísica, visando assim esclarecer o que chegou ao seu acabamento. O fim da filosofia, pois, apresenta um duplo sentido: finalização da tarefa do pensamento filosófico de matriz metafísica, e aperfeiçoamento dessa mesma filosofia.

Ora, vivemos sob o signo da pós-modernidade², pelo qual “não mais se aceita o domínio de um discurso com a pretensão de único verdadeiro, já que a complexidade do mundo atingiu tamanha proporção, que só a convergência dos diversos esforços para entendê-lo poderá ser de alguma valia” (GUERRA FILHO; CANTARINI, 2015, p. 7).

Dentre as diversas possibilidades próprias da pós-modernidade – deixadas de lado as discussões conceituais acerca de sua existência e tomada na acepção cunhada por Bauman – há aquela que aproxima o Direito e a Literatura. Como bem nos asseveram Guerra Filho e Cantarini (2015, p. 32), o Direito é um modo pelo qual a sociedade se dá a conhecer aos seus membros qual o comportamento que é esperado, pelos demais, de cada um. Com isso, depreende-se um caráter fundamentalmente criativo, imaginativo de toda obra humana, gênero no qual podemos inserir tanto o Direito como o conhecimento que se produz, seja ao seu respeito, seja também de forma generalista, da totalidade do que se conhece, enquanto dependente de alguma forma de decodificação.

A partir do entendimento do Direito enquanto criação humana, tem sido proposta uma compreensão do universo jurídico em aproximação com o universo ficcional e, mais especificamente, da Literatura.

2.1 A obra literária como instrumento de estudo pelo Direito

A aproximação entre o Direito e a Literatura não é recente. Nesse viés encontram-se, conforme nos aponta Guerra Filho (2009, p. 215,), estudos desenvolvidos pelos teóricos que compõem o denominado *Law & Literature Movement* (Movimento Direito e Literatura). Malgrado não haja consenso dos teóricos quanto ao marco inicial desse movimento, Sansone e Mítica (2008, p. 3) apontam que tal tradição de estudos se inicia nos Estados Unidos com a publicação, em 1908, de “*A list of legal novels*” (em tradução nossa, “Uma lista de romances

² Para Bauman (2001), a pós-modernidade corresponde às mudanças rápidas e profundas das relações sociais, instituições estatais e construções culturais que quebraram as narrativas e ideologias da Modernidade que não mais se sustentam. Neste sentido, a sociedade se apresenta sob os caracteres da liquidez e volatilidade, elevando a complexidade da dinâmica social.

jurídicos”), de John Henry Wigmore, seguido de publicações europeias das décadas de 1920 e 1930³.

Segundo Ramiro (2012, p. 299), entre 1940 e 1980, dá-se a fase intermediária do movimento, com o aprofundamento de trabalhos investigativos nos Estados Unidos e na Europa, e a partir dos anos 1980 (terceira fase), o movimento se afirma como tradição de pesquisa, ultrapassando os locais de produção inicial para atingir, por exemplo, países francófonos.

Para Amalia Amaya (2013, p. 2), no entanto, o marco inicial foi a publicação do livro *The Legal Imagination: Studies in the Nature of Legal Thought and Expression* (em tradução nossa, “A Imaginação Jurídica: estudos na natureza do pensamento e expressão jurídicos”), por James Boyd White, em 1973⁴, nos Estados Unidos. Tal livro corresponderia a uma resposta ao forte formalismo característico do pensamento jurídico estadunidense dos anos 1970, reagindo ainda aos esforços para assimilar o conhecimento jurídico como científico. Objetivo compartilhado tanto pelo positivismo jurídico como pelo Movimento *Law and Economics*, que no Brasil é comumente denominado Análise Econômica do Direito⁵.

Ainda segundo Amaya (2013, p. 2), o movimento de Direito e Literatura defende um modelo de advogado-humanista, em contraposição ao modelo de advogado-científico, predominante na cultura jurídica estadunidense. Além disso, em vez de uma concepção do conhecimento jurídico como autônomo, reivindica a necessidade de explorar as relações entre Direito e Literatura e, por fim, reconectar o Direito com as humanidades. Dentre seus representantes conhecidos, temos Richard Posner e Martha Nussbaum, nos Estados Unidos e François Ost na França⁶.

O Professor André Karam Trindade (2012, p. 148-153) nos apresenta a diversidade de abordagens dentro do Movimento Direito e Literatura, o que leva a distinção de três

³ “*Das Recht im Bilde*” (em tradução nossa, “O Direito em Imagens”), de 1923 e “*Das Recht in der Dichtung*” (em tradução nossa, “Direito na poesia”), de 1931, ambos do alemão Hans Fehr. Além de “*La letteratura e la vita del diritto*” (em tradução nossa, “A literatura e a vida do direito”), em 1936, de Antonio d’Amato, na Itália.

⁴ Amalia Amaya (2013, p. 2) ressalta, no entanto, a existência de trabalhos precursores no início do século XX, a exemplo de “*A list of legal novels*” (em tradução nossa, “Uma lista de romances jurídicos”), de J. Wigmore, publicado na *Illinois Law Review* 2, em 1908, e “*Law and Literature*” (“Direito e Literatura”), de B. Cardozo, publicado na *Yale Law Review* 14, em 1925.

⁵ Segundo Alvarez (2006, p. 50), a Análise Econômica do Direito ou *Law and Economics* consiste na combinação entre Economia e Direito, num esforço interdisciplinar que tem como característica precípua “a aplicação de teoria microeconômica neoclássica do bem-estar para analisar e reformular tanto das instituições particulares como do sistema jurídico em seu conjunto”.

⁶ Segundo Ramiro (2012, p. 299), o movimento Direito e Literatura tem como principais teóricos James Boyd White, Richard Weis, Richard Posner, Ian Ward, Paul J. Heald, Martha Nussbaum, Richard Rorty, Owen Fiss, Stanley Fish e Sanford Levinson (Estados Unidos), Jörg Schönert, Hans-Jürgen Lüsebrink, Klaus Lüdersen (Alemanha), Régine Dhoquois e François Ost (França).

abordagens de pesquisa: “Direito na Literatura”, “Direito como Literatura”, “Direito da Literatura”. Vejamos, brevemente, os três.

O primeiro, denominado “Direito na Literatura” (*Law in Literature*), desenvolvido sobretudo na Europa, liga-se à dimensão ética da narrativa e examina aspectos da problemática e experiência jurídica retratados pela literatura enquanto documento de aplicação do Direito e da consciência jurídica. Esse viés do movimento, nas palavras de Trindade (2012, p. 149), parte “da ideia de que a virtualidade representada pela narrativa possibilite alcançar uma melhor compreensão do Direito e seus fenômenos – seus discursos, suas instituições, seus procedimentos, etc.”. O presente trabalho insere-se nessa perspectiva, na medida em que, ao buscar os elementos de formação sócio-histórica e cultural do Brasil em “Os Bruzundangas”, traz à tona o reflexo das relações de poder existentes nos institutos jurídicos.

Outra corrente é aquela do “Direito como Literatura” (*Law as Literature*), tida por Trindade (2012, p. 149) como “dominante nos Estados Unidos e ligada à dimensão hermenêutica, à perspectiva retórica e à forma da narrativa”, pela qual se aplicam os métodos de análise e interpretação próprios da crítica literária para o exame de textos e discursos jurídicos, com o objetivo de analisar a racionalidade das construções realizadas no âmbito das decisões judiciais.

Ainda há a corrente do “Direito da Literatura” (*Law of Literature*), nem sempre considerada como parte do Movimento, mas sim como uma aproximação transversal que, ainda segundo Trindade (2012, p. 149), “limita[-se] a reunir questões específicas e de caráter eminentemente normativo –, mediante o qual se investiga a regulação jurídica dada à literatura”, aprofundando o estudo da propriedade intelectual, dos direitos autorais, de crimes contra a imprensa, liberdade de expressão, censura e regulações do exercício da atividade profissional literária.

Dentre as críticas que se faz ao Direito e Literatura, está aquela apontada por Richard A. Posner (1986), que, embora não raras vezes seja associado ao movimento, é também autor de relevante papel na Análise Econômica do Direito. Para ele, embora os literatos mais relevantes tenham frequentemente inserido elementos jurídicos em seus escritos, isso não significaria que tais escritos seriam sobre Direito num modo que viesse a interessar a um operador do Direito. Malgrado entendamos de forma diversa, percebemos que o próprio Posner (1986, p. 1351) reconhece funcionalidade à aproximação entre Direito e Literatura: “Argumentarei, entre outras coisas, que o estudo da Literatura tem pouco a contribuir para a

interpretação de estatutos e Constituições, mas tem algo, talvez muito, a contribuir para a compreensão e aperfeiçoamento das opiniões judiciais”⁷.

Não apenas na tradição jurídica do *Common Law*, berço do movimento Direito e Literatura, podemos vivenciar essa aproximação entre o Direito e a ficção. Segundo Guerra Filho (2009, p. 215-217), a ligação entre realidade e ficção, na tradição romano-germânica, revelar-se-ia na teoria de Kelsen, que, ao compreender a norma fundamental ou básica como sendo norma hipotética, teria ultrapassado o limite entre o mundo do ser, onde se situam os fatos reais, e aquele do dever ser, onde se encontram os fatos possíveis. Aproximou-se, portanto, do ficcional e da Literatura.

A partir do entendimento de que o Direito é significação, que nos é trazido por Santos (1997, p. 7-10), para quem o signo é aquilo que permite a diferenciação do fenômeno jurídico de outros grupos linguísticos, pois imerso numa dimensão semiológico-linguística específica, na qual os signos são arbitrários e coercitivos, formando um sistema de condicionamento instalado por poderes sócio-político culturais, é possível compreendermos que o fenômeno de mudança de sentido segundo as posições sustentadas por aqueles que as empregam é perceptível quando o objeto de análise é jurídico – seja nas suas tradicionais formas, seja plasmado na Literatura.

O universo ficcional do Direito é produto do desejo, e simula o real. Diz respeito a uma significação que se diferencia de outros grupos linguísticos através dos seus signos coercitivos e arbitrários. A linguagem é um sistema de símbolos, sinais, instituídos como signos com o objetivo de comunicação. Para Heidegger (1967, p. 55), é ela que nos constitui humanos, capazes de nos relacionar e conhecer:

De acordo com a sua Essência, a linguagem é a casa do Ser, edificada em sua propriedade pelo Ser e disposta a partir do Ser. Por isso urge pensar a Essência da linguagem numa correspondência ao Ser e como uma tal correspondência, isto é, como a morada da Essência do homem.

A Literatura, lembra-nos Orlandi (2006, p. 58), é o lugar por excelência do trabalho lúdico com a linguagem. A interpenetração entre o Direito e a Literatura acaba, portanto, por permitir-nos vivenciar a linguagem – morada da essência do homem – para compreendermos, conforme o recorte permitido pelo criador da obra, o universo que nos redonda, o que, por óbvio, inclui o fenômeno jurídico.

⁷ Tradução nossa de: “I shall argue, among other things, that the study of literature has little to contribute to the interpretation of statutes and constitutions but that it has something, perhaps a great deal, to contribute to the under-standing and the improvement of judicial opinions”.

2.2 Teorias poética e imaginária do Direito

O universo ficcional, então, oculta-se e desvela-se, por ser instrumento que se exterioriza através da linguagem. Nesse ponto, os fenômenos jurídico e literário se comportam da mesma forma, como fenômenos ficcionais. Já que não sabemos sobre o que não nos é dado a saber pelos autores da ficção, buscamos em Edelman as razões da ocultação da ideologia jurídica. Nas próprias palavras do autor (1976, p. 35-36): “o que está oculto é o próprio funcionamento da ideologia jurídica [...]”, e após, “o Direito ocupa este lugar único donde pode sancionar pelo constrangimento a sua própria ideologia”. Ainda com Edelman (1976, p. 142), “a ideologia jurídica mais não faz do que especificar ‘juridicamente’ a ideologia burguesa”. E, talvez por influência da Literatura, seja possível concluir que “a ciência burguesa do direito viveu” (EDELMAN, 1976, p. 154).

Essa ocultação é por nós apreendida através do desvelamento, conceito próprio da fenomenologia heideggeriana, que nos serve de perspectiva condutora, e poderia ser conceituado como uma abertura do ente conforme alguma possibilidade do ser. Ao analisarmos existencialmente o *Dasein*, termo utilizado para se referir a uma forma de ser que é resultado de sua historicidade, podendo ser traduzido como “ser-aí”, temos como objetivo desvelar as estruturas do ser-aí. Na mundanidade, em um sentido de existência e coexistência, não se trata de mera interação do homem com o mundo, mas de inerente constituição. O *Dasein* é o ser de linguagem e temporalidade, nas três esferas, passado, presente e futuro.

No entanto, não há acesso ao ser em si. Para Heidegger (2005), a essência é inacessível ao *Dasein*, os seres “dadores” de sentido lançados no mundo, cuja limitação principal está em sua temporalidade. Portanto, a verdade, como uma qualidade do ente, mostra-se. Conforme dito por Carneiro (2009), todo mostrar-se é um esconder-se; desvelar-se e velar-se. Com isso, concluímos que o discurso jurídico, na Literatura, oculta-se e se desvela, revelando algumas de suas possibilidades.

Além disso, o Direito também deve ser compreendido, nas palavras de Guerra Filho e Cantarini (2015, p. 139), “no sentido de ficcional, um produto do desejo, com o mesmo estatuto dos sonhos, mas um sonho coletivo e semiconsciente”. Desenvolvem a Teoria Imaginária do Direito, que possui uma dupla postulação. A primeira, epistemológica, que, em contraposição à tradição racionalista, passará a entender o pensamento em sua forma

originária e fundamental, qual seja, a das imagens, do imaginário⁸. Uma segunda, ontológica, ressalta o caráter imaginário do próprio Direito, que, além de forma de conhecimento, é um modo pelo qual a sociedade conhece o comportamento esperado de cada um de seus membros.

Essas duas postulações acabam convergindo para o caráter “po(i)ético”, criativo e imaginativo de toda obra humana – o Direito, a Literatura e a totalidade que se conhece. É essa a proposta da Teoria Poética do Direito, pela qual o Direito passa a ser visto, percebido e concebido, ainda nas palavras de Guerra Filho e Cantarini (2015, p. 140), “sempre *in fieri*, nunca pronto e acabado, donde o caráter autopoietico do Direito e a necessária e indissolúvel vinculação dele com a filosofia e com o teatro”. Os autores se valem da noção de sistema autopoietico, aquele em que ocorre a (re)produção dos elementos de que se compõe o próprio sistema e gera sua organização, pela relação reiterativa, circular (“recursiva”) entre eles, de maneira autônoma ao ambiente – ressaltada a clausura do sistema, do ponto de vista da organização – para inserir no interior do sistema jurídico, a Filosofia, o Teatro e a Literatura. Estes não são *inputs* de fora do sistema. Daí a necessidade de se colocar o Direito no bojo da Teoria Imaginária e de sua construção autopo(i)ética.

2.3 O triste visionário Lima Barreto

Abordamos com Foucault (2015, *ebook*) que aquele que profere o discurso, o faz de seu lugar de fala, reconhecido institucionalmente, de forma a gerar saberes e poderes. Portanto, necessário se faz discutir, ainda que brevemente, acerca do autor da criação “Os Bruzundangas”, Lima Barreto. Para isso, tomamos de empréstimo o título da obra da professora Lilia Moritz Schwarcz (2017) para essa seção.

Afonso Henriques de Lima Barreto nasceu em 13 de maio de 1881: “nos mesmos dias e mês da abolição da escravidão no Brasil, mas exatos sete anos antes”, lembra-nos Schwarcz (2017, p. 21). Ícone da literatura pré-modernista no país, o autor discute a brasilidade e denuncia as lacunas sociais, o que permite, conforme aponta Vasconcelos (2018, *ebook*), o repensar do Brasil marcado pela exclusão dos seus sujeitos – tanto no século XIX quanto no século XXI.

⁸ Com essa contraposição, Guerra Filho e Cantarini (2015, p. 140) passam a entender o pensamento lógico-racional, do encadeamento linear, como um caso particular (e, portanto, limitador) da forma originária e fundamental do pensamento.

O menino Lima Barreto, cujas lembranças de menino, com a prática cotidiana do ensinar da sua mãe e as iniciativas profissionais de seu pai, faziam-no sonhar com a ideia de que a educação e o trabalho profissional igualavam a tudo e a todos. A educação é vista como um mecanismo de autonomia para o negro pobre da periferia de um país que, após importar “almas negras” por mais de três séculos, havia abolido a escravidão recentemente e não sabia como lidar com a nova roupagem social – a periferia parecia apetecer melhor à nova classe de homens e mulheres livres.

Schwarcz (2017, p. 10) nos explica que, sempre a base da política “do contra”, por princípio e para fazer graça, que Lima Barreto estava por toda parte e sempre em trânsito. Frequentava os subúrbios e as ruas da capital, e, em especial, o Café Papagaio, “[...] onde, como se comentava na época, até a ave costumava ser vista ébria e acabou presa depois de proferir palavrões e clamar contra a República [...]” (SCHWARCZ, 2017, p. 10). Afrodescendente por origem, opção e forma literária, combateu todas as formas de racismo e, no vagão de segunda classe, frequentado cotidianamente, observava melhor a realidade dos “humildes” e “infelizes”, encontrando fermento para suas personagens.

O menino matriculou-se na Escola Politécnica, mas jamais deixou de sofrer a dor da exclusão social. Embora tecesse diversas críticas ao funcionalismo público, foi através dele que garantiu sobrevivência, como amanuense da Secretaria de Guerra. Arrimo de família, Lima casou-se com a Literatura. Criou sua revista, fez desafetos, inimigos no jornalismo, criticou políticos e denunciou o patriotismo romântico e artificial das elites e a falta de democracia do país. Traz (e usamos o tempo verbal presente de propósito) à tona a solidariedade com os desamparados socialmente, e, lembra-nos Vasconcelos (2018, *ebook*), passa a sofrer o peso do boicote vivido por setores sociais de prestígio por não coadunar com o silenciamento das minorias. Fragiliza-se com as internações manicomiais e o não avanço das políticas estatais em prol dos vulneráveis.

A percepção dos acontecimentos e fatos vividos por Lima Barreto leva-nos a um repensar da atualidade brasileira, com a continuação dos dilemas que já estavam na pauta desde o Pré-Modernismo barretiano. A construção de brasilidade, inserida no ambiente literário, segundo Candido (2006, *ebook*), desde o Romantismo, ganhou, então, o reconhecimento de sujeitos e espaços marginalizados. Vasconcelos (2018, *ebook*), por sua vez, compara os dois movimentos literários, e ressalta que, embora a luta pela abolição tenha sido objeto da terceira geração romântica, a voz negra não estava autorizada a retratar suas angústias e marcas que eram frutos do silenciamento social e cultural.

Embora sua voz seja extremamente relevante ao ecoar acerca dos danos do racismo, Barreto contemplava – e combatia – as mais variadas maneiras de excluir. Ao menos na Literatura, havia espaço aos marginalizados, cujo processo de segregação ainda insiste e persiste. Embora crítico assíduo do monarquismo, a manutenção do *status quo* com o advento da República, com as práticas antiquadas e marcadas pelos privilégios de alguns poucos em detrimento do esforço da coletividade decepcionava, gradualmente, o espírito público e de inclusão dos marginalizados, com a diversidade de cores, de espaços e de realidades com que sonhava Lima Barreto, que, aponta Vasconcelos (2018, *ebook*), passa a clamar por justiça social.

Estamos, conforme ressalta a todo tempo a biógrafa Schwarcz (2017, p. 417), diante de uma figura negra, suburbana e crítica do sistema instaurado. O “do contra”, que defendia os mais pobres; as mulheres, embora, contraditoriamente, criticasse o feminismo - como nos mostra Schwarcz (2017, p. 470) - ; o meio ambiente, e todos aqueles que vislumbravam um futuro melhor numa sociedade que pudesse garantir direitos básicos aos seus cidadãos. A sua gradativa desmotivação, ao reconhecer o descaso com o Brasil e os brasileiros, se tornou notória com a cronologia das suas obras.

A revisitação de Lima Barreto permite-nos compreender as amarras do Brasil com o passado (e, certamente, que se revela nas práticas históricas, sociais e culturais, dentre as quais a linguagem das decisões judiciais), os embaraços que impedem o desenvolvimento e a congregação entre os plurais, construindo-se uma nação verdadeiramente democrática, e que, como o autor, não se calou nem mesmo diante do grito emudecido manicomial.

2.4 A terra “Bruzundanga”: o Brasil do início do Século XX

O Lima Barreto combativo e irônico criticava as aparências, a linguagem “empolada e delambida” e as instituições – “Os maiores ladrões são os que têm por ofício livrar-nos de outros ladrões” (BARRETO, 2018, p. 1). Em “Os Bruzundangas”, obra elogiada por Monteiro Lobato, segundo aponta Schwarcz (2017, p. 378), Barreto brinca com a pretensa ausência de cores, de negros.

Trata-se de obra satírica, publicada postumamente, em 1922. Os direitos autorais sobre as crônicas reunidas na obra haviam sido vendidas em 1917, quando o prefácio indica ter sido concluído o manuscrito. Alfredo Bosi (1994, p. 323) destaca que se trata de obra por excelência e que, inspirado pelo êxito de Montesquieu em “Cartas Persas” (e que, lembramos, inspirou Tomás António Gonzaga nas “Cartas Chilenas”), Barreto repete o enredo, com um

visitante estrangeiro a descrever a terra de Bruzundanga, que nada mais era do que um país fictício, que encenava e materializava o Brasil do começo do século XX. Verdadeira crítica objetiva das estruturas que definiam a sociedade brasileira da sua época, a obra traz um forte empenho ideológico. Passamos, a partir de agora, a revisitar o Brasil bruzundanga, proposto pelo literato.

Lima Barreto (2018, p. 1-2) critica, desde o prefácio, as políticas econômicas de encarecimento dos produtos ao mercado interno e redução no mercado externo. No capítulo especial “Os Samoiedas”, disserta acerca da linguagem e volta a sua análise à crítica literária. Num claro exemplo de metalinguagem, o visitante estrangeiro da terra fictícia, que narra o enredo, diz ter entendido a língua falada pela gente instruída e por escritores da Bruzundanga, mas que jamais terá entendido a língua dos mais importantes literatos, em clara afronta ao movimento parnasiano, refutando também o “desinteresse” de tais literatos com a literatura oral e popular. O adendo que faz sobre a importância do estudo da Literatura, no entanto, é de grande valia e soa atemporal ao desvelar sua aplicabilidade ao Movimento Direito e Literatura. Veja-se (BARRETO, 2018, p. 3):

[...] pois todo o povo, tribo, clã, todo o agregado humano, enfim, tem a sua literatura e o estudo dessas literaturas muito tem contribuído para nós nos conhecermos a nós mesmos, melhor nos compreendermos e mais perfeitamente nos ligarmos em sociedade, em humanidade, afinal.

Ao narrar acerca da organização político-administrativa da República Bruzundanga, Barreto (2018, p. 11) destaca a existência da tripartição de poderes e narra o que ocorreu com um deputado, o “doutor Karpatoso”, que, ao tratar do orçamento público, onerava sobremaneira os artigos de necessidade básica pelos mais vulneráveis, como arroz, feijão e carne-seca, e isentava os tributos de produtos supérfluos, como a seda, o veludo, e a champanha.

Barreto (2018, p. 14), então, passa a traçar um panorama dos usos, costumes, instituições civis sociais e políticas da “República dos Estados Unidos da Bruzundanga” (naquele período da República Velha, o Brasil também era uma República de Estados Unidos). Lembramos, mais uma vez, que a linguagem não é neutra ou inocente, mas o sistema-suporte das formações ideológicas.

Para o autor, a nobreza se dividia em dois grandes ramos: a nobreza doutoral e a “palpite”. Quanto à primeira, constituía-se pelos cidadãos formados nas escolas “superiores”, ou seja, medicina, direito e engenharia. Barreto aduz que aos graduados nessas escolas, tanto

a lei como os costumes concediam privilégios especiais. Exemplifica o fenômeno, em tom irônico: “o pobre doutor tem prisão especial, mesmo em se tratando dos mais repugnantes crimes. Ele não pode ser preso como qualquer do povo. Os regulamentos rezam isto, apesar da Constituição, etc., etc.” (BARRETO, 2018, p. 15). O uso da expressão *et cetera* possui, numa análise discursiva que considera o quadro das instituições em que o discurso foi produzido, o condão de satirizar a desigualdade social em que a educação – vista por Barreto como instrumento transformador e de ascensão social – tornava-se instrumento de perpetuação de um poder simbólico.

Após, o literato tece diversas críticas à corrupção, com a “reserva” de lugares do Estado feita aos doutores, o que exemplifica com a reserva dos cargos de “alcaides de polícia” (delegados) a advogados, nomeados temporariamente. A partir de então, critica a improbidade administrativa e o acúmulo de cargos públicos, em trecho que transcrevemos: “A Constituição da Bruzundanga proíbe as acumulações remuneradas, mas as leis ordinárias acharam meios e modos de permitir que os doutores acumulassem” (BARRETO, 2018, p. 15). E, ressaltando a sua preocupação com o fenômeno de interpretação das leis, enfatiza que a Constituição não fez exceção, mas que os “doutores hermeneutas acharam uma”. Preocupado em fornecer um cenário mais completo possível do Brasil do início do século passado, aponta também o hábito legislativo de criar benesses específicas aos doutos, como a exceção à eleição de deputado que não fosse graduado, para aqueles funcionários que exercem função de natureza técnica, isto é, doutores.

O outro grupo de nobres que é satirizado pelo literato fluminense é o do “palpite”, como denomina a prática do coronelismo, que Raymundo Faoro (2008) aponta como evidência do patronato político brasileiro vigente até a atualidade. Sobre o século XX, Lima Barreto aduz que os titulares de “palpite” não teriam importância alguma na massa popular (um doutor de farmácia pobre seria mais respeitado), mas a “nata” teria por eles o respeito que se devia aos antigos nobres e, talvez, em sentido superior ao período monárquico pátrio, em semelhança ao estilo russo ou feudal.

Quanto aos políticos do país bruzundanga, o autor é taxativo: tanto a nação não compreende a massa dos dirigentes, quanto estes não entendem a alma, as necessidades, qualidades e possibilidades de seu povo. A política imigratória, por exemplo, lastreava-se em publicações mentirosas, que atraíram uma multidão de necessitados, os quais, desiludidos, concorreriam, junto com a população nacional, para o mal-estar do país.

A classe política, segundo explica, engendra mecanismos de perpetuação no poder, a exemplo dos casamentos com moças educadas em colégios de religiosos, e resiste às

mudanças de regime e revoluções: os líderes políticos do Império e da República Velha são praticamente os mesmos, e não estavam preocupadas com o atendimento às necessidades da população, mas com o enriquecimento corrupto e a concessão de benesses aos familiares. Explicita o autor (BARRETO, 2018, p. 20):

Não há lá homem influente que não tenha, pelo menos, trinta parentes ocupando cargos do Estado; não há lá político influente que não se julgue com direito a deixar para os seus filhos, netos, sobrinhos, primos, gordas pensões pagas pelo Tesouro da República.

No entanto, a terra vive na pobreza; os latifúndios abandonados e indivisos; a população rural, que é a base de todas as nações, oprimida por chefões políticos, inúteis, incapazes de dirigir a cousa mais fácil desta vida.

Enquanto a riqueza e o poder se concentram em setores específicos da sociedade bruzundanga, a massa da população vive sugada, passa fome, enquanto, no Rio de Janeiro, os detentores de títulos nobiliárquicos – doutos ou palpites – gozem de vencimentos ou subsídios cada vez maiores.

A aristocracia rural também não foi poupada pela sátira barretiana, que traz o café como uma das maiores riquezas e, paradoxalmente, pobres do país, responsável por “morder” as finanças públicas. Considerando o quadro das instituições históricas e sociais de quando foi produzida a obra, é preciso salientar que a República Velha, lócus do pré-modernismo literário, é também denominada por não raros compêndios de História do Brasil como “República do Café com Leite”. Ora, a cultura cafeeira era o lastro da oligarquia política, responsável, inclusive, pelas indicações dos presidentiáveis da época. O cultivo nos latifúndios pertencentes aos fazendeiros-políticos era entregue à administração de senhores que exerciam uma espécie de jurisdição privada – nas palavras de Barreto (2018, p. 22): “[...] distribuindo soberanamente justiça, só não cunhando moeda, porque, desde séculos, tal cousa é privilégio do Rei”.

Os latifundiários viviam nas cidades, levando uma vida de frivolidades, e reagiam de forma veementemente quando o café não lhes dava o suficiente para as suas imponências. Passavam a clamar, então, que seria necessário salvar a lavoura, que o café seria a base da vida econômica do país e arranjavam – já que membros da classe política – meios de o governo decretar empréstimos para valorização do produto. Enquanto isso, o país pagava os juros e o povo ficava mais, para ser fidedigno à acidez barretiana, “escorchado” de impostos e vexações fiscais.

Quanto ao sistema de educação da República Bruzundanga, Barreto menciona o hábito de deslocamento para diferentes estados, para obtenção de certidões de aprovação em exames.

Critica o ensino “decoreba” e o fascínio aos privilégios e regalias dos títulos de graduação em medicina, direito e engenharia.

No entanto, haveria certa ânsia coletiva em viver fora do país. O literato exclui desse desiderato aqueles que, numa gritante corrupção, sugavam subvenções, propinas, percentagens e obtinham concessões e privilégios dos ministérios. Afinal, qualquer que fosse o governo, e quaisquer que fossem as condições do erário, sempre obtinham grandes benefícios, escamoteando-se sob o véu do patriotismo.

Ponto interessante da obra satírica é aquele destinado à Constituição da República. A Constituição monárquica já estava superada pelo avanço do Direito e havia se reunido a Assembleia Constituinte. Sobre os setores da sociedade que tiveram voz e voto nesse momento histórico, assim sintetizou (BARRETO, 2018, p. 27):

Reuniu-se, pois, a Constituinte com toda a solenidade. Vieram para ela, jovens poetas, ainda tresandando à grossa boêmia; vieram para ela, imponentes tenentes de artilharia, ainda cheirando aos "cadernos" da escola; vieram para ela, velhos possuidores de escravos, cheios de ódio ao antigo regime por haver libertado os que tinham; vieram para ela, bisonhos jornalistas da roça recheados de uma erudição à flor da pele, e também alguns dos seus colegas da capital, eivados do Lamartine, *História dos girondinos*, e entusiastas dos caudilhos das repúblicas espanholas da América. Era mais ou menos esse o pessoal de que se compunha a nova Constituinte.

Como sabemos, o Poder Constituinte originário inaugura um novo Estado, que será regido pela nova Lei Maior. Quando observamos os grupos sociais mencionados por Barreto como integrantes da primeira Constituinte republicana, verificamos que não há, ali, espaço para grupos e setores marginalizados da sociedade. Ora, ali se escancarava um desencanto do literato, que antes tecera tantas críticas à centralização monárquica – mudaram-se as formas, mas foram mantidos os privilégios de determinados grupos sociais, em detrimento dos demais. Mais uma vez, não havia voz para a população negra, recém-liberta, suburbana e para a classe trabalhadora, tendo o autor avocado para si a função de dar voz a essas figuras, através da sua Literatura.

Outras práticas que poderiam ser bastante atuais se tivessem sido escritas um século depois já eram denunciadas por Lima Barreto. É o exemplo da organização de trustes, monopólios e estancos, sob o olhar condescendente das autoridades políticas que deveriam intervir para a sua inexistência. Por sua vez, o caudilhismo político, com a instrumentalização dos deputados-fantoches e das limitações das eleições a determinadas famílias, cerceando a escolha livre das populações, também foi criticada pela obra.

Ao voltar seu olhar para a organização judiciária, a literatura barretiana chega a denominar o Poder Judiciário de Chicana, elevando o tom do escárnio, nomeando o próprio órgão como a dificuldade criada no processo por argumentos em detalhes irrelevantes, ou abuso de recursos, sutilezas e formalidades. Lima Barreto denomina o Judiciário de Bruzundanga como seletivo e parcial – diante de violações constitucionais, indagava-se a ocorrência de interesses de parentes de pessoas da “situação”, que permaneceriam impunes. O Presidente da República, por sua vez, é denominado de Mandachuva e, apesar do nome, de fato está subalterno às vontades dos líderes políticos regionais, que também indicavam seus filhos, sobrinhos e genros para os postos mais relevantes.

O autor pré-modernista também realiza críticas às Forças Armadas. Comenta acerca do elevado número de generais e almirantes para uma instituição de pouca funcionalidade e relevância, cuja finalidade precípua das repartições seria estudar as mudanças de uniformes dos oficiais. Nas palavras do autor: “[...] os grandes costureiros de Paris não têm tanto trabalho em imaginar modas femininas como os militares da Bruzundanga em conceber, de ano em ano, novos fardamentos para eles” (BARRETO, 2018, p. 32). Após, aduz que a força armada seria bastante “inocente” e tornaria qualquer pacifismo ou humanitarismo ridículo, por ser a demonstração mais pujante de ambos.

“Lima”, como era chamado pelos seus amigos, diz-nos Schwarcz (2017, p. 10), não poupa a estrutura da economia agrária pátria, ressaltando que o regime da propriedade agrícola era eminentemente latifundiário, com toques feudais, o que tornava o trabalhador um errante de fazenda em fazenda, sem o reconhecimento de direitos ou garantias, o que se agravava pela falta de acesso à educação e pela estrutura política favorável à manutenção daquelas condições. Afinal, para Barreto (2018, p. 37), a transição do Império para a República ocorrera pela aliança de descontentes militares e civis, os quais teriam vagas aspirações e utilizaram o ideário republicano como válvula de escape, e, para tanto, contaram com o apoio do senhorio escravocrata, insatisfeito com a abolição. Em verdade, a aristocracia pátria seria incapaz de “criar o gosto, afinar a civilização, suscitar e amparar grandes obras” (BARRETO, 2018, p. 40), resumindo-se a sua função apenas em festas íntimas e eventos sociais.

Os vícios e iniquidades do sistema eleitoral vigente também foram aventados pelo cronista, que embora reconheça a prática do sufrágio universal, aduz que embora eleitos pelo voto, os políticos teriam conseguido quase totalmente eliminar o voto do sistema. O literato denuncia a prática do “fósforo”, pelo qual o diploma de alistamento de um eleitor não raras vezes serviria a outro cidadão que mudava de nome, tomando-o do burguês que ficara em

casa. A ritualística solene do processo eleitoral, com a apresentação dos diplomas aos mesários, é objeto de escárnio, com a denúncia de que diversos eleitores estariam votando com nomes de mortos.

Embora a maioria das crônicas de “Os Bruzundangas” seja relativamente longa, aquela que se dedica à religião é particularmente pequena, não possuindo mais que três curtos parágrafos. Ali, afirma que a religião dominante é o catolicismo apostólico romano, e que, embora a população do país fosse considerável, ainda era incapaz de fornecer sacerdotes para seus cultos, sendo, praticamente todos, estrangeiros. E encerra, dizendo que não haveria mais nada a dizer sobre “tão relevante assunto”.

A divisão político-administrativa e a autonomia das entidades da federação também foram exploradas, voltando-se o cronista a criticar a província que é tida por modelar no país bruzundanga – a província do Kaphet (sua forma de representar café, o produto mais relevante para a economia paulista). As práticas de violência institucional e simbólica, no entanto, já se faziam presentes, com a polícia abafando as críticas aos dominantes: “[...] espanca, encarcera, deporta sem lei hábil, atemorizando todos e impedindo que surjam espíritos autônomos. É o arbítrio; é a velha Rússia” (BARRETO, 2018, p. 53), fenômeno que ocorria pois não era permitido contrariar as cinco ou seis famílias mais poderosas, cujos produtos eram curiosamente sempre valorizados pela política estatal. Ao comentar as atitudes de um Ministro, Pâncome, o cronista relembra um anúncio luminoso produzido pela personagem: “Bruzundanga, País rico — Café, cacau e borracha. Não há pretos.” (BARRETO, 2018, p. 56).

A crítica ao silenciamento da população negra alia-se àquela que se refere à transformação da capital, que endividou o país, bem como às práticas dos mandachucas (presidentes), que, assim empossados, colocariam a sua “clientela” em “bons lugares”, fazendo reformas e inventando repartições para isso. Certamente, qualquer semelhança com o clientelismo criticado por Faoro (2008) não é mera coincidência. A ficção conforma a realidade, como enuncia a Teoria Imaginária do Direito.

Lembramos, com Moisés (2001, p. 195), que Lima Barreto não pretende ser autor de “obras de arte”. Entre o confesso e o implícito, seu objetivo também não seria fazer “obra de arte”, produto da revolta. Seu escopo era documentar, e utilizava o processo ficcional como instrumento, para dar vazão ao seu drama de mestiço em meio a uma sociedade preconceituosa.

Por fim, Barreto passa a fazer críticas a setores pontuais, como a indústria nacional, cuja finalidade seria espoliar o povo com altos preços. Outrossim, embora nacional, recebia a matéria-prima, já em “meia manufatura do estrangeiro”.

As crônicas de “Os Bruzundangas” refletem, pois, os mais variados setores da vida política, econômica e social do Brasil do início do século XX, cujos percalços ainda são vivenciados na prática, inclusive judiciária, e nos leva a um repensar acerca dos mecanismos de impedimento do acesso e questionamento das decisões judiciais, como a inadmissão apriorística dos embargos de declaração tidos por declaratórios, o que passaremos a analisar mais detidamente.

3 ANÁLISE DA INADMISSÃO APRIORÍSTICA DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO PAÍS “BRUZUNDANGA”

Fixadas as bases da compreensão de que a decisão judicial é, antes de tudo, um modo de exteriorização da linguagem jurídica, um texto, por assim dizer, e, como tal, revela os signos arbitrários e coercitivos desse sistema, verificamos, ao longo dos tópicos anteriores, que além da parte linguística, o enunciado, diz-nos Bakhtin (2009) também possui uma parte não-verbal. Essa, por sua vez, conclama a observância daquilo que está na esfera do não-dito, que precisa ser desvelado, que se mostra e se oculta.

O Código de Processo Civil possui, dentre a sua matriz principiológica, a consagração da boa-fé processual e da cooperação. Com esse espírito, previu a inadmissão de novos embargos de declaração quando os dois anteriores houverem sido considerados protelatórios. De certa forma, a compatibilidade do referido comando com o Estado Democrático de Direito e com o modelo garantista adotado pelo regime constitucional brasileiro é, no mínimo, duvidosa, suscitando-se o debate acerca da razoabilidade dessa restrição, que incide frontalmente no acesso à justiça, que há de ser considerado de forma ampla, abrangendo a qualidade do acesso, e a possibilidade de confrontar ideias e posições de forma equânime e equilibrada, sem se contentar com posturas autocráticas que vedam o diálogo e a concretização de outro princípio processual, a saber, a participação, a construção participativa da decisão judicial.

Num momento em que o Judiciário é tido como o guardião da promessa democrática, o quadro das instituições em que os discursos por ele proferidos, toma uma relevância ainda mais significativa. Sabedores de que a linguagem tem, além de formação linguística, a formação ideológica em seu arcabouço, e, considerada a formação social, histórica e cultural

do Brasil, que nos é trazida à tona através da obra satírica “Os Bruzundangas”, de Lima Barreto, resta-nos discutir acerca da inadmissibilidade dos embargos de declaração tidos por protelatórios, a fim de concluirmos a proposta dos objetivos que firmamos.

3.1 A previsão constante no artigo 1.026, §4º, do Código de Processo Civil

Como verificamos alhures, o Código de Processo Civil, promulgado através da Lei n. 13.105, de 2015, trouxe uma nova sistemática da processualística civil, inaugurando diversos novos institutos, bem como uma gama principiológica constitucional que foi incorporada ao regramento processual, tornando-o mais condizente com a Lei Maior promulgada em 1988.

O movimento de “constitucionalização do processo” não se limita, explica-nos Comoglio (1997, p. 92), a reforçar reserva legislativa à regulamentação do processo enquanto método institucional para resolução dos conflitos sociais. Em verdade, esse movimento impõe condições mínimas de legalidade e retidão, cuja eficácia é potencialmente operante em qualquer fase do processo.

Entendemos, ainda, que ao clamar a constitucionalização do processo, deve-se ter em conta, também, os princípios que se destinam não apenas aos cidadãos, mas que lhe asseguram prestações do Estado, o que inclui, por certo, o Estado-juiz, no exercício da função jurisdicional. É o caso da indispensabilidade da fundamentação das decisões judiciais, princípio constitucional que, como vimos com Taruffo (2006, p. 354), representa uma norma para o juiz, ao constituir princípio jurídico-político fundamental para a administração da justiça, na estrutura do Estado de Direito. Trata-se de uma exigência geral e constante de controle sobre a maneira pela qual se exercem, pelos órgãos estatais, os poderes conferidos pelo ordenamento jurídico.

Tomando a previsão legislativa sob tal fresta fenomenológica, vejamos, em síntese, a previsão constante no artigo 1.026 do Código de Processo Civil. Inicialmente, lembremos que o regramento dos embargos de declaração é espécie inserida num gênero mais amplo – o Livro III da Parte Especial do Código de Processo Civil –, que se destina ao regramento dos processos nos tribunais e dos meios de impugnação das decisões judiciais. Neste livro, os recursos compõem o Título II, que se inicia com as disposições gerais, aplicáveis, portanto, também aos embargos de declaração, que acolheu a tese da natureza jurídica recursal dos referidos embargos, conforme previsão expressa do inciso IV do artigo 994. Dentro do Título II, o Capítulo V é aquele que se destina à disciplina dos embargos de declaração, o que ocorre entre os artigos 1.022 e 1.026.

Depois de abordar as hipóteses de cabimento da referida espécie recursal, suas regras de interposição e processamento, o *caput* do artigo 1.026 do Código de Processo Civil estabelece que os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso.

Após, o §1º do referido dispositivo prevê que a eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo juiz ou relator, caso fique demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação. Isto é, excepciona-se a regra da inocorrência de efeito suspensivo, para o reconhecimento da incidência deste efeito em algumas hipóteses.

Em seguida, o novo diploma processual volta a sua atenção ao afastamento e combate de condutas ímprobas, como entende ser o caso dos embargos de declaração tidos por protelatórios. Inicialmente, prevê que em caso de os embargos serem manifestamente (frise-se) protelatórios, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada (numa redação dissonante da sistemática de constitucionalização do processo, já que, sabemos, toda decisão há de ser fundamentada, por expressa previsão do artigo 93, inciso IX, da Constituição federal de 1988), condenará o embargante a pagar ao embargado uma multa. Tal multa não será excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa.

Caso sejam reiterados os embargos, e o juízo continue a entender que são manifestamente (frise-se) protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, condicionando-se ao depósito prévio do valor da multa a interposição de qualquer recurso posterior. Tal penalidade apenas será postergada (e mesmo assim, incidirá), em se tratando de Fazenda Pública e do beneficiário da gratuidade da justiça, que também recolherão a multa, mas o farão ao final.

Por fim, em seu afã por consagrar mecanismos tendentes a inibir condutas contrárias à boa-fé processual e à cooperação, prelecionou o §4º da nova codificação que “não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios”.

Para analisarmos criticamente tal hipótese de inadmissibilidade, imprescindível discutir, inicialmente, acerca da eticidade na esfera processual, percebendo que o “jogo” processual conclama a boa-fé, e não apenas para as partes habitualmente nominadas (requerente e requerido; autor e réu), mas também do Estado-Juiz.

3.2 A eticidade em “jogo”: a atividade protelatória na prática jurídica

A crítica acerca da inadmissão apriorística dos embargos de declaração tidos por protelatórios perpassa, inevitavelmente, a discussão acerca da boa-fé processual, já que a pauta da boa-fé e a proteção da confiança parecem ter sido os motivos da inserção de referido dispositivo no Código de Processo Civil.

Quanto à boa-fé processual, ensina-nos Dierle Nunes (2015, p. 185) que se trata de uma cláusula geral, com força para impregnar a norma que a veicula de grande flexibilidade, indeterminando-se as consequências da sua inobservância, cabendo ao juiz, nos limites do debate processual e em participação com as partes, avaliar e determinar os seus efeitos. Ressalta, por fim, que tal princípio tem como destinatários não somente as partes, mas todos os sujeitos processuais, como juízes e tribunais, induzindo a adoção de comportamento probo e que não atente contra a proteção da confiança, tornando incompatíveis com a nova sistemática determinadas condutas, *sejam os decisionismos e voluntarismos de juízes, sejam as estratégias de partes e advogados para atrasar o curso do procedimento de forma infundada*.

Ao se colocar a boa-fé processual em comento, portanto, trouxe-se a eticidade para o “jogo” processual, o que nos remonta à discussão propugnada por Gadamer (2015, p. 174-186). Referido teórico propugna a libertação do conceito de verdade trazido pelo discurso lógico-científico pela natureza hermenêutica, porquanto o pensamento racional não seria capaz de comportar toda a complexidade dos questionamentos concernentes ao ser humano. A verdade, portanto, não está posta, mas é tida através de um processo de desvelamento, de desocultação, concebido para além dos regimes de verdade (im)postos. Abre-se a clareira para a dialética, desvelando-se um a um os questionamentos do intérprete perante a situação.

O jogo, na concepção filosófica de Gadamer (2015, p. 181) é a estrutura reveladora desse processo de desocultação de sentidos. Tal qual a arte, sua noção é lúdica, dinâmica e instigante, trazendo uma série de vertentes enunciativas, numa pluralidade de interlocutores e dialogantes – daí a possibilidade de utilização da Literatura enquanto substrato para a atividade hermenêutica. É o diálogo (e não o interdito, a inadmissão) que torna a linguagem efetiva. O jogo se dá no diálogo e a abertura de sentido, nos questionamentos. Nesse sentido, para Gadamer (2015, p. 400), a compreensão, a interpretação e a aplicação preenchem as lacunas do modo de fazer da compreensão e tem a historicidade como um fundamento.

Como a compreensão ocorre no campo da linguagem, essa circularidade hermenêutica propugnada pelo teórico dá real importância para o que é discutido, bem como aos indivíduos envolvidos, dialogando-se com a pretensão de justiça, com interditos, com relações de poder, a realidade para além do texto em um movimento hermenêutico complexo. A inadmissão

apriorística de um mecanismo processual que visa ao aperfeiçoamento da atuação do Estado-Juiz, certamente, caminha em sentido diverso.

À luz dessa circularidade hermenêutica, questiona-se. Já que é o magistrado que proferiu uma decisão obscura, omissa ou contraditória que determina se ela assim o era, assim como decide se a conduta da parte ao questioná-lo foi protelatória (e às vezes, de forma adjetivada, manifestamente) ou não; e se há, com o disposto no §4º do artigo 1.026 do Código de Processo Civil, um mecanismo que pode ser utilizado de forma espúria pelo magistrado (pois, lembremos, a garantia de conduta ética não é possível de ser assegurada nem às partes nem aos demais atores sociais do processo), a sua adoção não configuraria riscos à garantia do acesso à justiça e à indispensabilidade das fundamentações judiciais?

Marcelo Neves (2001, p. 351), ao tratar da justiça enquanto vetor de respeito à diferença, lembra-nos que a manutenção de uma esfera pública pluralista reclama pelo consenso em torno dos procedimentos constitucionais, o que legitima não apenas o resultado procedimental dentro do sistema jurídico e político, mas legitima o sistema constitucional na perspectiva externa da esfera pública. O Estado Democrático de Direito se legitima na absorção sistemática do dissenso. E os procedimentos constitucionais previram de forma taxativa que a decisão produzida pelo Judiciário que padeça de ausência de fundamentação é nula.

Não se defende, com isso, a atuação protelatória – seja da parte que inadvertidamente provoca o Judiciário para retardar o andamento processual, seja do Judiciário que atua de forma morosa e reiteradamente infringe até mesmo o prazo para apreciação dos embargos de declaração, de cinco dias – na esfera processual. No entanto, dada a sistemática jurídico-constitucional adotada, com a indispensabilidade da fundamentação, mais condizente seria a aplicação das penalidades também já previstas – e devidamente fundamentadas, clamamos – para aqueles que se utilizam dos mecanismos processuais, inclusive embargos de declaração, para fins espúrios.

3.3 A formação sócio-político-cultural do país “Bruzundanga” e as decisões judiciais

Vimos, com Orlandi (2006, p. 12), que o texto é construído, num processo em que tanto a leitura quanto a formulação são regradas, havendo uma determinação histórica pela qual apenas alguns sentidos são lidos e outros não. Como ficou esclarecido durante este trabalho, a decisão judicial é, antes de tudo, um texto. Rememoremos o estudo de Brandão (2004, p. 29-31) acerca das compreensões de ideologia, para revisitarmos a abordagem de

Paul Ricœur, para quem a ideologia teria, ao mesmo tempo, uma finalidade mediadora na integração social, atuaria como sistema justificador da dominação e deformaria, tomando a imagem pelo real e o reflexo pelo original. Através da filosofia da linguagem bakhtiniana (2009, p. 36), por seu turno, verificamos que todo fenômeno que funciona como signo ideológico tem uma encarnação material, sendo a palavra “o fenômeno ideológico por excelência”.

A linguagem, morada da Essência do homem para Heidegger (1967, p. 55), exterioriza-se na decisão judicial através de um lugar de fala determinado para o magistrado. Trata-se do Estado personificado em si, numa nação em que os direitos sociais consagram-se enquanto os políticos e individuais eram suprimidos por regimes ditatoriais, e cujos direitos civis permanecem inacessíveis à maioria. Essa estrutura “torta” reforça o estabelecimento e manutenção do poder de determinados sobre outros, através de uma dominação simbólica, para tomarmos de empréstimo a locução de Bourdieu (2014).

O “peso da toga” se reposiciona num momento de decadência do Estado e ascensão do Direito, enquanto aquele não consegue mais assegurar a cooperação entre os mais diversos atores da democracia, instrumentalizando-se o fenômeno jurídico enquanto catalisador da linguagem política em que se formulam reivindicações políticas. Esse movimento de busca pelo reencontro da unidade e a convergência das expectativas sociais em torno da justiça acaba por centralizar o foco da atenção na figura do magistrado, o que ocasiona a tentação populista.

Somemos a esse cenário a compreensão de que a Literatura é o lugar por excelência do trabalho lúdico com a linguagem, conforme ensina Orlandi (2006, p. 58) e que, especialmente em Lima Barreto, o escopo era de documentação, utilizando-se o processo ficcional para denunciar o drama de um negro em meio a uma sociedade preconceituosa. Assim, torna-se mais palatável entender o cenário de formação de saberes e poderes daqueles que proferem decisões judiciais: uma nação bruzundanga, que não compreende seus dirigentes, os quais também não entendem as necessidades do seu povo.

Uma nação marcada por mecanismos de perpetuação no poder da classe política, e pela indissociável compreensão de mais de três séculos de regime escravocrata. Riqueza e poder, mesmo com o advento da República, continuaram concentrados em setores específicos da sociedade bruzundanga, enquanto a massa da população era sugada. Os setores de riqueza e poder correspondem justamente ao setor dos doutos, dos bacharéis em Direito, dos futuros juízes.

Enquanto as frivolidades da vida urbana engendram a aristocracia tropical, as pressões

dos latifundiários, ao integrarem a classe política, impõem pesadas condições econômicas, com o povo cada vez mais “escorchado”. Barreto aponta-nos, ainda, que os grupos sociais mais vulneráveis sequer tiveram espaço e voz na elaboração da primeira Constituinte republicana, de um país cujo Judiciário atuava de forma seletiva e parcial, garantindo-se a impunidade dos aliados de líderes políticos poderosos. A população negra, por sua vez, é silenciada, e são asseguradas, de forma corrupta, empregos e mecanismos de manutenção do *status quo* à classe dominante.

Quando analisamos existencialmente o *Dasein*, termo utilizado por Heidegger (2005) para se referir a uma forma de ser que é resultado de sua historicidade, podendo ser traduzido como “ser-aí”, temos como objetivo desvelar as estruturas do ser-aí. A historicidade do sujeito – e, aqui, no sentido apresentado por Foucault (1971), enquanto assujeitado, constructo da linguagem – que profere decisões judiciais reflete, refrata e carrega para si, através da palavra (fenômeno ideológico por excelência) a historicidade dessa formação pátria social, política e cultural.

3.4 Análise crítica da inadmissão apriorística dos embargos de declaração tidos por protelatórios

Em que pesem as intenções do legislador ao inserir a hipótese de inadmissão dos embargos de declaração, cremos que voltadas à concreção da boa-fé processual, a regra pela qual não serão admitidos novos embargos de declaração se os dois anteriores houverem sido considerados protelatórios reclama por críticas.

Por uma questão lógica, sabe-se que é possível a existência de hipótese ensejadora de embargos de declaração após o manejo de embargos tidos por protelatórios. Imaginemos, por exemplo, que a própria decisão que considere os embargos como protelatórios seja obscura, omissa ou contraditória. Pode-se pensar ainda que a parte, confiante na tese de que a decisão judicial contenha omissão, contradição, obscuridade ou relevante erro material que necessariamente deve ser sanada, maneje os embargos de declaração – preenchendo os seus requisitos de admissibilidade – e depare com um magistrado, que, guardião das promessas da democracia e titular de poderes simbólicos, a seu mero alvedrio e sem amparo algum na lei processual, deixe de conhecer o recurso julgando-o protelatório. Ainda que tal hipótese seja passível de combate por outros mecanismos processuais, a atecnia da prática judicante não pode ser a causa do afastamento de um ordenamento jurídico.

A solução do feito em tempo razoável, que é um princípio do processo, deve ser sopesada, já que a inafastabilidade da prestação jurisdicional (que vai muito além do mero acesso, há de se prezar por um acesso justo, efetivo) também é um princípio constitucional processual - e já há no próprio Código mecanismos cabíveis para a punição daqueles que utilizam dos embargos para fins espúrios: é possível a condenação do embargante em multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa (artigo 1.026, §2º), e, no caso do §4º, haverá reiteração de embargos protelatórios, elevando a multa a até dez por cento sobre o valor atualizado da coisa, estando a interposição de qualquer recurso condicionada ao depósito prévio (artigo 1.026, §3º).

Inadmitir aprioristicamente o remédio que possuímos para evitarmos arbitrariedades da atividade judicante, já que se destina a evitar obscuridades, omissões e contradições, não nos parece razoável. Mais interessante parece-nos o controle posterior (e, se não for exigir demais, no prazo de cinco dias a que se refere o artigo 1.024), através da aplicação das multas previstas no Código de Processo Civil. É flexibilizar a garantia constitucional do acesso à justiça e o dever fundamental de fundamentar a decisão judicial em detrimento do jurisdicionado.

Neves (2001, p. 334) aponta-nos para a necessidade de integração igualitária de todos nos diversos procedimentos do estado de direito, quão mais se sedimenta historicamente a discriminação social negativa em desfavor de determinados grupos. Essa compreensão torna ainda mais relevante aquela afirmação de Streck (2012, p. 328), para quem a interpretação do Direito é, no âmbito do Estado Democrático de Direito, totalmente incompatível com esquemas interpretativo-procedimentais capazes de conduzir a múltiplas respostas, cuja consequência (ou origem) são discricionariedades, arbitrariedades e decisionismos.

A incompatibilidade da omissão, obscuridade e contradição no âmbito das decisões judiciais é tão crassa que há vezes que propugnam, inclusive, pela extirpação dos embargos de declaração. Motta (2012, p. 73), por exemplo, aduz que o pensamento jurídico dogmático ainda não parece ter percebido que quaisquer das hipóteses de cabimento dos embargos de declaração significa ausência ou desacordo de fundamentação, o que, por ser constitucionalmente nulo, não pode ser convalidado. Logo, a decisão que depende de tais embargos é nula e não produz nenhum efeito, não sendo possível convalidá-la, consertá-la ou emendá-la.

O respeito ao direito fundamental à fundamentação, que Nascimento (2014, p. 171) ressalta ser dever de fundamentar, acaba por extirpar a possibilidade de a população ficar à mercê de um Judiciário sem critérios, impondo limites ao julgador. Ideal, portanto, seria

extirpar tal “remendo” processual, obrigando-se as decisões a serem bem fundamentadas, sem obscuridades, contradições ou omissões – o que já é um dever constitucionalmente positivado.

O ideal seria, como defende Nascimento (2014, p. 181), diante de uma decisão sem fundamentação ou deficientemente fundamentada, a solução deveria ser o pedido de declaração de nulidade pela interposição imediata do instrumento adequado (apelação, recurso ordinário, recurso de revista, recurso especial, recurso extraordinário, simples petição etc.) e a consequente prolação de outra decisão, com rigorosa observância do artigo 93, IX, da Constituição federal.

Exigir-se do magistrado o rigor no cumprimento do dever fundamental de justificar as decisões, reconhecendo-se que, além de um dever fundamental de fundamentar, há um correspondente direito fundamental a uma decisão judicial conforme a Constituição, deveria ser um fenômeno natural, corolário lógico e indispensável do princípio da obrigatoriedade da fundamentação que nos esclareceu Taruffo (2006). No entanto, considerada a formação social, histórica, política e cultural dessa nação bruzundanga, parece um sonho tão programático como a Constituição.

Com isso, embora defendamos a possibilidade de o jurisdicionado eleger pela via processual da obtenção da declaração da nulidade, fato é que os embargos de declaração permanecem à disposição dos jurisdicionados – porque permanecem, em clara afronta ao texto constitucional, decisões contraditórias, omissas e obscuras. A criação de entraves à admissão desses embargos, por vezes através de novas decisões não fundamentadas, contraditórias, omissas, ou obscuras, deixando-nos à mercê da discricionariedade, não se afigura razoável nem compatível com a Constituição.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao mesmo tempo em que cresce a influência da justiça sobre a vida e, por que não dizermos, o imaginário coletivo, contraditoriamente as instituições que exercem algum tipo de autoridade sofrem uma crise de legitimidade. Nesse complexo cenário, de busca pelo reencontro da unidade e a convergência das expectativas sociais em torno do Judiciário, é que foi promulgado o Código de Processo Civil, produto cultural de seu ser-no-mundo.

A centralização de forças na figura do magistrado, e a pretensão de acesso direto à verdade – ou, num tom foucaultiano, a vontade de verdade – provocada pela velocidade e disponibilidade de acesso cada vez maior aos meios de comunicação tornam fértil a possibilidade de emancipação de tutela hierárquica e dão ao juiz um acesso ao “auditório

universal”. A opinião pública interfere em discussões eminentemente jurídica, relativizando nulidades processuais e atribuindo a argumentos técnicos jurídicos ou processuais a noção de desvios inúteis. O juiz, diz-nos Garapon (2011, p. 66), mantém o mito da verdade que basta em si mesma. Dispensa-se a mediação processual.

Tomadas tais reflexões e considerando-se que aquele que fala, fala de algum lugar, como nos rememora Foucault (2015, *ebook*), e que a decisão judicial é um texto encarnado pelo juiz-sujeito, que é representado, simbólica e materialmente, por uma série de elementos, ideológicos e discursivos e que tal ideologia é operatória e não-temática, compreensão que para Brandão (2004, p. 30), foi trazida à tona por Paul Ricœur – a ideologia atua atrás de nós, sem que consigamos, por muitas vezes, trazê-la ao nível da consciência – verificamos que a decisão judicial encarna, através de suas palavras (signos ideológicos por excelência), formações ideológicas e discursivas que são próprias de seus emissores e prolores.

De mais a mais, o princípio constitucional da obrigatoriedade da motivação, plasmado no inciso IX do artigo 93 da Lei Maior, representa uma norma para o juiz, ao constituir princípio jurídico-político fundamental para a administração da justiça, na estrutura do Estado de Direito, e expressa, segundo Taruffo (2006, p. 354), a exigência geral e constante de controle sobre o modo pelo qual os órgãos estatais exercem os poderes que lhes são conferidos pelo ordenamento.

Nesse ínterim, os embargos de declaração surgem como verdadeiros remédios, por incidirem no ataque às decisões mais criticáveis, a exemplo daquelas pelas quais o magistrado se limita a dizer “mantenho por seus próprios fundamentos” ou “conforme as razões expendidas pela parte”. No entanto, questiona-se a sua funcionalidade, já que o texto constitucional imputa a nulidade à decisão judicial não fundamentada, não sendo possível convalidar-se aquilo que é constitucionalmente tido por nulo.

Para o questionamento que se faz a tais fenômenos, necessário o desvelamento, conceito próprio da fenomenologia heideggeriana, que nos serve de perspectiva condutora, e poderia ser conceituado como uma abertura do ente conforme alguma possibilidade do ser. Entendemos que, dentre as possibilidades de apreensão dessa abertura do ente, há o Movimento Direito e Literatura, que reclama por uma ligação entre realidade e ficção, ultrapassando-se o limite entre o mundo do ser, onde se situam os fatos reais, e aquele do dever ser, onde se encontram os fatos possíveis. Afinal, a Literatura é o lócus do trabalho lúdico com a linguagem, de produção da ficção. E, conforme verificamos com as Teorias Poética e Imaginária do Direito, também o discurso jurídico é ficcional.

Ao desvelar acerca do lugar de fala de Lima Barreto, Schwarcz (2017, p. 11) ressalta que o literato escrevia sempre à base da política “do contra”, por princípio e para fazer graça. Combatente de todas as formas de racismo e assíduo frequentador dos vagões de segunda classe que ligavam o centro ao subúrbio do Rio de Janeiro, observava e documentava a realidade dos mais vulneráveis, utilizando o processo ficcional como instrumento de vocalização do seu drama de negro numa sociedade que recentemente havia se “livrado” da escravidão.

Nas suas crônicas, o autor de “Os Bruzundangas” refletiu sobre os maiores variadores setores da vida política, econômica e social do Brasil do início do século XX, cujos entraves ainda se fazem atuais, revelando-se, por exemplo, no discurso judiciário, e nos leva a um questionamento acerca dos mecanismos de impedimento do acesso e questionamento dos atos dos setores titulares de poderes, a exemplo das decisões judiciais.

Na desocultação de sentidos própria do “jogo” gadameriano, cuja circularidade hermenêutica dá ênfase para o que é discutido, bem como aos indivíduos envolvidos, dialogando-se com a pretensão de justiça, com interditos, com relações de poder, a realidade para além do texto em um movimento hermenêutico complexo, questiona-se a inadmissão apriorística disposta no §4º do artigo 1.026 do Código de Processo Civil, considerando-se que os embargos de declaração correspondem a um mecanismo processual que visa à integração retificadora da atuação do Estado-Juiz.

Ora, sendo o próprio magistrado que proferiu uma decisão obscura, omissa ou contraditória o agente a determinar se ela assim o era, assim como também é o responsável para determinar se a conduta da parte ao questioná-lo foi protelatória (e às vezes, de forma adjetivada, manifestamente) ou não; e se há, com o disposto no §4º do artigo 1.026, um mecanismo que pode ser utilizado de forma espúria pelo magistrado (pois, lembremos, a garantia de conduta ética não é possível de ser assegurada nem às partes nem aos demais atores sociais do processo), não restam dúvidas de que a adoção dessa inadmissão configura riscos à garantia do acesso à justiça e à indispensabilidade das fundamentações judiciais.

Em verdade, a solução sugerida por Nascimento (2014, p. 181), diante de uma decisão sem fundamentação ou deficientemente fundamentada – o pedido de declaração de nulidade pela interposição imediata do instrumento adequado, como apelação, por exemplo, prolatando-se outra decisão, em observância do artigo 93, inciso IX, da Constituição – parece caminhar para o ideal. No entanto, há de ser sopesada a formação social, histórica, política e cultural dessa nação bruzundanga.

Assim, ainda que defendamos a possibilidade de o cidadão eleger pela via processual

da obtenção da declaração da nulidade, sabemos que os embargos de declaração permanecem à disposição dos jurisdicionados, como “remédios” para decisões contraditórias, omissas e obscuras.

A criação de entraves à admissão desses embargos, que, inclusive, possuem um prazo bastante curto para a resposta do Estado-juiz (05 dias), por vezes através de novas decisões não fundamentadas, contraditórias, omissas, ou obscuras, deixando-nos à mercê da discricionariedade, não se afigura razoável nem compatível com a Constituição.

5 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cândido Mendes de. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d’El-Rey D. Philippe I. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733> e <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/>. Acesso em: 20 nov. 2018.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

ALTHUSSER, Louis. **Ideologia e aparelhos ideológicos de Estado**. 3. ed. Lisboa: Presença, 1980.

AMAYA, Amalia. Derecho y literatura. In: HARO, Pedro Aullón de (Org.). **Teoría comparatista y literatura comparada**. Madrid: Verbum, 2013. Disponível em: <<http://www.filosoficas.unam.mx/~amaya/publicaciones/DERECHO%20Y%20LITERATURA.doc>>. Acesso em: 12 out. 2016.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. Tradução de Michel Lahud e Yara Frateschi Vieira. 13. ed. São Paulo: Hucitec, 2009.

BARRETO, Lima. O destino da Literatura. **Revista Sousa Cruz**, n. 58-59, out./nov. 1921.

_____. **Os Bruzundangas**. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000149.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Claudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

_____. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOSI, Alfredo. **História concisa da literatura brasileira**. 34. ed. São Paulo: Cultrix, 1994.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro:

Bertrand Brasil, 1989.

BRANDÃO, Helena H. Nagamine. **Introdução à análise do discurso**. 2. ed. rev. Campinas: Unicamp, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 23 nov. 2018.

_____. **Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071impressao.htm>. Acesso em: 14 jun. 2018.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: 20 nov. 2018.

CANDIDO, Antonio. **Literatura e sociedade**. 9. ed. rev. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2006.

CARNEIRO, Wálber Araújo. **Hermenêutica jurídica heterorreflexiva: uma teoria dialógica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali. Studi in onore di Luigi Montesano*. Padova: Cedam, 1997, v. 2.

DEMO, Pedro. **Introdução à metodologia da ciência**. São Paulo: Atlas, 2005.

EDELMAN, Bernard. **O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito**. Coimbra: Centelha, 1976.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro**. São Paulo: Globo, 2008.

FERNANDES, Luís Fernando Simardi. **Embargos de declaração: efeitos infringentes, prequestionamento e outros aspectos polêmicos**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. 24. ed. São Paulo: Loyola, 2015 (Coleção Leituras Filosóficas).

_____. **Arqueologia do saber**. Tradução de L. F. Baeta Neves. Petrópolis: Vozes, 1971.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Trad. de Flávio Paulo Meurer. Revisão da tradução por Enio Paulo Giachini. 15. ed. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2015.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRIMM, Jacob. Von der Poesie im Rechte. **Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft**, Berlim, Ferdinand Dümmler, v. 6, p. 152-191, 1882. Hamburgo, GernotFligge. Disponível em: https://www.hs-augsburg.de/~harsch/germanica/Chronologie/19Jh/GrimmJacob/grj_pr00.html. Acesso em: 01 nov. 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Por uma Poética do Direito: introdução a uma teoria imaginária do Direito (e da totalidade). **Nomos**: revista do programa de pós-graduação em Direito da UFC, Fortaleza, v. 29, n. 2, p. 213-242, jul./dez. 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CANTARINI, Paola. **Teoria poética do direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HEIDEGGER, Martin. **O fim da filosofia e a tarefa do pensamento**. Tradução de Ernildo Stein. São Paulo: Abril Cultural, 1989.

_____. **Ser e tempo**. Trad. de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

_____. **Sobre o humanismo**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1967.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MAINGUENEAU, Dominique. **Novas tendências em análise do discurso**. 3. ed. Tradução de Freda Indursky. Campinas: Pontes; Unicamp, 1997.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Embargos da declaração. In: MAZZEI, Rodrigo Reis (Coord.). **Dos recursos**. Vitória: Instituto Capixaba de Estudos, 2002, v. 2.

MOISÉS, Massaud. **História da literatura brasileira**: realismo e simbolismo. 5. ed. São Paulo: Cultrix, 2001, v. 2.

MOTTA, Cristina Reindolff da. **A motivação das decisões cíveis como condição de possibilidade para a resposta correta/adequada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

NASCIMENTO, João Luiz Rocha do. **Do estrito cumprimento do dever de fundamentar as decisões judiciais como condição de possibilidade para a extinção dos embargos de declaração**: uma abordagem hermenêutico-filosófica. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito. São Leopoldo, Rio Grande do Sul, 2014. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3087/Jo%E3o+Luiz+Rocha+do+Nascimento.pdf;jsessionid=7B815808B031B75D700A383E8CD758D9?sequence=1>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. *In*: SOUZA, Jessé (Org.). **Democracia hoje**: novos desafios para a teoria democrática contemporânea. Brasília: UnB, 2001.

NOJIRI, Sérgio. **O dever de fundamentar as decisões judiciais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NUNES, Dierle. O princípio da boa-fé objetiva e sua aproximação do direito processual no art. 5º do Novo CPC. *In*: THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ORLANDI, Eni Pulcinelli. **Discurso e leitura**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2006.

POSNER, Richard A. Law and literature: a relation reargued. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 72, n. 8, p. 1351-1392, nov. 1986.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Direito, literatura e a construção do saber jurídico: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 196, p. 297-311, out./dez. 2012.

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do; OLIVEIRA, João Mateus Silva Fagundes. Aurélia Camargo: sujeito feminino de Direito e de linguagem – o discurso jurídico em “Senhora”, de José de Alencar. **ANAMORPHOSIS - Revista Internacional de Direito e Literatura**, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 519-544, jan. 2018. ISSN 2446-8088. Disponível em: <<http://rdl.org.br/seer/index.php/anamps/article/view/321>>. Acesso em: 14 jun. 2018.

SANSONE Ariana; MITICA, M. Paola. **Diritto i Letteratura**: storia di una tradizione i stato dell’a arte. Bologna: Italian Society for Law and Literature (ISLL), 2008.

SANTOS, Raildes Pereira. **Leitura do discurso jurídico**: uma abordagem interdisciplinar. 1997. 63f. Monografia (Especialização em Direito Processual Civil) – Departamento de Ciências Jurídicas, Universidade Estadual de Santa Cruz.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Lima Barreto**: triste visionário. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

SILVA, Beclaute Oliveira. Decisão judicial não fundamentada no projeto do novo CPC: nas sendas da linguagem. *In*: FREIRE, Alexandre; SANTOS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JÚNIOR, Fredie (Org.). **Novas tendências do processo civil**: estudos sobre o projeto do Código de Processo Civil. Salvador: Juspodivm, 2013.

STRECK, Lênio Luiz. O Problema do “livre convencimento” e do “protagonismo judicial” nos códigos brasileiros: a vitória do positivismo jurídico. *In*: BARROS, Flaviane de Magalhães; MORAIS, José Luís Bolzan de (Org.). **Reforma do Processo Civil**: perspectivas Constitucionais. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira. Comentário ao artigo 93, inciso IX. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. (Coord.). Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TARUFFO, Michele. **La motivación de la sentencia civil**. Tradução por Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral Del Poder Judicial de La Federación, 2006.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Constituição e processo: desafios constitucionais da reforma do processo civil no Brasil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Porto Alegre, v. 1, n. 6., 2008.

TRINDADE, André Karam. Kafka e os paradoxos do Direito: da ficção à realidade. **Revista Diálogos do Direito**, Cachoeirinha, Rio Grande do Sul, v. 2, n. 2, p. 137-159, nov. 2012.

VASCONCELOS, Adaylson Wagner Sousa de. Lilia Moritz Schwarcz - Lima Barreto: triste visionário. **Estudos de Literatura Brasileira Contemporânea**, Brasília, n. 54, p. 475-481, maio/ago. 2018. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2316-40182018000200475>. Acesso em: 27 maio 2019.

**Submetido em 03 mai. 2019. Aceito em 03 jun. 2019.*



O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.152/2015: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS CONDIÇÕES SOCIOECONÔMICAS E CULTURAIS DO TRABALHADOR ASSALARIADO BRASILEIRO¹

Luiz Alberto Fagundes Jorgens*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais do trabalhador assalariado brasileiro; 3. Atualização do salário mínimo nacional e crescimento da desigualdade social no Brasil: uma análise a partir dos índices do IBGE, DIEESE e Banco Mundial; 4. A inconstitucionalidade da Lei nº 13.152/2015 à luz do princípio da dignidade humana; 5. Considerações finais; 6. Referências.

RESUMO

A Constituição da República Federativa do Brasil promulgada no ano de 1988, após longo período de Ditadura Militar, ocasião em que ocorreram atrocidades, perseguições, desaparecimentos e mortes ainda sem solução, tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e é considerada o centro de convergência das leis do Ordenamento Jurídico, uma vez que é a norma máxima e suprema no país. Neste viés, a partir de uma pesquisa qualitativa bibliográfica, com método de abordagem hipotético-dedutivo, o presente artigo analisa a constitucionalidade da Lei nº 13.152/2015 que regulamenta os reajustes do salário mínimo nacional em face do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o valor atual do salário em 2018 (R\$ 954,00), não é suficiente para garantir o mínimo existencial e os direitos sociais previstos no texto constitucional. Assim, inicialmente há uma abordagem acerca da dignidade e dos direitos sociais dos trabalhadores brasileiros; e na sequência uma discussão sobre os índices do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) e Banco Mundial, bem como acerca da constitucionalidade da Lei nº 13.152/2015. Dessa forma, a pesquisa reconhece a existência de inconstitucionalidade da referida Lei com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, a partir das condições socioeconômicas e culturais do trabalhador assalariado brasileiro.

Palavras-Chave: Princípio da Dignidade. Salário mínimo. Lei nº 13.152/2015. Inconstitucionalidade.

ABSTRACT

The Constitution of the Federative Republic of Brazil promulgated in 1988, after a long period of military dictatorship, when atrocities, persecutions, disappearances and deaths were

¹ Artigo desenvolvido como trabalho de conclusão no Curso de Graduação em Direito da Universidade de Cruz Alta como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

*Acadêmico do 9º Semestre do Curso de Graduação em Direito da Universidade Cruz Alta. E-mail: fagundesjorgens.la@gmail.com

still unresolved, has as one of its foundations the dignity of the human person and is considered the center of convergence of the laws of the Legal Order, since it is the maximum and supreme norm in the country. In this bias, based on a qualitative bibliographical research, using a hypothetical-deductive approach, this article analyzes the constitutionality of Law 13.152/2015 that regulates the national minimum wage readjustments in the face of the principle of the dignity of the human person, since the present value of the salary in 2018 (R\$ 954,00), is not enough to guarantee the existential minimum and the social rights foreseen in the constitutional text. Thus, initially there is an approach about the dignity and social rights of Brazilian workers; and following a discussion on the IBGE, DIEESE and World Bank indices, as well as on the constitutionality of Law nº 13.152/2015. Thus, the research recognizes the existence of unconstitutionality of said Law in relation to the principle of the dignity of the human person, based on the socioeconomic and cultural conditions of the Brazilian salaried worker.

Keywords: Principle of Dignity. Minimum wage. Law 13.152/2015. constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Brasileira de 1988 apresentou significativo progresso de cunho social em relação às anteriores, especialmente porque se vivia em um período extremamente conturbado, marcado pela Ditadura Militar que abrangeu os anos de 1964 a 1985.

A República Federativa do Brasil tem por objetivos fundamentais, conforme disposto no artigo 3º do texto constitucional:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I- construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II- garantir o desenvolvimento nacional;
III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, estabelece como direitos sociais, conforme artigo 6º da Constituição Federal, “[...] a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados [...]”.

Contudo, a realidade brasileira não tem sido condizente com o texto constitucional, uma vez que segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), posição do ano de 2017, 50 (cinquenta) milhões de brasileiros vivem na linha de pobreza². Essa situação está diretamente relacionada aos valores percebidos pelos trabalhadores brasileiros, em especial os

² Informação retirada do site Agência Brasil (OLIVEIRA, 2017, p. 1). Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>>. Acesso em 19 abr. 2018.

trabalhadores assalariados, que recebem a atualização do salário mínimo nacional a partir da previsão descrita na Lei nº 13.152/2015, pois nem sempre a remuneração é suficiente para garantir o mínimo existencial previsto no texto constitucional.

A Constituição Federal é a Lei Maior e serve de parâmetro de validade às demais espécies de leis e atos normativos. Encontra-se situada no ápice do nosso ordenamento jurídico. Portanto, nada poderá sobrepor aos artigos presentes na atual Lei Fundamental, tampouco, uma lei que trate do reajuste do salário mínimo e não preserve o poder aquisitivo para fazer frente aos gastos indispensáveis a uma vida com dignidade humana.

Assim, diante desse contexto, a problemática de pesquisa buscar observar se há inconstitucionalidade da Lei 13.152/2015 frente ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e das condições socioeconômicas e culturais inter-relacionadas com a remuneração percebida pelo trabalhador assalariado brasileiro. E o objetivo central é analisar a inconstitucionalidade da Lei nº 13.152/2015, em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e das condições socioeconômicas e culturais do trabalhador assalariado brasileiro.

Acerca da hipótese, ressalta-se que tendo em vista o problema entre o reajuste anual do salário mínimo nacional e a inflação do país, bem como a realidade da desigualdade social e da pobreza, verifica-se que a política de reajuste do salário mínimo jamais conseguiu garantir de modo satisfatório e eficiente o atendimento das necessidades vitais e a sobrevivência digna do cidadão trabalhador e sua família. Por conseguinte, a Lei 13.152/2015 é inconstitucional em face do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em razão das condições socioeconômicas e culturais que estão intimamente ligadas à remuneração percebida pelo trabalhador assalariado no Brasil.

Com relação à estrutura, na primeira seção há uma abordagem sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sociais dos trabalhadores assalariados brasileiros. Na segunda seção discute-se a atualização do salário mínimo nacional e o crescimento da desigualdade social no país a partir dos índices do IBGE, DIEESE e Banco Mundial. E na terceira e última seção há uma análise da inconstitucionalidade da Lei nº 13.152/2015 em face do princípio da dignidade humana.

A metodologia utilizada na pesquisa é a qualitativa bibliográfica, uma vez que foi construída a partir da análise de livros, artigos científicos e legislações. O método de abordagem utilizado é o hipotético-dedutivo, pois houve a formulação de um problema e de uma hipótese, para que, a partir dos estudos, fosse possível obter uma solução para a problemática apresentada. Com relação aos métodos de procedimento, foram utilizados o

histórico e o comparativo. O histórico porque foi realizado um panorama evolutivo dos direitos fundamentais sociais após o período da ditadura militar no Brasil. Já a utilização do comparativo se deu em razão do estudo comparativo entre os fatores econômicos, sociais e políticos que impulsionam a atualização da remuneração do trabalhador assalariado e os dados que demonstram se os valores atuais do salário mínimo são suficientes e capazes de garantir as necessidades vitais e a sobrevivência digna do trabalhador e sua família, conforme preceitua o texto constitucional.

Por fim, destaca-se que o projeto se enquadra na linha de pesquisa “República, Estado e Sociedade Contemporânea”, do Grupo de Pesquisa Jurídica (GPJUR) da Universidade de Cruz Alta, uma vez que, o reajuste do salário mínimo e as condições socioeconômicas dos brasileiros são situações relacionadas com o Estado e a Sociedade Contemporânea, além de fazer parte da gestão da coisa pública.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHADOR ASSALARIADO BRASILEIRO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a sétima Constituição na história, promulgada em 5 de outubro de 1988, com conteúdo voltado para a negação das atrocidades e perseguições ocorridas durante a Ditadura Militar, no período de 1964-1985. Marcada pelo regime autoritário, o período referido estabeleceu a censura à imprensa, a restrição aos direitos políticos e a perseguição policial aos opositores do regime. O texto constitucional, nesse sentido, apresentou significativo progresso de cunho social, com resgate das garantias e liberdades individuais que eram asseguradas na Constituição de 1946, que privilegiava a Dignidade da pessoa humana, dando início ao processo de redemocratização do país (CHAVES, 2013, p. 4).

Nessa época do golpe militar, cabe destacar o Ato Institucional nº 2 (AI-2)³, decretado em 27 de outubro de 1965, que serviu como instrumento de afirmação do caráter conservador e autoritário do regime, pois previa a suspensão sumária dos direitos políticos de quaisquer cidadãos; a demissão de funcionários públicos que demonstrassem incompatibilidade com os objetivos da revolução, bem como a suspensão de garantias constitucionais, como a vitaliciedade e a estabilidade (CHAVES, 2013, p. 5).

Somaram-se, diante desse contexto, outras medidas como a extinção dos partidos políticos até então existentes, ocorrida após as autoridades federais concordarem com a

³ Mantém a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte Originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências.

formação de dois novos partidos: Aliança Renovadora Nacional (ARENA), que corroborava com o governo e dispunha de seu total apoio, com ampla maioria no Congresso; e o Movimento Democrático Brasileiro (MDB), que lhe fazia oposição e estava constantemente na iminência de ter seus deputados e senadores cassados (CHAVES, 2013, p. 5).

Apesar de grande parte dos opositores ao Golpe de 1964 terem optado pelo silêncio, muitos se aliaram ao partido de oposição ao regime ditatorial, como forma de resistência àquela situação de controle nacional por parte dos militares. Outros buscaram apoio em países diversos ou optaram pela realização de movimentos de guerrilha urbana. A luta armada teve como consequência o fortalecimento do regime de opressão, que oportunizou a criação de métodos cruéis no combate aos opositores, tais como a tortura, a prisão política, os assassinatos e o desaparecimento de pessoas que até hoje não foram encontradas (RESENDE, 2015, p. 1).

Dos fatos ocorridos durante o período da ditadura militar, especialmente no que diz respeito aos métodos de tortura utilizados pelo governo militar para coibir os “subversivos”, o caso da morte do jornalista Vladimir Herzog é um dos que teve maior repercussão, visto ter ocorrido nas dependências do Departamento de Operações Internas do II Exército (DOI-CODI). Na época, a situação foi notificada oficialmente como suicídio, e não foi apurada até hoje a responsabilização pela morte do jornalista⁴. Consoante Arns (1987, p. 290):

[...] a tortura foi prática disseminada especialmente em países governados sob a égide da Doutrina de Segurança Nacional, prática que subverte o objeto essencial do Estado, que é o resguardo das liberdades individuais e a promoção do bem comum. À luz da Segurança Nacional, a tortura não decorre apenas do sadismo dos torturadores; ela é parte integrante do sistema repressivo montado pelo Estado, a fim de sufocar os direitos e as liberdades de seus opositores. É parte da estratégia de manutenção do poder. Acreditando em sua eficácia e rapidez, as investigações policiais e militares passaram a adota-las como método exclusivo de apuração de fatos considerados crimes contra a segurança nacional. Para tanto, a tortura tornou-se matéria de estudo teórico e prático em academias militares e em centros de instrução policial.

⁴ Em 2018 foi proferida decisão pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso envolvendo a morte do jornalista Vladimir Herzog, e o Brasil foi condenado a reabrir o caso e apurar a responsabilidade dos militares envolvidos. Conforme o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL, 2018, p. 1): “A Corte Interamericana de Direitos Humanos - OEA emitiu ontem a sentença do Caso Vladimir Herzog e outros vs. Brasil, condenando internacionalmente o Estado brasileiro pela impunidade dos crimes de tortura e execução do jornalista Vladimir Herzog por agentes da ditadura militar brasileira. A Corte considerou ainda que a não realização de justiça neste caso violou diretamente a integridade pessoal de seus familiares. Herzog foi arbitrariamente detido em 25 de outubro de 1975, por agentes do DOI-CODI de São Paulo, onde morreu em virtude das torturas sofridas. A execução do jornalista foi divulgada sob uma falsa versão de suicídio, mas as reais circunstâncias de sua morte nunca foram devidamente investigadas e processadas”.

Outro caso emblemático da época foi o atentado ao Riocentro, ocorrido a partir de um frustrado ataque a bomba no Centro de Convenções do Rio de Janeiro, na noite em que era comemorado o dia do trabalhador (1981), quando se realizava um espetáculo com a participação de músicos e compositores de renome nacional como Chico Buarque de Holanda, Gonzaguinha, Alceu Valença e Elba Ramalho. As bombas deveriam estourar no Centro de Convenções, porém, prematuramente, explodiram dentro do carro onde estavam dois militares, sendo que um deles morreu imediatamente e o outro foi ferido gravemente. O inquérito policial militar foi aberto, contudo, fracassou ao estabelecer os responsáveis do regime, o que ocasionou o arquivamento do caso. De acordo com Santos (2014, p. 4-5):

O chamado caso Riocentro suscitou grande polêmica, não só no Rio de Janeiro, como em todo o Brasil. Nos dias e meses que se seguiram ao atentado, foram muitas as repercussões e interpretações sobre as possíveis causas e responsabilidades das explosões. Foi instaurado um Inquérito Policial-Militar (IPM) em 1º de maio, dia seguinte às explosões, que constituiu a narrativa oficial elaborada pelo Exército e legitimada pela Justiça Militar sobre o ocorrido. [...] “Por mais que se diligenciasse, não foi possível concluir quanto à autoria do crime que consistiu em introduzir arditosamente o engenho explosivo no interior do carro, aonde veio a explodir entre a articulação coxofemoral direita do sargento e a porta da direita do carro”. [...] Essa narrativa oficial passou desde então, a ser combatida publicamente em torno, principalmente, da atuação de jornalistas e políticos, mas também de alguns militares e autoridades judiciárias, que reivindicavam a reabertura das investigações. Houve quatro tentativas formais (1985, 1987, 1991, 1996) e, finalmente, na quinta delas, em 1999, as investigações foram reabertas.

Uma terceira situação que também teve bastante repercussão foi o movimento guerrilheiro do Araguaia ou a Guerrilha do Araguaia que se desenvolveu de 1972 a 1974 e é tida como uma das páginas mais sombrias dos anos de chumbo vividos durante a ditadura militar no Brasil. O movimento ocorreu em São Geraldo do Araguaia no sul dos estados do Pará e nos municípios de Araguaatins e Xambioá, ao norte de Goiás (atual Estado do Tocantins). De acordo com Barbosa (2016, p. 25-26):

O movimento guerrilheiro do Araguaia ou “Guerrilha do Araguaia” foi um conjunto de várias ações deliberadas de um grupo formado, em sua maioria, por jovens estudantes universitários, operários, profissionais liberais e políticos orgânicos de cunho ideológico, cujo objetivo era instaurar um novo sistema sociopolítico no país, ou seja, o socialismo.

E em meio a esse contexto de protestos e violações de direitos, parte da imprensa com maior penetração nas camadas mais carentes da população, contribuiu para passar a imagem de um país que teria o crescimento e o desenvolvimento econômico de forma extremamente acelerada e benéfica (RESENDE, 2015, p. 1).

No campo econômico e no que se refere à abertura da nossa economia ao capital estrangeiro, há que se considerar o período do presidente Juscelino Kubitschek, anterior ao regime militar, em que a construção de Brasília reorientou o desenvolvimento do país para o planalto central. O Estado brasileiro, nesse período, teve um aumento no crescimento, em razão dos recursos fiscais adquiridos e, posteriormente, com a captação de recursos externos, a partir do plano de metas. Contudo, esse crescimento acabou apresentando consequência nos anos subsequentes, em que se destacaram as desigualdades sociais no país. Conforme Bellingieri (2005, p. 2):

Depois da renúncia do Presidente Jânio Quadros, em agosto de 1961, o ambiente político tornou-se também bastante conturbado. O novo Presidente, João Goulart, lançou o Plano Trienal, que tinha o objetivo de estabilizar a economia e ao mesmo tempo realizar amplas reformas de base, alterando aspectos estruturais da economia. Dentre as políticas de estabilização, de caráter recessivo, estava a correção dos preços públicos que estavam defasados, a restrição do crédito ao setor privado e o aumento das alíquotas do imposto de renda para torna-lo mais progressivo. Contudo, devido a instabilidade política e ao fracasso das medidas econômicas, principalmente em combater a inflação, o governo não conseguiu aplicar sua estratégia de desenvolvimento [...], até que veio o Golpe Militar, na madrugada de 1º de abril de 1964, e Castelo Branco assumiu a Presidência.

No período da Ditadura Militar, houve a implementação de estratégia para crescimento econômico rápido, o que provocou o aumento da concentração de renda. O país crescia, mas de forma distorcida, sem incorporar ao mercado de trabalho e de consumo milhões de brasileiros das periferias das cidades e das áreas rurais. Segundo Bellingieri (2015, p. 11):

A estratégia dos governos militares em aumentar a participação do Estado na economia, por meio de empresas estatais, concessão de subsídios e benefícios fiscais, e realização de grandes obras e projetos, também acabou por gerar profundos desajustes nas finanças públicas e também fraudes e escândalos.

As causas para esse “milagre econômico” eram internas e, principalmente, externas. O governo concedeu, nesse período, muitos incentivos fiscais, favorecendo novos investimentos para parte de empresários brasileiros. Além disso, investiu vultosos recursos em nossa economia. Mas os principais responsáveis por esse crescimento foram fatores externos (VELOSO; VILLELA; GIAMBIAGI, 2008, p. 228).

No início dos anos 1970, o comércio internacional entrou em uma fase dinâmica, de modo que as exportações brasileiras aumentaram exponencialmente, e contribuíram para o crescimento do país. As autoridades concederam uma vasta gama de privilégios às multinacionais, motivo pelo qual o capital estrangeiro passou a investir maciçamente no

Brasil. Enquanto isso, os bancos internacionais concediam empréstimos gigantescos, o que também alimentou esse rápido crescimento na economia brasileira, assim como o endividamento externo (VELOSO; VILLELA; GIAMBIAGI, 2008, p. 228).

O período do “milagre” foi, ardilosamente, explorado pelos governos militares, por meio de grandes propagandas em prol do regime. Aliado a isso, houve a vitória da seleção brasileira na Copa do Mundo de 1970, fato que marcou o nacionalismo e o otimismo do povo brasileiro. Nessa época, também foram construídas obras públicas “faraônicas”, como a Transamazônica, a ponte Rio Niterói e a Usina Hidroelétrica de Itaipu. Outros projetos-impacto, de grande efeito propagandístico para o regime, também estavam presentes, como o Mobral, para alfabetização de adultos e o Rondon, para assistência médico-sanitário das populações carentes (BEAL, 2010, p. 266).

Entretanto, assim como ocorreu um crescimento econômico em poucos anos, houve um declínio e o “milagre econômico” tornou-se uma miragem, com o surgimento de um quadro de recessão que se manteve acelerado até o fim do regime militar; e continuou no Século XX e início do Século XXI (RESENDE, 2015, p. 1).

A classe média, que durante o tão decantado “milagre econômico” pôde usufruir dos bens de consumo, na compra de automóveis, televisão em cores e equipamentos eletrônicos, passou a ter que frequentar as filas dos supermercados e açougue para comprar alimentos antes que a hiperinflação corroesse o seu poder de compra. Isso porque no período referido, não foi produzido o que era fundamental para nossa população, mas sim o que era lucrativo para as multinacionais (CYSNE, 1993, p. 194-195).

Contraditoriamente, enquanto eram exportadas centenas de milhares de toneladas de soja, um dos alimentos mais nutritivos, grande parte da população sofria de subnutrição. A consequência dessa queda de consumo foi à produção industrial estagnada, arrocho salarial da classe média, desemprego generalizado, inflação, cujos preços dos produtos de consumo eram corrigidos diariamente e a dívida externa absurdamente elevada (RESENDE, 2015, p. 2).

Em face do cenário, o regime militar recorreu à privatização do Estado, e deslocou os prejuízos da recessão para o setor privado, permitindo que grupos econômicos controlassem segmentos do Estado, de forma a buscar seu exclusivo benefício, o que ajudou a estagnar o desenvolvimento brasileiro e acabou por agravar a crise, que se estendeu por muitos anos após o fim do Regime (VELOSO; VILLELA; GIAMBIAGI, 2008, p. 230).

Nesse quadro político, econômico e social em ebulição fez-se necessário a elaboração de um novo Texto Constitucional, que ocorreu com a promulgação da atual Constituição Federal Brasileira, de 05 de outubro de 1988. É importante destacar que foi estabelecido pelo

Constituinte como forma de Estado a Federação que tem como fundamento a autonomia político administrativa dos entes que compõem a federação e, ainda, a indissolubilidade do pacto federativo, que veda aos estados o direito de secessão. Além disso, a forma de governo definida foi a República, o sistema de governo o Presidencialismo e o Regime de Governo o Democrático de Direito, com garantia da soberania do Estado, e da cidadania, que consiste na participação política dos indivíduos nos assuntos do Estado, e ambos são fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

São também fundamentos da República, definidos no artigo 1º da Constituição de 1988⁵, o princípio da dignidade da pessoa humana, que é um de seus mais importantes vértices, e ponto central no sistema jurídico; os valores sociais do trabalho, que buscam impedir a concessão de privilégios econômicos por ser o trabalho imperioso à dignidade da pessoa humana, à livre iniciativa que envolve a empresa e a liberdade de contrato, princípio fundante da ordem econômica; e o pluralismo político, em que a diversidade e as liberdades devem ser respeitadas (BRASIL, 1988).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, datada de 10 de dezembro de 1948, considera ser essencial promover o desenvolvimento das relações amistosas entre as nações, bem como sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor do ser humano e na igualdade de direitos entre homens e mulheres, como forma de promover o progresso social e melhores condições de vida (ONU, 1948).

Com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, há que se considerar que não existe maneira de quantificá-lo em termos reais e absolutos, pois isso pode levar a uma retórica ineficaz, uma vez que o ser humano carrega em si uma carga genética que o faz merecedor de direitos e respeito pela sociedade civil e pelo Estado. Segundo Sarlet (2007, p. 1):

[...] o direito a um mínimo existencial independe de expressa previsão no texto constitucional para poder ser reconhecido, visto que decorrente já da proteção da vida e da dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, onde também não houve uma previsão constitucional expressa consagrando um direito geral à garantia do mínimo existencial, os próprios direitos sociais específicos (como a assistência social, a saúde, a moradia, a previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores, entre outros) acabaram por abarcar algumas das dimensões do mínimo existencial, muito embora não possam e não devam ser com ele confundidas.

O referido autor (2007, p. 8), ressalta, ainda, que a dignidade humana é uma qualidade

⁵ 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: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; [...].

“intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade”. Isso possibilita que os indivíduos sejam detentores de direitos e deveres fundamentais, que devem assegurar proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, assim como estabelecer condições existenciais mínimas para uma vida saudável, com bem-estar físico, mental e social.

O texto constitucional estabelece, ainda, a garantia dos direitos fundamentais, que são os direitos básicos que servem de alicerce para a proteção da dignidade da pessoa humana. Dentre esses direitos fundamentais, estão os direitos sociais, identificados no artigo 6º da Constituição Federal de 1988⁶: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados.

Os direitos sociais integram a segunda geração dos direitos fundamentais⁷. São fundados no ideário da igualdade, e significam uma exigência ao poder público no sentido de que este atue em favor do cidadão, e não mais para deixar de fazer alguma coisa, como no caso dos direitos da primeira geração (concepção negativa)⁸. São direitos de caráter econômico e social, com o objetivo de garantir à sociedade melhores condições de vida (ALEXANDRINO; PAULO, 2016, p. 99).

Esta geração de direitos guarda estreito vínculo com as condições de trabalho da população, que, com a evolução do capitalismo, se viu necessitada de regular e garantir as novas relações de trabalho, postulando, portanto, um salário mínimo digno, limitação das horas de trabalho, aposentadoria, seguro social, férias remuneradas. Segundo Sarlet (2015):

De qualquer sorte, independentemente de como a noção de um direito à subsistência e/ou de um correspondente dever do Estado (já que nem sempre se reconheceu um direito subjetivo (exigível pela via judicial) do cidadão em face do Estado) evoluiu ao longo do tempo, tendo sido diversas as experiências em diferentes lugares, o fato é que cada vez mais se firmou o entendimento — inclusive em Estados constitucionais de forte coloração liberal — de que a pobreza e a exclusão social são

⁶ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁷ Parte da doutrina que aborda o tema, discute se a expressão dimensões de direitos não seria melhor adequada de se utilizar do que gerações de direitos, uma vez que a primeira traz uma ideia de continuidade dos direitos, em que há complementação das dimensões, ao passo que a segunda engloba um sentido gestacional, que uma vez gestado, não teria um sentido contínuo, formando uma ideia de substituição de uma geração pela outra (GUERRA FILHO, 2007, p. 79).

⁸ Segundo Alexandrino e Paulo (2016, p. 99), são considerados direitos de primeira geração àqueles que buscam a proteção da vida, da liberdade, da propriedade, do voto, da participação política etc., pois se caracterizam como direitos civis e políticos.

assuntos de algum modo afetos ao Estado, ainda que por razões nem sempre compartilhadas por todos e em todos os lugares, visto que mesmo no plano da fundamentação filosófica, ou seja, da sua sinergia com alguma teoria de Justiça, são diversas as alternativas que se apresentam.

Dessa forma, é necessário que o Estado programe a partir de políticas públicas adequadas, diretrizes capazes de proporcionar uma condição digna de vida para as pessoas. O salário mínimo nacional, nesse contexto, é um instrumento essencial, que precisa ser atualizado de uma forma que possibilite a todos os indivíduos os direitos básicos estabelecidos na Constituição Federal. Contudo, a realidade brasileira mostra um cenário diverso, em que impera a desigualdade, a exclusão social, a miserabilidade e a inefetividade dos direitos fundamentais e da garantia do mínimo existencial, conforme será analisado na seção seguinte.

3 ATUALIZAÇÃO DO SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL E CRESCIMENTO DA DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DOS ÍNDICES DO IBGE, DIEESE E BANCO MUNDIAL

A República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Além disso, estabelece como direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados, direitos esses que precisam ser garantidos pelo Estado como forma de condicionar uma vida com um mínimo de dignidade para os indivíduos.

No âmbito dos direitos dos trabalhadores, após o término do golpe militar, modificou-se a política de reajustes do salário mínimo, com abandono da prática de recompor o valor real do salário no último reajuste. Foi adotada uma política que visava manter o salário médio, e os aumentos reais só deveriam ocorrer quando houvesse ganho de produtividade. Os reajustes eram calculados levando-se em consideração a inflação esperada, o que gerou uma forte queda salarial decorrente da subestimação da inflação por parte do governo (PAIM, 2005, p. 21).

E os reflexos disso foi o aumento dos índices de pobreza e desigualdade social do país, situação que ainda perdura atualmente, pois segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), posição do ano de 2017, 50 (cinquenta) milhões de brasileiros vivem na linha de pobreza, o que equivale a 25,4% da população vivendo com renda familiar equivalente a US\$ 387,07 por mês (ou US\$ 5,5 por dia), valor adotado pelo Banco Mundial

para definir se uma pessoa é pobre⁹.

Informa também o referido Instituto que o rendimento domiciliar *per capita* do Brasil ficou em R\$ 1.268,00 (mil, duzentos e sessenta e oito reais) em 2017, conforme dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (Pnad Contínua). De acordo com esse levantamento, o Distrito Federal (R\$ 2.548,00), obteve mais que o dobro da média nacional, sendo que o menor registro se verificou no Maranhão (R\$ 597), que equivale a menos da metade da média nacional¹⁰.

Essa situação está diretamente relacionada aos valores percebidos pelos trabalhadores brasileiros, em especial os trabalhadores assalariados, que recebem a atualização do salário mínimo nacional a partir da previsão descrita na Lei nº 13.152/2015, pois nem sempre a remuneração é suficiente para garantir o mínimo existencial previsto no texto constitucional.

O Brasil ratificou os termos da Convenção nº 131 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1970, por meio do Decreto nº 89.686/84, que estabelece a necessidade de que o país institua e/ou mantenha métodos, no que se refere ao salário mínimo, que se adaptem às condições e às necessidades existentes e que permitam fixar e reajustar periodicamente os salários mínimos pagáveis aos grupos dos assalariados.

Os valores de uma sociedade estão alicerçados nos requisitos primordiais e básicos que um trabalhador auferir pelo seu labor para garantir o mínimo indispensável à subsistência de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim.

Há, contudo, dois polos diametralmente opostos, por um lado a República Federativa do Brasil garantiu, mediante documento formal, um Estado Democrático e de Direito, com fulcro no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, e na busca pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária; e por outro lado, o próprio Estado brasileiro afronta diretamente a efetividade dessas garantias, ao não propiciar, na maioria das vezes, o mínimo existencial ao trabalhador.

O salário mínimo deve conseguir atender de modo satisfatório e eficiente às necessidades de sobrevivência digna do cidadão trabalhador e de sua família. O foco principal deve estar voltado para à inflação do país, com reajuste anual do salário mínimo nacional

⁹ Informação retirada do site Agência Brasil (OLIVEIRA, 2017, p. 1). Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>>. Acesso em 19 abr. 2018.

¹⁰ Informação retirada do site Agência Brasil (OLIVEIRA, 2017, p. 1). Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>>. Acesso em 19 abr. 2018.

adequado, como forma de melhorar a realidade da desigualdade social e da pobreza.

A Lei nº 13.152/2015 foi promulgada com o objetivo de reajustar o salário mínimo, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no texto constitucional, busca garantir ao assalariado o mínimo e indispensável à sua subsistência e de sua família.

No Brasil, o salário mínimo surgiu no Século XX, na década de 30, com a promulgação da Lei nº 185 de janeiro de 1936 e o Decreto-Lei nº 399 em abril de 1938 que regulamentaram a sua instituição, assim como o Decreto-Lei nº 2.162 de 1º de maio de 1940, que fixou os seus valores, que passaram a vigorar a partir do mesmo ano (GOMES, [s.a.], p. 1).

O artigo 1º¹¹ do Decreto-Lei de 1º de maio de 1940, já estabelecia os direitos do trabalhador, sem distinção de sexo, capaz de satisfazer as suas necessidades, ao definir que o valor deveria suprir o mínimo de sobrevivência, a partir da tabela instituída pela legislação.

A primeira tabela do salário mínimo tinha um prazo de vigência de três anos. Em 1943 foi realizado o primeiro reajuste, seguido de outro em dezembro do mesmo ano. Esses aumentos eram calculados para recompor o poder de compra do salário. Em 1954, o então ministro do Trabalho, João Goulart, foi forçado a deixar o cargo após conceder aumento de 100% no valor do mínimo, sob fortes críticas do empresariado. A unificação total do salário mínimo aconteceu em 1984 (GOMES, [s.a.], p. 1).

Na Lei n.º 13.152/2015 estão alicerçados os meios pelo qual foram previstos critérios para a fixação do salário mínimo nos anos de 2016, 2017, 2018 e 2019. Estabelece o artigo 1º, parágrafo 1º da referida Lei¹², que o salário mínimo deve corresponder à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), mais a taxa de crescimento real do Produto Interno Bruto, situação que faz com que atualmente, no ano de 2018, o salário mínimo nacional esteja cotado em R\$ 954,00 (novecentos e cinquenta e quatro reais).

Em um país de dimensões territoriais como o Brasil, há uma gama diferente de preços do mesmo produto. Isto se deve em decorrência, principalmente, do transporte, cujo preço está atrelado ao índice de aumento da gasolina, da elevação da energia elétrica e das variáveis climáticas que irão compor esses índices e influenciar o maior ou menor índice de aumento do

¹¹ Art. 1º. Fica instituído, em todo o país, o salário mínimo a que tem direito, pelo serviço prestado, todo trabalhador adulto, sem distinção de sexo, por dia normal de serviço, como capaz de satisfazer, na época atual e nos pontos do país determinados na tabela anexa, às suas necessidades normais de alimentação, habitação, vestuário, higiene e transporte.

¹² Art. 1º. São estabelecidas as diretrizes a vigorar entre 2016 e 2019, inclusive, a serem aplicadas em 1º de janeiro do respectivo ano, para: [...] § 1º Os reajustes para a preservação do poder aquisitivo do salário-mínimo corresponderão à variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC), calculado e divulgado pela Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao mês do reajuste.

salário mínimo, preservando-lhe ou não o poder aquisitivo, tão necessário ao equilíbrio das finanças dos trabalhadores assalariados. Segundo Lúcio (2018, p. 1):

Por um lado, os preços dos bens livres, como alimentos básicos, atingiram alto patamar de valor e o recuo não foi suficiente para reduzir o preço final ofertado ao consumidor; e ainda, os bens essenciais ou administrados estão sendo reajustados muito acima da média da inflação. Por outro, as famílias brasileiras vêm perdendo renda e poder aquisitivo.

Esse contexto confirma que as famílias brasileiras estão, cada vez mais, perdendo renda e poder aquisitivo; o que comprova o empobrecimento de uma parcela e o aprofundamento da desigualdade socioeconômica em nosso país.

Em outubro de 2018, o salário mínimo suficiente para manter o sustento de uma família de quatro pessoas deveria estar orçado em R\$ 3.783,39 (três mil, setecentos e oitenta e três reais e trinta e nove centavos). Este valor é aproximadamente 3,96 vezes o salário mínimo em vigor (R\$ 954,00). Mas, segundo o governo federal, o valor atual repõe o poder aquisitivo de forma suficiente para atender as necessidades básicas do trabalhador e de sua família, como estabelecido na Constituição: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e Previdência Social (LÚCIO, 2018, p. 1).

O Departamento Intersindical de Estatísticas e de Estudos Socioeconômicos (DIEESE), em pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos, apresenta o salário mínimo suficiente para manter o sustento de uma família de quatro pessoas, conforme tabela abaixo¹³:

Período	Salário Mínimo Nacional	Salário necessário
Outubro de 2018	R\$ 954,00	R\$ 3.783,39
Setembro 2018	R\$ 954,00	R\$ 3.658,39
Agosto 2018	R\$ 954,00	R\$ 3.636,04
Julho 2018	R\$ 954,00	R\$ 3.674,77
Junho 2018	R\$ 954,00	R\$ 3.804,06
Mai 2018	R\$ 954,00	R\$ 3.747,10
Abril 2018	R\$ 954,00	R\$ 3.696,95
Março 2018	R\$ 954,00	R\$ 3.706,44
Fevereiro 2018	R\$ 954,00	R\$ 3.682,67
Janeiro 2018	R\$ 954,00	R\$ 3.752,65

¹³ Dados disponíveis em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em 30 set. 2018.

Contudo, em face dos índices de pobreza retratados na sociedade brasileira é possível perceber que na realidade o salário não está condizente com a garantia do mínimo de sobrevivência, afrontando diretamente o texto constitucional, ao não possibilitar um reajuste que atenda as demandas básicas dos assalariados e sua família, inconstitucionalidade essa que será analisada na próxima seção.

4 A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 13.152/2015 À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

A Constituição da República Federativa do Brasil é a Lei Maior e limite de poder normativo para as outras leis, normas e decretos. Ocupa posição de destaque em nosso ordenamento jurídico. Desse modo, nenhuma lei poderá sobrepor aos artigos presentes no atual Texto Constitucional, tampouco, uma lei que trate do reajuste do salário mínimo e não preserve o poder aquisitivo para fazer frente aos gastos indispensáveis a uma vida com dignidade humana, visto que essa disparidade afeta as camadas sociais menos protegidas da população brasileira.

Assim, percebe-se que há uma visível violação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por parte da Lei nº 13.152/2015, o que configura uma inconstitucionalidade, pois o salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, é incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador assalariado e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo.

A norma hipotética fundamental é o pressuposto de validade de todo o ordenamento jurídico, se apresenta como fundamento para outros atos legislativos e é superior em relação a eles. Desta forma, a o ato normativo é válido porque a norma que a fundamenta tem pressuposto de validade. Assim, àquela norma que contrariar as disposições da Constituição Federal não será considerada válida e será reconhecida como inconstitucional, no todo ou em parte, para que não surta mais efeitos no Ordenamento Jurídico Brasileiro (KELSEN, 1986, p. VIII-IX).

Segundo Silva (2005, p. 46) a Constituição da República Federativa Brasileira é lei fundamental e caracteriza o Estado Democrático e de Direito. É representativa dos anseios dos cidadãos brasileiros que reunidos a promulgaram em Assembleia Constituinte.

O texto constitucional reconhece duas formas de inconstitucionalidade, por ação ou

por omissão. A inconstitucionalidade por ação ocorre quando a elaboração de atos legislativos ou administrativos contrariam normas ou princípios das constituições, isto é, afrontam os preceitos e princípios constitucionais, fato que resulta em incompatibilidade vertical com o texto constitucional. É quando uma norma do ordenamento jurídico de um país, que é identificada como infraconstitucional não observa a norma superior que é a Constituição (SILVA, 2005, p. 47).

Essa inobservância pode ocorrer de duas formas: por vício de inconstitucionalidade formal ou vício de inconstitucionalidade material. Os vícios formais são caracterizados quando essas normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com as formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição. Conforme Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 776):

A produção da lei exige a observância de pressupostos e requisitos procedimentais, cuja observância é imprescindível para a lei ser constitucional. A Constituição regula o modo como a lei e outros atos normativos primários - previstos no art. 59 - devem ser criados, estabelecendo quem tem competência para produzi-los e os requisitos procedimentais que devem ser observados para a sua produção. Faltas quanto à competência ou quanto ao cumprimento das formalidades procedimentais viciam o processo de formação da lei, tornando-a formalmente inconstitucional.

Já os vícios materiais ocorrem quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito, princípios ou regras da constituição. Caracterizam-se, conforme Alexandrino e Paulo (2016, p. 712), “[...] quando o conteúdo da lei contraria a Constituição”.

A inconstitucionalidade por omissão pode ser identificada nos casos em que não são praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para tornar plenamente aplicáveis normas constitucionais de eficácia limitada, que são aquelas que exigem regulamentação de seu conteúdo por lei infraconstitucional. O exemplo prático é de a Constituição prever o direito de participação dos trabalhadores nos lucros e na gestão da empresa, conforme definido em lei, mas, se esse direito não se realiza, por omissão do legislador em produzir a lei referida e necessária à plena aplicação da norma, tal omissão se caracteriza como inconstitucional. Daí o pressuposto para a propositura de uma ação de inconstitucionalidade por omissão, com o objetivo de obter do legislador a elaboração da lei (OLIVEIRA, 2016, p. 59).

A inconstitucionalidade pode se efetivar de maneira preventiva ou repressiva. A preventiva, como regra, é exercida durante o processo de elaboração da norma, por meio dos poderes Legislativo e Executivo. Já a repressiva ocorre quando a norma já foi promulgada e possui efeitos no Ordenamento Jurídico, situação analisada pelo Poder Judiciário. Segundo

Alexandrino e Paulo (2016, p. 722):

Ocorrerá o controle de constitucionalidade preventivo (a priori) quando a fiscalização da validade da norma incidir sobre o projeto, antes de a norma estar pronta e acabada. No Brasil, exemplos de controle preventivo de constitucionalidade são as atividades de controle dos projetos e proposições exercidas pelas Comissões de Constituição e Justiça das Casas do Congresso Nacional e o veto do chefe do Poder Executivo fundamentado na inconstitucionalidade do projeto de lei (veto jurídico). [...] Ocorre o controle de constitucionalidade repressivo (sucessivo, a posteriori) quando a fiscalização da validade incide sobre norma pronta e acabada, já inserida no ordenamento jurídico. É o caso, em regra, do controle de constitucionalidade judicial no nosso País, que pressupõe a existência de uma norma já elaborada, pronta e acabada, inserida no ordenamento jurídico.

O Estado brasileiro democrático e de direito adotou predominantemente o sistema de controle de constitucionalidade jurisdicional repressivo, que pode ser exercido de maneira difusa ou concentrada. O controle difuso ocorre de forma incidental a um processo que está tramitando no Poder Judiciário, quando uma das partes suscita a análise da inconstitucionalidade de determinado ato normativo, cujo efeito será *inter partes*¹⁴. Nesse sentido, é o que Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 773) afirmam:

Quando, no curso de uma causa comum, é arguida a inconstitucionalidade da lei que configura pressuposto à tutela jurisdicional do direito, o juiz brasileiro está autorizado a tratar da questão constitucional como prejudicial à solução do litígio. A questão constitucional é suscitada, introduzindo-se no processo e no raciocínio do julgador, mediante o modo incidental. O objeto do processo, nestes casos, é um litígio entre as partes, que não se confunde com a questão constitucional. Trata-se, portanto, de questão de natureza constitucional, suscitada incidentalmente e ajustada como prejudicial à resolução do litígio entre as partes. Quando isso ocorre, fala-se que há, por parte do juiz, controle incidental de constitucionalidade.

Já o controle concentrado é aquele que é julgado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, com efeitos *erga omnes*¹⁵ e por meio de ações específicas, como a Ação

¹⁴ A expressão significa efeitos apenas entre as partes do processo, motivo pelo qual a norma, mesmo considerada inconstitucional, continua tendo efeitos no ordenamento jurídico, ou seja, quem não ingressou com ação judicial, para obter o afastamento da norma de seu caso concreto, deverá cumprir normalmente a norma. Isso porque a decisão aplica-se apenas às partes do processo, salvo se a decisão for proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário, por exemplo. Nessa situação, o efeito também será *erga omnes*, ou seja, para todos. “O Min. Gilmar Mendes afirmou que é preciso fazer uma releitura do art. 52, X, da CF/88. Essa nova interpretação deve ser a seguinte: quando o STF declara uma lei inconstitucional, mesmo em sede de controle difuso, a decisão já tem efeito vinculante e *erga omnes* e o STF apenas comunica ao Senado com o objetivo de que a referida Casa Legislativa dê publicidade daquilo que foi decidido. O Min. Celso de Mello afirmou que o STF fez uma verdadeira mutação constitucional com o objetivo de expandir os poderes do Tribunal com relação à jurisdição constitucional”. Informação disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/12/stf-muda-sua-jurisprudencia-e-adota.html>>. Acesso em 30 out. 2018.

¹⁵ A expressão significa que os efeitos valem para todos, com vinculação de todo o Poder Judiciário e a Administração direta e indireta.

Direta de Inconstitucionalidade (ADI)¹⁶, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)¹⁷, Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)¹⁸ e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)¹⁹. Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2012, p. 773):

No controle principal a questão constitucional não é suscitada incidentalmente nem constitui prejudicial ao julgamento do litígio que constitui objeto do processo. No controle principal, o objeto do processo é a própria questão constitucional. O processo é instaurado em virtude e apenas em razão da própria alegação da questão de constitucionalidade, não existindo litígio dependente da solução desta questão para ser dirimido. O controle principal ocorre por meio de ação direta, dirigida à Corte Constitucional ou ao tribunal de cúpula do Judiciário.

A provocação, nas ações constitucionais, deve ser feita por um dos legitimados previstos no artigo 103, da Constituição Federal²⁰, quais sejam: Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados; Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; Governador de Estado ou do Distrito Federal; Procurador-Geral da República; Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; partido político com representação no Congresso Nacional; confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A norma será analisada abstratamente, sendo o controle de sua constitucionalidade o próprio mérito da ação. A decisão, nesse caso, será aplicável para todos e vinculará os demais órgãos do Poder Judiciário e a Administração direta e indireta das esferas federal, estadual e municipal (não vincula a função legislativa). Dessa forma, é como se a norma fosse retirada do ordenamento jurídico, pois a partir dessa decisão não será mais aplicável para ninguém (SIQUEIRA JUNIOR, 2012, p. 210-211).

É importante destacar que as normas proferidas por Tribunais, tanto em sede de

¹⁶ A Ação Direta de Inconstitucionalidade, regulada pela Lei 9.868/99, tem a finalidade de declarar inconstitucional Lei ou ato normativo federal ou estadual que esteja em contrariedade com a Constituição Federal de 1988 (SIQUEIRA JUNIOR, 2012, p. 213).

¹⁷ A Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão, regulada pela Lei 9.868/99, tem a finalidade de reconhecer a inércia do poder competente em elaborar a regulamentação infraconstitucional para uma norma constitucional de eficácia limitada (SIQUEIRA JUNIOR, 2012, p. 305-306).

¹⁸ A Ação Declaratória de Constitucionalidade discute a controvérsia judicial acerca de uma Lei Federal. É regulada pela Lei 9.868/99 (SIQUEIRA JUNIOR, 2012, p. 300).

¹⁹ A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é uma ação regulada pela Lei 9.882/99, cujo objetivo é discutir lesão à preceito fundamental ou controvérsia judicial de lei federal, estadual ou municipal, inclusive pré-constitucional. No entanto, é utilizada apenas subsidiariamente, ou seja, quando não existe outra ação cabível, a ADPF será proposta (SIQUEIRA JUNIOR, 2012, p. 329-330).

²⁰ Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I- o Presidente da República; II- a Mesa do Senado Federal; III- a Mesa da Câmara dos Deputados; IV- a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V- o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI- o Procurador-Geral da República; VII- o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII- partido político com representação no Congresso Nacional; IX- confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

controle difuso, quanto em sede de controle concentrado, precisam respeitar a cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo 97 da Constituição Federal²¹. De acordo com o teor do referido artigo, os tribunais poderão declarar uma lei inconstitucional, mas, para isso, precisam da maioria de seus membros ou dos órgãos especiais (maioria absoluta). A reserva de plenário, contudo, não impede que os juízes singulares declarem a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo no controle difuso, bem como não se aplica as Turmas Recursais dos Juizados Especiais, pois Turma Recursal não é Tribunal (ALEXANDRINO; PAULO, 2016, p. 744).

Assim, existem duas formas da Lei nº 13.105/15 ser declarada inconstitucional, conforme o Ordenamento Jurídico Brasileiro: por meio de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN), que é privativa apenas as pessoas legitimadas no artigo 103 da Constituição Federal, ou por meio de uma ação individual, em que a parte suscite a discussão acerca da inconstitucionalidade da Lei.

O Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da força sindical, inclusive ajuizou uma ADIN, em 2018, sob o nº 5.880 para questionar a inconstitucionalidade do artigo 1º, parágrafo 3º da Lei 13.152/2015²², que trata do reajuste do salário. Contudo, a tramitação da Ação foi rejeitada pelo Ministro Luiz Fux, uma vez que o Sindicato referido não teria legitimidade ativa para propor a ação, já que o artigo 103 da Constituição Federal fala em Confederação Sindical (STF, 2018).

Essa situação, não impede, no entanto, que uma nova Ação Direta de Inconstitucionalidade seja proposta, uma vez que o mérito não foi julgado e o reajuste previsto na Lei claramente fere o princípio da dignidade da pessoa humana, que não possui um conceito específico na doutrina, mas que para Barroso (2013, p. 72), é um princípio que identifica “o valor intrínseco de todos os seres humanos”, que possibilita autonomia para os indivíduos. Conforme Sena (2017, p. 66):

Ao erigir a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, a Constituição Federal de 1988 diz de forma firme, segura e eloquente que no Estado brasileiro a pessoa humana desfruta de especial destaque, sendo o centro de todo o sistema, de molde que todo o ordenamento jurídico, todos os órgãos de governo, todas as ações políticas e todas as condutas particulares devem respeito à pessoa humana.

²¹ Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

²² Art. 1º. São estabelecidas as diretrizes a vigorar entre 2016 e 2019, inclusive, a serem aplicadas em 1º de janeiro do respectivo ano, para: [...] § 3º. Verificada a hipótese de que trata o § 2º, os índices estimados permanecerão válidos para os fins desta Lei, sem qualquer revisão, sendo os eventuais resíduos compensados no reajuste subsequente, sem retroatividade.

Assim, é preciso que haja prioridade, por parte do Poder Público, em garantir condições adequadas de vida para os indivíduos. Para Novelino (2016, p. 254), “Existe uma relação de mútua dependência entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais”, tendo em vista que ao mesmo tempo em que eles surgiram como uma “exigência da dignidade de proporcionar o pleno desenvolvimento da pessoa humana, somente por meio da existência desses direitos a dignidade poderá ser respeitada, protegida e promovida”.

Assim, denota-se uma inconstitucionalidade do reajuste previsto no artigo 1º da Lei 13.152/2015 com relação ao artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, pois há uma clara afronta à dignidade humana prevista nesse inciso e que é fundamento da República Federativa Brasileira.

É necessário ressaltar, por fim, que apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade da norma não é suficiente, até porque a vigência dela já está por encerrar. A questão é que o debate acerca do reajuste tem que ser uma constante no Congresso Nacional, que é o responsável pela elaboração da legislação. Enquanto não houver um consenso com relação a esses reajustes, as leis que o regulamentam vão continuar não alcançando as garantias mínimas dispostas no texto da Constituição Federal de 1988.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 define o Brasil como um Estado Democrático de Direito. Ela é um conjunto de regras que rege o ordenamento jurídico do país, que objetiva regular e pacificar os conflitos e interesses de grupos que integram a sociedade. Para isso, estabelece princípios e leis que tratam desde os direitos fundamentais do cidadão, até a organização dos Poderes; defesa do Estado e da Democracia; ordem econômica e social.

A soberania popular é uma das características mais importantes do Estado Democrático de Direito, regido por uma Constituição em que os cidadãos por meio de tal direito elegem seus representantes políticos. A dignidade da pessoa humana é um valor inerente ao ser humano, indisponível e irrenunciável.

A República Federativa do Brasil tem por objetivos e princípios fundamentais a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantidora do desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades regionais, bem

como, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Contudo, a realidade brasileira não tem sido condizente com o texto constitucional, pois, 50 (cinquenta) milhões de brasileiros vivem na linha de pobreza, o que equivale a 25,4% da população vivendo com renda familiar muito baixa para os padrões mínimos de subsistência, o que denota que o texto constitucional não vem sendo cumprido, e essa contrariedade pode resultar no reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº. 13.152/2015, que regulamenta o salário mínimo no Brasil e prevê um valor que não consegue suprir o mínimo de condições de vida para os indivíduos.

É preciso alertar a sociedade para garantir a proteção socioeconômica aos cidadãos, a fim de apoiar indivíduos, famílias e comunidade no enfrentamento de situações de risco e de vulnerabilidades, e na violação de seus direitos.

Por conseguinte, a Lei nº 13.152/2015 é inconstitucional em face do Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, em razão das condições socioeconômicas e culturais que estão intimamente ligadas à remuneração percebida pelo trabalhador assalariado no Brasil, sendo insuficientes para fazer frente aos direitos sociais que são: a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, previstos no Texto Constitucional.

Dessa forma, é importante ressaltar que a hipótese levantada no trabalho foi confirmada, uma vez que há uma clara afronta do artigo 1º da Lei 13.152/2015 em face do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, pois o reajuste do salário mínimo brasileiro atualmente não condiz com a garantia da dignidade da pessoa humana e não consegue propiciar o mínimo existencial, motivo pelo qual deve ser reconhecido como inconstitucional.

Entretanto, apenas o reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei nº 13.152/2015 não é suficiente para modificar a realidade brasileira, pois o salário sofre alteração legislativa periodicamente e se o Poder Legislativo não suscitar discussões sobre a necessidade de reajuste dos valores, a população continuará à mercê de condições que não garantem o mínimo previsto no texto constitucional.

6 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 15ed. São Paulo: Método, 2016.

ARNS, Paulo Evaristo. **Brasil nunca mais**. 20ed. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

BARBOSA, José Humberto Gomes. **A Guerrilha do Araguaia: memória e esquecimento e ensino de história na região do conflito**. Dissertação de Mestrado (Mestrado Profissional em Ensino de História). Araguaia/TO: UFT, 2016. Disponível em: <<https://repositorio.uft.edu.br/bitstream/11612/398/1/Jos%C3%A9%20Humberto%20Gomes%20Barbosa%20-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em 13 ago. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: A Construção de um Conceito Jurídico à Luz da Jurisprudência Mundial**. tradução Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

BEAL, Sophia. **Obras públicas monumentais, ficção e o regime militar no Brasil (1964-1985)**. Revista Escritos, Ano 4, n. 4, 2010. Disponível em: <<http://www.casaruibarbosa.gov.br/escritos/numero04/artigo10.php>>. Acesso em 20 abr. 2018.

BELLINGIERI, Julio Cesar. **A Economia no Período Militar (1964-1984): Crescimento com endividamento**. Revista Hispeci & Lema, Bebedouro (SP), n. 8, 2005. Disponível em: <<http://www.unifafibe.com.br/revistasonline/arquivos/hispecielemaonline/sumario/9/16042010171928.pdf>>. Acesso em 06 ago. 2018.

BRASIL. **Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965**. Mantem a Constituição Federal de 1946, as Constituições Estaduais e respectivas Emendas, com as alterações introduzidas pelo Poder Constituinte originário da Revolução de 31.03.1964, e dá outras providências. Brasília, 27 out. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-02-65.htm>. Acesso em 30 ago. 2018.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 20 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 399, de 30 de abril de 1938**. Aprova o regulamento para execução da Lei n. 185, de 14 de janeiro de 1936, que institui as Comissões de Salário Mínimo. In: Diário Oficial da União, 30 abr. 1938. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1930-1939/decreto-lei-399-30-abril-1938-348733-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 20 abr. 2018.

_____. **Decreto-Lei nº 2.162, de 1º de maio de 1940**. Institui o salário mínimo e dá outras providências. In: Diário Oficial da União, 1 maio 1940. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2162-1-maio-1940-412194-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 20 abr. 2018.

_____. **Lei nº 185, de 14 de janeiro de 1936**. Institui as comissões de salário mínimo. Rio de Janeiro, 14 jan. 1936. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1930-1939/lei-185-14-janeiro-1936-398024-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 20 abr. 2018.

_____. **Lei nº 13.152, de 29 de julho de 2015.** Dispõe sobre a política de valorização do salário-mínimo e dos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS) para o período de 2016 a 2019. In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 29 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13152.htm>. Acesso em 20 abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5880/DF.** Relator(a): Min. Luiz Fux. Requerente: Sindicato Nacional dos Aposentados, Pensionistas e Idosos da Força Sindical. Julgamento em 28/02/2018. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+5880%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/yda2wyaj>>. Acesso em 15 out. 2018.

CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL (CEJIL). **Corte Interamericana condena Brasil pela impunidade e acobertamento da tortura e execução de Vladimir Herzog durante ditadura militar.** Rio de Janeiro, 05 de julho de 2018. Disponível em: <https://www.cejil.org/sites/default/files/2018_07_05_herzog_sentenca-2.pdf>. Acesso em 13 ago. 2018.

CHAVES, Eduardo dos Santos. **A Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e a construção social da ditadura civil-militar no Rio Grande do Sul.** Temporalidades, Revista Discente do Programa de Pós-Graduação em História da UFMG, Belo Horizonte, v. 5, n. 3, set./ dez. 2013. Disponível em: <www.fafich.ufmg.br/temporalidades>. Acesso em 20 abr. 2018.

CYSNE, Rubens Penha. **A economia brasileira no período militar.** Escola de Economia, FGV, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 185-226, mai./ago.1993. Disponível em: <<http://www.fgv.br/professor/rubens/HOMEPAGE/publica%C3%A7%C3%B5es/Artigos%20publicados/A%20Economia%20Brasileira%20no%20Regime%20Militar.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2018.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIECONÔMICOS (DIEESE). **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos.** Disponível em: <<https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>>. Acesso em 20 out. 2018.

DIZER O DIREITO. **STF muda sua jurisprudência e adota efeito vinculante de declaração incidental de inconstitucionalidade.** Publicação de 23 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.dizerodireito.com.br/2017/12/stf-muda-sua-jurisprudencia-e-adota.html>>. Acesso em 20 out. 2018.

GOMES, Ângela de Castro. **A trajetória política de João Goulart.** FGV, CPDOC. Disponível em: <http://cpdoc.fgv.br/producao/dossies/Jango/artigos/NoGovernoGV/Salario_minimo_e_saida_do_ministerio_do_trabalho>. Acesso em 20 abr. 2018.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais.** 5ed. São Paulo: RCS Editora, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas.** Porto Alegre: S.A. Fabris, 1986.

LÚCIO, Clemente Ganz. **Inflação e custo de vida:** porque os números enganam? Agência Sindical – Comunicação à Serviço dos Trabalhadores, 16 de fevereiro de 2018. Disponível em: <http://www.agenciasindical.com.br/lermais_materias.php?cd_materias=8462&friurl=-1622018---Inflacao-e-custo-de-vida:-por-que-os-numeros-enganam>. Acesso em 15 mar. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 11ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Nielmar de. **IBGE:** 50 milhões de brasileiros vivem na linha da pobreza. Agência Brasil, Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>>. Acesso em 19 abr. 2018.

OLIVEIRA, Erival da Silva. **Prática Constitucional**. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro 1948**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em 07 set .2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº. 131, de 1970**, ratificada pelo Brasil em 04 de maio de 1983 e internalizada ao direito interno pelo Decreto nº 89.686/84. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/lang-pt/index.htm>>. Acesso em 06 set. 2018.

PAIM, Paulo. **Salário Mínimo:** uma história de Luta. Senado Federal, Brasília, 2005. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/180154/SalMinimo.pdf?sequencia=1>>. Acesso em 20 abr. 2018.

RESENDE, Marília Ruiz e. **Contexto:** Auge e Declínio da ditadura militar. Politize, 08 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/constituicao-de-1988/>>. Acesso em 15 abr. 2018.

SANTOS, Vitor Garcia Rodrigues dos. **Caso Riocentro:** Terror e violência no processo de abertura política brasileiro. Revista Contemporânea. 50 anos depois, a cultura autoritária em questão. Ano 4 n. 5, 2014, vol.1. Disponível em: <http://www.historia.uff.br/nec/sites/default/files/10_Caso_Rio_Centro_Terror_e_violencia_no_processo_de_abertura_politica_brasileiro.pdf>. Acesso em 06 ago. 2018

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **O direito ao mínimo não é mera garantia de sobrevivência**. Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 08 de maio de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-mai-08/direitos-fundamentais-assim-chamado-direito-minimo-existencial_o_artigo_esta_disponivel>. Acesso em 10 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SENA, Max Emiliano da Silva. **O trabalho digno como meio de inclusão social no ordenamento jurídico brasileiro**. XXV Congresso do Conpedi, Curitiba, 2016. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/02q8agmu/zwub6y85/f8C4j78b9mY3cgvo.pdf>>. Acesso em 30 set. 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 25ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SIQUEIRA JUNIOR, Paulo Hamilton. **Direito Processual Constitucional**. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VELOSO, Fernando A.; VILLELA, André; GIAMBIAGI, Fábio. **Determinantes do Milagre Econômico Brasileiro (1968-1973): Uma análise empírica**. RBE, Rio de Janeiro, v. 62, n. 2, p. 221-246, abr./jun.2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbe/v62n2/06.pdf>>. Acesso em 20 abr. 2018.

** Submetido em 28 mai. 2019. Aceito em 31 mai. 2019.*



UMA REFLEXÃO JURÍDICA SOBRE A VIABILIDADE DE RECONHECIMENTO DO CONTEÚDO DIGITAL COMO BEM PATRIMONIAL E A POSSIBILIDADE DE SUA TRANSMISSÃO POST MORTEM

Maqson Ecles Mendonça Torres*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Noção de direito das sucessões: conceito e fundamento; 3. Espécies de sucessão; 3.1. Sucessão legítima ou *ab intestato*; 3.2. Sucessão testamentária; 4. Sistemas sucessórios: a reserva absoluta da legítima; 5. Da principiologia do direito das sucessões 5.1. Do princípio da dignidade da pessoa humana; 5.2. Do princípio da saisine; 5.3. Do princípio da indivisibilidade da herança; 5.4. Do princípio da autonomia privada; 6. O instituto da herança: conceito e natureza jurídica; 7. Legado: noções conceituais; 8. Codicilo; 9. O direito sucessório e a era digital; 10. Bens digitais enquanto patrimônio de um indivíduo; 11. Herança digital: os bens digitais enquanto patrimônio transmissível *causa mortis*; 12. Conclusão; 13. Referências.

RESUMO

O presente artigo tem por escopo pesquisar a viabilidade jurídica de reconhecimento dos bens armazenados em meio digital como parte do patrimônio de um indivíduo e a possibilidade de sua transmissão por meio da sucessão *post mortem* aos herdeiros legítimos ou testamentários. O trabalho é relevante frente ao dinamismo das relações contemporâneas caracterizadas pela virtualização da atividade humana, ensejando novas formas de as pessoas acumularem riqueza. Espera-se com o presente trabalho aprimorar o conhecimento jurídico acerca do tema proposto. Este estudo foi desenvolvido em um plano metodológico pautado na pesquisa bibliográfica de natureza aplicada e uma abordagem qualitativa. Os resultados da pesquisa revelam que não há óbice no ordenamento jurídico brasileiro para o reconhecimento do conteúdo armazenado em meio digital como patrimônio de um indivíduo. Logo, conclui-se pela possibilidade de os bens digitais comporem o monte hereditário a ser repassado aos herdeiros.

Palavras-chaves: Patrimônio. Herança. Herança digital. Legado.

ABSTRACT

The purpose of this article is to investigate the legal feasibility of recognizing assets stored in digital media as part of an individual's assets and the possibility of their transmission through post-mortem succession to legitimate or testamentary heirs. The work is relevant to the dynamism of contemporary relations characterized by the virtualization of human activity, creating new ways for people to accumulate wealth. It is expected that the present work will

* Graduando no Curso de Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus – CEULM/ULBRA. E-mail: maqson.torres@gmail.com.

improve legal knowledge about the proposed theme. This study was developed in a methodological plan based on bibliographical research of an applied nature and a qualitative approach. The results of the research reveal that there is no obstacle in the Brazilian legal system for the non-recognition of content stored in digital media as an individual's patrimony. Therefore, it is concluded that digital goods can make up the hereditary mount to be passed on to the heirs.

Keywords: Patrimony. Heritage. Digital heritage. Legacy.

1 INTRODUÇÃO

Hodiernamente, as relações interpessoais vêm sofrendo processo de transformação marcada pela virtualização do ambiente de interação social.

No mesmo caminho, a forma de acumulação do patrimônio pessoal ganha novo contorno. Enquanto no passado os livros, os discos de vinil, os álbuns de fotografias, as moedas, e dentre outros bens, possuíam natureza essencialmente física, atualmente esses mesmos bens podem ser acumulados em formato exclusivamente digital.

Uma das peculiaridades dos bens acumulados em meio digital é a forma com que o titular acessa o seu conteúdo visto que esses bens são armazenados em plataformas digitais cujo acesso se dá por meio de contas pessoais, nas quais se exige a digitação de login de usuário e senha.

Assim, em caso de morte do titular da conta sem que os herdeiros tenham conhecimento da senha de acesso à plataforma digital, o conteúdo armazenado em vida pelo falecido torna-se inacessível aos sucessores.

É nesse contexto que surgem os conflitos sociais envolvendo o patrimônio virtual. De um lado estão os herdeiros interessados no conteúdo digital armazenado, pois o titular da conta produziu o conteúdo ou investiu um determinado valor na aquisição do bem. Do outro, os provedores responsáveis por hospedar e vender o conteúdo digital que alegam a sua intransmissibilidade.

A principal questão a ser enfrentada neste trabalho é a existência da herança digital e a forma de sua destinação aos sucessores legítimos ou testamentários.

Dessa maneira, objetiva-se com este artigo proceder a uma reflexão jurídica sobre a viabilidade de reconhecimento do conteúdo digital como bem patrimonial e a possibilidade de sua transmissão *post mortem*.

A pesquisa tem importância em razão das mudanças sociais operadas pela era digital que impulsionaram o modo como a sociedade passou a acumular riqueza. Logo, o Direito precisa antever os conflitos que no futuro envolverá a sucessão hereditária da propriedade

virtual. É nesse contexto que se motiva a elaboração do presente artigo.

2 NOÇÃO DE DIREITO DAS SUCESSÕES: CONCEITO E FUNDAMENTO

O vocábulo sucessão é uma expressão plurívoca que comporta diferentes significados e não se limita ao âmbito da transmissão hereditária.

Etimologicamente, sucessão vem do latim *sucessio*, do verbo *succedere* (*sub* + *cedere*), vir depois, com o sentido de substituição de uma coisa ou pessoa que vem depois de outra.

Sob o ângulo da relação jurídica, composta por sujeito (ativo ou passivo), objeto da relação e vínculo jurídico entre estes, a substituição de um dado sujeito ou objeto por outro sujeito ou objeto enseja no chamado fenômeno sucessório. A sucessão, então, é a substituição de um sujeito ou objeto de uma relação jurídica.

A substituição do objeto de uma relação jurídica caracteriza o que a doutrina chama de sub-rogação real, a exemplo da substituição de bens gravados com cláusula de inalienabilidade, prevista no artigo 1.911 do Código Civil. Neste caso, aos bens substitutos incidem as restrições apostas aos bens substituídos (art. 1911, parágrafo único, CC).

Por sua vez, quando a substituição ocorre com o sujeito da relação jurídica, tem-se a sub-rogação pessoal. Na concepção de Beviláqua (2000, p.54), “significa a transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa a outra”.

Esta sub-rogação pessoal pode decorrer de ato *inter vivos*, a exemplo da sub-rogação locatícia, prevista no art. 11 da Lei 8.245/91, em que o ex-cônjuge permanece residindo no imóvel, mesmo após o divórcio ou separação de fato ou judicial. E pode decorrer de *causa mortis*, ou seja, com o falecimento de uma pessoa, sendo esta o campo de estudo do Direito das Sucessões.

No Direito sucessório, a palavra sucessão é utilizada em sentido estrito para designar a substituição resultante da morte de alguém, ou seja, sucessão *causa mortis*.

Compreendida a ideia de que a sub-rogação pessoal *causa mortis* é o campo de estudo do direito das sucessões, cabe destacar que nem toda relação jurídica admite esta substituição.

Assim, nem todos os direitos são suscetíveis de transmissão por herança. Nesse sentido, Beviláqua (2000, p. 56) leciona:

Os direitos personalíssimos terminam com a morte do agente, desfazem-se, extinguem-se com a vida, sem que os possa continuar o sucessor da pessoa em favor da qual existiam. Tais são os direitos de usufruto, de habitação, muitos dos que

dependem do estado de família, o de revogar doações por ingratidão (Cód. Civ., art. 1.185), e todos aqueles que se objetivam num benefício pessoal do agente.

Isso ocorre porque somente as relações patrimoniais comportam a substituição do sujeito da relação jurídica quando da ocorrência da morte do seu titular. De outro modo, relação jurídica personalíssima não enseja transmissão de direitos, porquanto herdeiro não se constitui em prolongamento da personalidade do falecido.

A esse conjunto de relações jurídicas de caráter patrimonial que se transmite com a morte do titular aos sucessores é o que chamamos de herança – que serve de objeto de estudo do direito das sucessões.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2017, *e-book*), o direito das sucessões “é o conjunto de normas que disciplina a transferência patrimonial de uma pessoa, em função de sua morte”. Por sua vez, Lobo (2016, *e-book*) conceitua o direito das sucessões como o “ramo do direito civil que disciplina a transmissão dos bens, valores, direitos e dívidas deixados pela pessoa física aos seus sucessores, quando falece, além dos efeitos de suas disposições de última vontade”.

O Direito das Sucessões está intimamente ligado ao estudo do direito da propriedade privada, pois sua função concentra justamente em não permitir o perecimento dos bens deixados pelo morto e estabilizar as relações jurídicas que surgem após a morte do titular do patrimônio, contribuindo, assim, no estabelecimento da função social da propriedade privada.

A Constituição federal de 1988, ao disciplinar os direitos e garantias fundamentais individuais, reconheceu como direito fundamental a propriedade privada, e, logo em seguida (art. 5º, XXII, XXIII e XXX), o direito à herança, o que demonstra o respaldo constitucional ao Direito das Sucessões.

3 ESPÉCIES DE SUCESSÃO

Nos termos do art. 1.786 do Código Civil (BRASIL, 2002) “a sucessão dá-se por lei ou por disposição de última vontade”. Enquanto a primeira é chamada de sucessão legítima, vez que é determinada pela lei, a segunda recebe o nome de sucessão testamentária, porquanto a transmissão patrimonial ocorre por meio de testamento.

Embora cada uma tenha suas particularidades, ambas podem conviver em um mesmo contexto sucessório, desde que respeitados os limites determinados por lei e obedecidas as suas formalidades.

A seguir breves considerações acerca das formas de ocorrência da sucessão

hereditária.

3.1 Sucessão legítima ou *ab intestato*

Consoante já explicado, a sucessão legítima é aquela deferida pela lei cuja disciplina está prevista no artigo 1.829 a 1.856 do Código Civil, em que se estabelece as pessoas e a ordem de preferência a suceder o *de cuius*.

A essa ordem de preferência da sucessão legítima determinada pela lei é a que chamamos de ordem de vocação hereditária, conforme disposição do art. 1.829, do CC/02, transcrito abaixo:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais.

É possível perceber que o legislador, ao estabelecer a ordem de vocação hereditária, privilegiou os membros da família do *de cuius*. No entender de Venosa (2017, *e-book*), “[...] presumem que aí residam os maiores vínculos afetivos do autor da herança”.

Nesse viés, alguns herdeiros legítimos tornaram-se beneficiados obrigatórios da herança, o que impossibilita sua exclusão da sucessão por vontade do causante.

Desta forma, tem-se que a sucessão legítima se divide em herdeiros necessários ou facultativos. Os herdeiros necessários, previstos no art. 1.845 do CC/02, são os descendentes, os ascendentes e o cônjuge. A estes, a lei impõe a participação obrigatória na sucessão e retira a liberdade do autor da herança de excluí-los.

Por outro lado, os herdeiros facultativos não possuem tal proteção, podendo o autor da herança livremente dispor de todos os seus bens e eliminar a participação destes de sua sucessão, sem que isto se configure uma ilegalidade.

Na forma da lei, os herdeiros necessários não podem ser preteridos pela vontade do titular do patrimônio. De acordo com o Código Civil/02 no art. 1.846: “pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima”.

Assim, uma pessoa que tenha descendente, ascendente ou cônjuge não poderá testar mais do que cinquenta por cento do seu patrimônio, vez que a lei garantiu a metade dos bens

que compõem a herança do falecido.

3.2 Sucessão testamentária

Se por um lado tem-se a sucessão legítima que se dá por ordem legal, por outro se tem a figura da sucessão testamentária que ocorre pela manifestação de última vontade do de cujus revestido por ato solene exigido por lei.

Este ato de última vontade pode manifestar-se por intermédio de um testamento ou codicilo, a depender da expressão patrimonial a ser transmitida.

Nessa categoria, os sucessores do autor da herança são chamados de herdeiros ou legatários.

É chamado herdeiro aquela pessoa que o testador dedicou uma quota ideal de seu patrimônio (dez, vinte ou até cinquenta por cento do patrimônio), sem especificar o bem a ser transmitido. Por seu turno, o legatário recebe o patrimônio a título singular, ou seja, um bem específico, certo e determinado, móvel ou imóvel (um carro ou um apartamento, por exemplo).

A liberdade de testar é decorrência do direito constitucional da propriedade privada, vez que um dos poderes sobre a propriedade é a possibilidade de sua disposição. Como já dito alhures, é por meio do testamento ou codicilo que o ato de última vontade do titular do patrimônio se materializa.

Farias e Rosenvald (2017, p.383), ao apresentar o conceito de testamento, asseveram:

[...] o testamento é um negócio jurídico (e, como tal, marcado pela revogabilidade) personalíssimo de manifestação da autonomia privada, pelo qual o titular dispõe do seu patrimônio para depois do seu óbito e, por igual, declara outras vontades de natureza econômica ou não.

Por sua vez, Beviláqua (2000, p.225), assim o define:

[...] é o ato personalíssimo, unilateral, gratuito, solene e revogável, pelo qual alguém, segundo as prescrições da lei, dispõe, total ou parcialmente, do seu patrimônio para depois de sua morte; ou nomeia tutores para seus filhos menores, ou reconhece filhos naturais, ou faz outras declarações de última vontade.

O Código Civil de 2002 não apresenta o conceito de testamento, contudo expressa suas características essenciais nos arts. 1.857 e 1.858, conforme transcrição a seguir:

Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte.

§ 1º A legítima dos herdeiros necessários não poderá ser incluída no testamento.

§ 2º São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.

Art. 1.858. O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo.

Constata-se, a partir dos conceitos doutrinários e das disposições legais acerca do testamento, que este apresenta os seguintes caracteres fundamentais: i) negócio jurídico personalíssimo; ii) ato unilateral; iii) ato gratuito; iv) ato solene; v) ato revogável; e vi) de última vontade.

Ademais, para que o testamento seja considerado válido é imprescindível o atendimento das condicionalidades de verificação de elementos intrínsecos, tais como capacidade do testador, espontaneidade da declaração, objeto e limites desta, e de elementos extrínsecos ou formais contidos nas espécies e nos requisitos.

4 SISTEMAS SUCESSÓRIOS: A RESERVA ABSOLUTA DA LEGÍTIMA

De acordo com Gagliano e Pamplona Filho (2017, *e-book*), existem 03 (três) modalidades de sistemas de sucessão, são eles:

a) Sistema da Liberdade Testamentária - segundo este modelo, o direito sucessório seria uma manifestação pura da autonomia privada, em que o autor da herança teria a plena liberdade de dispor, como quisesse, do seu patrimônio, independentemente da existência de herdeiros próximos. Se amealhou os seus bens, durante a vida, teria todo o direito de fazer com eles o que bem entendesse, não se admitindo a interferência de terceiros ou do próprio Estado.

b) Sistema da Concentração Absoluta ou Obrigatória - diametralmente oposto ao primeiro tipo, este modelo pretende que toda a herança seja deferida a apenas um sucessor. Trata-se de sistema superado, utilizado no passado, quando havia ainda o “benefício do morgadio ou da primogenitura”, por força do qual a herança, em sua totalidade ou maior parte, era deferida ao filho mais velho. Na Bíblia, há várias referências aos direitos de primogenitura, como dupla herança (Dt 21,17), supremacia entre os irmãos e chefia da família (Gn 27,29.40; 49,8), havendo vezes, como no caso de Jacó e de Judá (Gn 27,30-37; 49,4-8), em que este direito não foi respeitado.

c) Sistema da Divisão Necessária - de acordo com este modelo, o autor da herança teria apenas uma relativa margem de disponibilidade dos seus bens, caso existissem herdeiros considerados necessários. Vale dizer, em havendo sucessores desta categoria, parte da herança obrigatoriamente lhes tocaria, não sendo permitido ao seu titular, mesmo em vida, dispor da quota reservada.

O sistema adotado pelo Direito brasileiro é este último, o da divisão necessária, conforme observamos dos dispositivos 1.845 e 1.846, do Código Civil de 2002:

Art. 1.845. São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.
Art. 1.846. Pertence aos herdeiros necessários, de pleno direito, a metade dos bens da herança, constituindo a legítima.

Com isso, o legislador limitou a liberdade de testar do autor da herança em favor dessa categoria de herdeiros, podendo, apenas, a outra metade da herança ser objeto de disposição de vontade.

Embora haja críticas em relação ao supramencionado dispositivo legal, visto que, no entender destes, a restrição ao direito do titular do patrimônio afronta ao direito constitucional de propriedade, o qual é composto pelas faculdades de usar, gozar, fruir, dispor e reivindicar a coisa, e, tal limitação colidiria com a faculdade real de disposição, essa foi a opção escolhida pelo legislador infraconstitucional.

5 DA PRINCIPIOLOGIA DO DIREITO DAS SUCESSÕES

Para compreensão do Direito sucessório é imprescindível o conhecimento de sua base principiológica que norteia a interpretação e aplicação das normas sucessórias.

Neste sentido, têm-se os princípios constitucionais que refletem e inspiram todo o ordenamento jurídico pátrio e os princípios próprios do direito sucessório consubstanciados na legislação civil.

Não é objetivo desta obra enunciar todos os princípios aplicáveis ao direito sucessório. Assim, apresenta-se abaixo aqueles considerados oportunos para o presente debate.

5.1 Do princípio da dignidade da pessoa humana

A promulgação da Constituição federal de 1988 provocou alteração contundente na estrutura intrínseca dos institutos e conceitos fundamentais do Direito Civil, conferindo-lhes maior eficácia e revitalizando-os à luz dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A nova tábua axiológica inaugurada pela nossa Constituição é a mola propulsora de todo o ordenamento jurídico. Faz-se, assim, necessário a releitura dos institutos clássicos das relações privadas, vez que a norma Constitucional funciona como filtro do ordenamento infraconstitucional.

Dentre os valores instaurados pela nova ordem Constitucional, consagra-se o princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, qualquer norma jurídica, inclusive na esfera do Direito sucessório, deve ser confrontada com o princípio da dignidade da pessoa humana, sob

pena de repulsão do ordenamento jurídico pátrio.

É o que afirmam Gagliano e Pamplona Filho (2017, *e-book*):

Considerando a Dignidade da Pessoa Humana como um filtro necessário para a compreensão de todo o ordenamento jurídico, toda e qualquer norma, inclusive no campo do Direito Sucessório, que afrontar esse princípio superior pode ter sua constitucionalidade questionada.

Ademais, é a partir da percepção sobre a dignidade da pessoa humana que se justifica a limitação ao exercício de direitos subjetivos sucessórios. É o que ocorre, por exemplo, na limitação do direito de testar, em que a disposição como ato unilateral de vontade não deve ultrapassar as fronteiras da sucessão legítima, preservando-se um patrimônio mínimo aos herdeiros pertencentes ao núcleo familiar da pessoa sucedida.

É a conjugação do princípio da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, que busca resguardar direitos patrimoniais mínimos às pessoas ligadas pelo vínculo familiar.

No mesmo sentido, como reflexo da dignidade da pessoa humana, são os institutos da deserdação e indignidade de sucessão, previstas nos art. 1.814 e 1.962 do Código Civil, que se revestem de caráter punitivo em face de conduta hedionda praticada pelos herdeiros necessários contra o autor da herança.

Dessa maneira, o princípio da dignidade da pessoa humana deve servir de pano de fundo para interpretação e/ou aplicação dos institutos clássicos do direito civil às relações jurídicas contemporâneas, inclusive as que envolvem o direito hereditário.

5.2 Do princípio da saisine

A saisine é um termo oriundo do Direito francês e utilizado no campo do direito sucessório no sentido de “posse”, significando posse *in continenti* aos herdeiros. Trata-se de uma ficção jurídica criada pelo direito costumeiro francês, segundo retrata Pereira (2009, p.15):

Na Idade Média, institui-se a praxe de ser devolvida a posse dos bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento, para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche*. Daí ter a doutrina fixado por volta do século XIII, diversamente do sistema romano, o chamado *droit de saisine*, que traduz precisamente este imediatismo da transmissão dos bens, cuja propriedade e

posse passam diretamente da pessoa do morto aos seus herdeiros: *le mort saisit le vif*. Com efeito, no século XIII a saisine era referida num *Aviso do Parlement de Paris* como instituição vigente e os *établissements de St. Louis* lhe apontam a origem nos Costumes de Orleans.

O princípio da saisine estabelece, portanto, que as relações patrimoniais (ativas e passivas) transmitem-se imediatamente aos herdeiros universais, logo após a abertura da sucessão (morte da pessoa humana), independentemente de aceitação ou consentimento dos herdeiros ou ato judicial (FARIAS; ROSEVALD, 2017, p.112-113).

À vista disso, inexistente qualquer espaço de tempo entre a abertura da sucessão e a translação da herança. É o que se extrai do art. 1.784 do Código Civil vigente (BRASIL, 2002), segundo o qual “aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”.

Impende destacar que a razão de ser dessa norma, como corolário do princípio da saisine, relaciona-se com a impossibilidade de as relações jurídicas patrimoniais pudessem permanecer sem titularidade, adquirindo a natureza de *res derelicta* (coisa abandonada) ou de *res nullius* (coisa de ninguém).

5.3 Do princípio da indivisibilidade da herança

O princípio da indivisibilidade da herança relaciona-se com o domínio e a posse dos bens constantes do monte hereditário, que tem início desde o momento da abertura da sucessão até a expedição do formal de partilha.

Com a abertura da sucessão, o conjunto de direitos, bens e obrigações transladam, em seu todo, aos herdeiros sob a forma de herança. A herança constitui, portanto, um todo unitário. Trata-se de uma universalidade de direito (*universitas iuris*) (NADER, 2016, *e-book*).

Tal universalidade e indivisibilidade podem ser percebidas na própria Lei, dispostos no art. 1.791, do Código Civil (BRASIL, 2002), o qual transcreve-se:

Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros.
Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

Conforme referido no dispositivo acima, em decorrência da indivisibilidade da herança, esta relação jurídica será disciplinada pelas regras dos condôminos. Dessa maneira,

qualquer dos co-herdeiros pode exercer direitos compatíveis com a indivisão, reivindicá-la de terceiro e defender sua posse, à luz do art. 1.314, do Código Civil. Por conseguinte, a reivindicação realizada por qualquer dos co-herdeiros espalha efeitos que atingem o interesse dos demais herdeiros em razão do princípio da indivisibilidade da herança.

5.4 Do princípio da autonomia privada

O princípio da autonomia privada é um dos princípios basilares do direito das relações civis. No Direito Civil hodierno, a autonomia privada pode ser conceituada segundo a doutrina de Tartuce (2017, p.238) “como o direito que a pessoa tem de regulamentar os próprios interesses, o que decorre dos princípios constitucionais da liberdade e da dignidade da pessoa humana”.

No campo do Direito sucessório, a autonomia privada revela-se com maior amplitude quando da elaboração do testamento ou codicilo, pois são nestes que o autor da herança manifesta sua vontade ao regulamentar a destinação da parcela disponível de seu patrimônio.

Por conseguinte, a interpretação e aplicação de normas sucessórias, em matéria testamentária, deve ser no sentido de prevalência da manifestação da vontade do testador.

6 O INSTITUTO DA HERANÇA: CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A herança compreende o conjunto de bens, direitos e obrigações que se transmite por ocasião da morte do titular aos seus sucessores a fim de que seja partilhado. Em que pese a similaridade conceitual entre herança e patrimônio, estes não se confundem.

Enquanto o patrimônio é o conjunto universal de relações econômicas administradas em vida por seu titular, a herança, também constituída por essas relações jurídicas, só recebe esta denominação após o falecimento do detentor do patrimônio, momento este em que ocorre a passagem de um proprietário, que falece, para outro, que lhe ocupa o lugar.

O direito à herança alcançou patamar constitucional e passou a ser considerado um direito fundamental, com previsão no art. 5º, XXX, da Constituição federal de 1988, *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:

[...]

XXX – é garantido o direito de herança;

Ademais, salienta-se que por força de lei, dado o caráter universal e indivisível da herança, ao direito à sucessão aberta foi-lhe conferido a natureza jurídica de bens imóveis, consoante disposto no art. 80, inciso II, do *Codex Civil* vigente:

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:
I – os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;
II – o direito à sucessão aberta.

Desta feita, ainda que composta por bens móveis, divisíveis e singulares, a Lei Civil considera a herança como bem jurídico imóvel, abrangendo direitos reais e pessoais numa universalidade patrimonial.

7 LEGADO: NOÇÕES CONCEITUAIS

Legado é o instituto do Direito sucessório relacionado à disposição de conteúdo patrimonial que exprime ato de última vontade do autor da herança (legante).

Nas disposições testamentárias, enquanto o herdeiro sucede a título universal, por fração ou generalidade de bens, o beneficiário do legado (legatário) recebe a título singular coisas específicas.

Sobre o tema, destacam-se os ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2017, *e-book*) que em linhas gerais definem o legado como “um bem certo e determinado (ou, excepcionalmente, determinável), deixado pelo autor da herança, a alguém, denominado legatário, por manifestação expressa em testamento ou codicilo”.

Qualquer bem sujeito à individualização pode ser objeto de um legado. Contudo, para produzir efeitos é necessário que o legante tenha o domínio da coisa no momento de abertura da sucessão.

Excepcionalmente, é possível o legado de coisa alheia, à luz do art. 1.913 do Código Civil, na hipótese em que o herdeiro ou legatário tenha recebido o encargo de cumprir com a entrega de um bem que integre o seu patrimônio, sob pena de presunção de renúncia à herança ou legado. Claro, que estamos a falar da sucessão da parte disponível, visto que tal situação não alcança os herdeiros necessários.

8 CODICILO

Da mesma forma que o testamento, o propósito do codicilo é materializar a vontade do autor da herança quanto ao destino de seu patrimônio, com a diferença de ser um ato simples e não formal.

Sobre o tema, Gagliano e Pamplona Filho (2017, *e-book*) conceituam o codicilo como “um negócio jurídico unilateral de última vontade, pelo qual o autor da herança pode dispor sobre o seu enterro e valores de pequena monta”. E seguem afirmando “o codicilo não se presta para qualquer finalidade de disposição patrimonial póstuma”.

Percebe-se que, além da forma simplificada e da ausência de solenidade para sua realização, o codicilo possui objeto bem restrito. É o que expressamente dispõe o art. 1.881 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 1.881. Toda pessoa capaz de testar poderá, mediante escrito particular seu, datado e assinado, fazer disposições especiais sobre o seu enterro, sobre esmolas de pouca monta a certas e determinadas pessoas, ou, indeterminadamente, aos pobres de certo lugar, assim como legar móveis, roupas ou joias, de pouco valor, de seu uso pessoal.

Quanto ao sentido da expressão “pouca monta” ou “pouco valor”, Gagliano e Pamplona Filho (2017, *e-book*) afirmam que “o conceito é subjetivo e deve ser interpretado de acordo com o universo patrimonial do autor do codicilo”. E seguem observando o cuidado com a subjetividade do termo “uma vez que determinado bem, considerado de pequeno valor financeiro, pode ser efetivamente parte significativa do espólio”.

Cumpre destacar ainda, a possibilidade de coexistência no mesmo contexto sucessório do testamento e codicilo vez que prevalece o princípio da autonomia entre os dois institutos.

Por fim, ressalte-se que as disposições de última vontade, como decorrência do princípio constitucional da dignidade da pessoa e da propriedade privada, tendem a prevalecer em face das disposições legais, desde que observado os seus limites.

9 O DIREITO SUCESSÓRIO E A ERA DIGITAL

Superadas as noções introdutórias gerais do Direito sucessório, que envolveu um estudo panorâmico dos sistemas e modalidades de sucessão, dos princípios aplicáveis, do conceito e da natureza jurídica de herança, legado e codicilo, resta-nos, a partir de agora, compreender os reflexos que o contexto social atual, caracterizado por novas formas de se acumular patrimônio, impõe aos institutos milenares do direito sucessório.

A sociedade contemporânea reveste-se de uma nova forma de organização assentada na globalização e informatização que impõe desafios à ciência jurídica uma vez que relações jurídicas inimagináveis são formadas a partir dessa reestruturação organizacional.

Percebe-se, com isso, que o novo modelo social concebido reflete demasiadamente no comportamento dos indivíduos. Essa mudança comportamental exige uma resposta imediata do Direito que seja capaz de estabelecer limites de atuação e não intervenção sobre a nova ordem que se instaura.

A influência que a rede mundial de computadores exerce sobre o comportamento dos usuários faz surgir uma nova realidade baseada na virtualização. Como resultado desse processo virtual, novos conceitos são apresentados ao mundo jurídico, exigindo um pensamento crítico de nossa ciência que vise adequar os institutos clássicos do direito à nova realidade.

Não há dúvidas que este novo momento social trará uma série de conflitos, aos quais os operadores do direito não deverão se furtar de tal encargo, a fim de preveni-los ou remediá-los.

Não obstante a falta de percepção, o mundo moderno perpassa por esta revolução que tem por objeto a informação. Essa revolução informacional evidencia-se com o advento da internet e suas fases (web 1.0 e 2.0), pois é a partir desta inovação tecnológica que ocorre um maior impacto na vida humana – social, profissional ou negocial - fomentando a interatividade entre os usuários, a produção de conteúdo postado na rede e a maneira como as pessoas adquirem bens.

E tudo isso é realizado de forma virtual através de plataformas digitais, blogs e redes sociais, por exemplo, onde o sujeito produz e armazena álbuns de fotografias, vídeos e músicas, adquire moedas virtuais e jogos eletrônicos, troca mensagens de e-mail, compra estante de livros digitais, dentre outras dezenas de utilidades, alguns produzidos de forma independente, outros obtidos monetariamente.

Com essa gama de conteúdo produzido ou adquirido virtualmente, indaga-se: está-se diante de uma concepção moderna de patrimônio? E, em caso positivo, esses bens virtuais poderiam compor a herança de um indivíduo e transmitir-se aos sucessores legítimos ou testamentários?

O imbróglio da questão está em saber se a concepção clássica de patrimônio abrange esta nova espécie de bem jurídico. E se, caso admitido como um bem patrimonial, haveria possibilidade de transmissão por meio de sucessão *causa mortis*.

10 BENS DIGITAIS ENQUANTO PATRIMÔNIO DE UM INDIVÍDUO

Verifica-se que os bens digitais não encontram óbice na legislação civil brasileira para serem aceitos e tutelados pelo Estado, eis que são admitidos como subespécies de bens incorpóreos de natureza patrimonial ou extrapatrimonial e podem ser objetos de negócios jurídicos.

Para se chegar ao resultado exposto acima, primeiramente, é importante apresentar o conceito de bens como objeto do direito. É bem verdade que o conceito de bens e coisas dividem a doutrina moderna, tornando-se imprescindível diferenciar os dois institutos jurídicos, conforme será feito a seguir.

Pereira (2016, p. 330-331) afirma que “Bem é tudo que nos agrada”, e segue diferenciando os dois institutos “os bens, especificamente considerados, distinguem-se das coisas, em razão da materialidade destas: *as coisas* são materiais ou concretas, enquanto que se reserva para designar os imateriais ou abstratos o nome *bens*, em sentido estrito”.

Para Rodrigues (2003, p. 116) coisas são o gênero e bens a espécie. Segundo afirma o renomado autor (2003, p. 116), bens compreende a “ideia de utilidade e raridade, ou seja, a de ter valor econômico”. Enquanto que “coisa é tudo que existe objetivamente, com exclusão do homem”.

Desta maneira, os bens são coisas suscetíveis de apropriação e conteúdo econômico. A nosso ver, o conceito de Rodrigues é o que mais se encaixa ao que consta do atual Código Civil, na sua parte geral.

O Código Civil brasileiro disciplina a matéria nos artigos 79 a 103, os quais são divididos em 03 (três) capítulos: I – Dos bens considerado em si mesmo; II – Dos bens reciprocamente considerados; e III – Dos bens públicos.

É importante registrar que a atual classificação sofreu duas modificações pontuais em relação ao código de 1916. A primeira refere-se à supressão do capítulo IV – as coisas que estão fora do comércio e a segunda foi a sua transposição do capítulo V para o livro IV que trata do direito de família.

Em sua obra, Beviláqua (2001, p.240) classifica os bens de acordo com a natureza de sua relação: “em sua própria individualidade; uns em relação aos outros; e em relação às pessoas, que deles se utilizam”.

Na primeira relação temos: a) móveis e imóveis; b) fungíveis e infungíveis; c) consumíveis e não consumíveis; d) divisíveis e não divisíveis; e) singulares e coletivos. No segundo enfoque estão divididos em principais e acessórios. E, por fim, em bens públicos e

particulares, coisas que estão no comércio ou fora dele e os bens de família (BEVILÁQUA, 2001, p.240).

Não obstante o silêncio injustificado do legislador civil, a doutrina costuma classificar os bens quanto à sua tangibilidade em corpóreos e incorpóreos. Tartuce (2017, p.253-254), assim, dispõe:

- a) **Bens corpóreos**, materiais ou tangíveis – são aqueles bens que possuem existência corpórea, podendo ser tocados. Exemplos: uma casa, um carro.
- b) **Bens incorpóreos**, imateriais ou intangíveis – são aqueles com existência abstrata e que não podem ser tocados pela pessoa humana. A ilustrar, podem ser citados como sendo bens incorpóreos os direitos de autor, a propriedade industrial, o fundo empresarial, a hipoteca, o penhor, a anticrese, entre outros.

Farias e Rosendal (2017, p.531), por sua vez, asseveram que “corpóreos são os bens que têm existência material, perceptível pelos sentidos humanos”, enquanto os incorpóreos “não têm existência materializável, sendo abstratos, de visualização ideal” e “existem fictamente, através de disciplina jurídica”.

Embora o *Codex* de 2002 tenha deixado de destinar a classificação ora apresentada, não há dúvidas de que a relação jurídica pode ter como objeto um bem de existência material ou um bem de existência imaterial ou abstrata.

Frisa-se, ainda, que, apesar de inexistir menção no Código Civil, a Lei nº 9.610/98, que trata dos direitos autorais e é anterior ao atual *Codex*, prevê claramente a existência dos bens tangíveis e intangíveis, senão vejamos (BRASIL, 1998): “Art. 7º: São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como”.

No que tange ao entendimento da jurisprudência pátria, há pacificidade no reconhecimento e aplicação aos casos concretos nas relações envolvendo os bens incorpóreos. Podemos citar, por exemplo, a edição da súmula 228 do STJ, a qual fora criada para encerrar as controvérsias existentes no que diz respeito à impossibilidade de os bens incorpóreos, especialmente, os direitos autorais, serem objetos de posse e utilizarem-se do interdito proibitório para sua proteção.

Feitas essas considerações acerca da existência e validade de bens incorpóreos, resta-nos conceituar bens digitais para em seguida investigar-se a possibilidade de seu reconhecimento como parte do patrimônio de um indivíduo.

De acordo com Taveira Jr. (2018, p.101) “os bens digitais constituem-se em quaisquer arquivos digitalizados, isto é, devem ser considerados bens digitais apenas os dados dispostos

em formato eletrônico”.

Emerenciano (2003, *apud* WILKENS; FERREIRA, 2008, p.77), ao seu turno, traz a seguinte definição:

Os bens digitais, conceituados, constituem conjuntos organizados de instruções, na forma de linguagem de sobre nível (O computador opera com as instruções transmitidas em linguagem de baixo nível, que é a linguagem capaz de ser interpretada pela máquina. As linguagens são de alto ou baixo nível conforme sua maior ou menor proximidade com a linguagem humana), armazenados em forma digital, podendo ser interpretados por computadores e por outros dispositivos assemelhados que produzam funcionalidades predeterminadas. Possuem diferenças específicas tais como sua existência não-tangível de forma direta pelos sentidos humanos e seu trânsito, por ambientes de rede teleinformática, uma vez que não se encontram aderidos a suporte físico.

Lacerda (2017, p.59), por sua vez, conceitua os bens digitais como sendo “aqueles bens incorpóreos os quais são progressivamente inseridos na Internet por um usuário, consistindo em informações de caráter pessoal que trazem alguma utilidade àquele, tenha ou não conteúdo econômico”.

Desta forma, inclui-se no conceito de bens digitais, além daquele dotado de economicidade, a exemplo das moedas virtuais e dos livros digitais, aquele conteúdo produzido pelo usuário, de natureza não econômica, tais como a publicação de fotografias, vídeos e músicas em redes de relacionamento pessoal.

Infere-se, assim, que quanto ao conteúdo econômico que podem gerar, os bens digitais podem ser divididos em dois grandes grupos: os suscetíveis de valoração econômica ou suscetíveis de valoração afetiva.

Todavia, segundo discorre Costa Filho (2016; p. 209) fazer “tal distinção pode se tornar problemático, considerando que bens virtuais de aparente valor exclusivamente afetivo podem um dia se tornar fonte de propriedade intelectual”.

Justifica-se tal divisão com o objetivo de compreender que existem bens da natureza econômica capazes de compor o patrimônio de um indivíduo e bens de natureza não econômica ou de valor puramente sentimental que, apesar de serem reconhecidos como bens jurídicos, não podem compor o patrimônio disponível de uma pessoa em razão dos reflexos que este reconhecimento pode apresentar quando da ocorrência do falecimento de seu titular.

Neste sentido, de forma didática, Lacerda (2017, p.67-114) classifica os bens digitais em três importantes grupos: bens digitais patrimoniais, bens digitais existenciais e bens digitais patrimoniais-existenciais ou híbridos.

Os bens digitais patrimoniais compreendem aqueles de caráter meramente econômico-

patrimonial, como, por exemplo, as milhas aéreas, bitcoins, etc.

Enquanto os bens digitais existenciais estão relacionados à identidade visual do titular do patrimônio. São bens que devem ser vistos pela cláusula geral de proteção da pessoa humana, considerando o direito constitucional à privacidade e à intimidade. Nesse caso, cita-se o WhatsApp.

E, por fim, os bens digitais patrimoniais-existenciais ou de natureza híbrida, assim chamados tendo em vista sua repercussão não operar exclusivamente na esfera patrimonial, mas também poder se enquadrado como bem existencial, navegando em uma zona cinzenta entre um e outro, a exemplo dos blogs profissionais e dos perfis sociais com finalidade empresarial (LACERDA, 2017, p.112-113).

Assentado na proposta apresentada acima, pode-se entender que todo conteúdo produzido ou adquirido, inserido ou armazenado em meio digital, seja em equipamento informatizado local ou na rede mundial de computadores, que tenha alguma utilidade ou repercuta na esfera econômica do usuário deve ser reconhecido como bem patrimonial.

Portanto, independentemente da existência ou não de regulamentação específica para reconhecer os bens digitais como objeto jurídico sujeitos à proteção pelo Estado, o resultado da pesquisa nos revela que estes podem ser admitidos como bens incorpóreos ou intangíveis a serem incorporados no patrimônio do titular a surtir todos os seus efeitos legais.

11 HERANÇA DIGITAL: OS BENS DIGITAIS ENQUANTO PATRIMÔNIO TRANSMISSÍVEL CAUSA MORTIS

Compreendida a viabilidade jurídica de reconhecimento de bens armazenados em meio digital como parte do patrimônio de um indivíduo, passa-se a examinar a possibilidade jurídica de transferência desses bens digitais por *causa mortis*.

Como já visto anteriormente, patrimônio e herança estão separados por um fato jurídico, a saber, a morte do titular do patrimônio. Após este acontecimento, todo o conjunto das relações patrimoniais passa a ser chamado de herança.

Desta feita, a herança é definida como o conjunto de bens, direitos e obrigações que se transmite por ocasião da morte do titular aos sucessores legítimos ou testamentários.

Se os bens digitais podem ser reconhecidos como uma nova concepção de patrimônio, indaga-se, pois, os bens digitais podem compor o acervo patrimonial a ser transmitido por herança?

Para responder tal questionamento e o perfeito entendimento do que vem a ser herança

digital, é importante tecer breves noções conceituais de patrimônio para, em seguida, compreender a possibilidade jurídica de a herança ser constituída por bens digitais.

Nas lições de Farias e Rosenvald (2017, p.524), “o patrimônio pode ser compreendido, amplamente, como o complexo de relações jurídicas apreciáveis economicamente (ativas e passivas) de uma determinada pessoa”. Em outras palavras afirmam “é a totalidade dos bens dotados de economicidade pertencentes a um titular, sejam corpóreos (casa, automóvel etc.) ou incorpóreos (direitos autorais)”.

Por sua vez, Beviláqua (2001, p.235-236) considera o patrimônio resultado de uma relação jurídica que possa ser valorado economicamente. No seu entendimento, o patrimônio é compreendido em dois grupos: os elementos ativos e passivos, ou seja, direitos de ordem privada apreciáveis economicamente e as dívidas.

Para Venosa (2017, *e-book*), o conceito de patrimônio e herança estão entrelaçados. Primeiro porque o patrimônio deve ser entendido como um conjunto de bens, direitos e obrigações, ativos e passivos, pertencentes a um indivíduo. Segundo que a herança é o próprio patrimônio do defunto. Na ideia do autor, o patrimônio a ser transmitido deve ser constituído por bens materiais e imateriais, todavia sempre coisas avaliáveis economicamente.

Nessa esteira, percebe-se que para parte da doutrina o conceito de patrimônio deve ser compreendido, em primeira análise, como um conjunto de direito e obrigações que possam ser mensuráveis economicamente.

Desta maneira, a princípio, os bens digitais não suscetíveis de valoração econômica não estariam abrangidos por esta conceituação. Os arquivos digitais contidos em contas de e-mail ou em redes sociais (Facebook, Instagram, etc), por exemplo, não poderiam compor o patrimônio de um indivíduo.

Ao seu turno, Cristiano e Rosenvald (2017, p.70-71) asseveram que “esse caráter universal (*universitas iuris*) da herança se caracteriza pela abrangência de todo o ativo e o passivo deixados pelo morto e se mantém até a partilha, mesmo que sejam múltiplos os herdeiros”. E continuam, “a herança é um bem jurídico (objeto da relação jurídica), composto pela universalidade de relações patrimoniais transmitidos pelo morto”.

Logo, tal transmissão compreende tudo o que pertence ao morto, ativa e passivamente, e autoriza que seja repassado integralmente aos seus herdeiros legítimos ou testamentários.

Assim, entende-se por herança digital o conteúdo virtual produzido, inserido ou armazenado em mídias digitais que tenha sido acumulado em vida pelo falecido e repercuta na esfera patrimonial do titular do bem, devendo, portanto, ser transmitido aos sucessores legítimos ou testamentário.

Em vista disso, tratando-se de bem digital de repercussão patrimonial, segue-se a norma geral que estabelece a sucessão automática e imediata, passando-se da titularidade do defunto aos seus sucessores.

Na espécie de bens digitais dotados de economicidade, a sucessão pode se dar tanto na legítima quanto na testamentária. Na primeira, em razão do princípio da saisine, transmitem-se todas as relações patrimoniais, inclusive os bens digitais patrimoniais. Na segunda, em observância ao princípio da autonomia privada, o usuário poderá determinar o destino de seus bens digitais, seja por meio de testamento ou codicilo, a depender de sua expressão patrimonial.

Portanto, as bibliotecas, videotecas e musicotecas digitais, as milhas aéreas, as moedas virtuais, contas de jogos *online*, etc., se dotados de economicidade, devem ser considerados como patrimônio de seu titular e ser repassados como herança aos sucessores legítimos ou testamentários.

Por outro lado, têm-se os bens digitais não dotados de economicidade que não repercutem na esfera patrimonial de seu titular, isto é, não são passíveis de mensuração econômica, entretanto, projetam-se nos direitos de personalidade do indivíduo.

Em vida, o sujeito realiza *upload* de fotos e vídeos, compartilha ideias, pensamentos ou a própria privacidade com terceiros, ou seja, produz e insere na *web* conteúdo que apresenta repercussão extrapatrimonial. A esse acervo de cunho extrapatrimonial, o qual é digitalizado ao longo da vida do usuário, é chamado de bem tecnodigital existencial (LACERDA, 2017, p.112).

A promulgação da Constituição federal de 1988 inaugurou uma nova ordem apoiada em princípios e regras que irradiam valores a todo o ordenamento jurídico brasileiro, inclusive nas relações privadas.

Neste sentido, o Estado brasileiro tem como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), considerado o valor supremo da ordem jurídica. Este princípio serve, portanto, de bússola de todo o sistema jurídico vigente.

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana possibilitou, ainda, a amplificação de uma nova categoria de direitos subjetivos de natureza extrapatrimonial, os chamados direitos da personalidade.

Consideram-se, pois, direitos da personalidade, segundo a doutrina de Bittar (2015, p.29):

Os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada e si mesma e em suas projeções

na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, o segredo, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Deste modo, percebe-se ser perfeitamente possível a projeção dos direitos da personalidade no ambiente virtual com destaque para o direito à intimidade, à honra, ao segredo e à imagem.

Logo, quando o indivíduo cria uma conta em uma rede social e compartilha fotos, vídeos, pensamentos ou ideias pessoais, ou troca mensagens de áudio ou texto com outras pessoas, ocorre uma projeção dos direitos da personalidade no mundo virtual.

Por conseguinte, com a projeção dos direitos da personalidade no mundo digital, o indivíduo passa a titularizar ativos digitais de natureza personalíssima, merecedora de tutela jurídica no sentido de impedir a violação de seu conteúdo.

Do ponto de vista constitucional, os direitos da personalidade são considerados direitos fundamentais na medida em que os direitos inerentes ao ser humano tornam-se reconhecidos e positivados pelo Estado numa relação de verticalização sujeito e Estado. Por sua vez, numa dimensão civil-privada de relação entre as pessoas, o alcance dos direitos fundamentais perpassa no plano de eficácia horizontal (BITTAR, 2015, p.31-32).

Assim, por meio desse plano de eficácia vertical e horizontal, os direitos da personalidade não podem ser violados nem pelo Estado nem por particulares, ao revés deve ser garantida sua proteção.

Nesse viés, os bens digitais existenciais objetos de projeção dos direitos da personalidade do indivíduo reclamam do Estado uma postura de defesa em face dos direitos fundamentais ali existentes.

Diante disso, pergunta-se: os bens digitais devem ser transmitidos por herança? E, se positivo, de que forma a herança digital constituída por bens tecnodigitais projetores de direitos da personalidade deve ser repassada aos sucessores legítimos ou testamentários?

Em razão dos direitos fundamentais envolvidos, os bens digitais existenciais não devem ser transmitidos por herança quando o falecido não manifestar sua vontade quanto ao destino desses bens.

De outra sorte, quando o titular dos bens digitais existenciais manifestar sua vontade quanto ao destino de seus bens digitais, esta deverá ser respeitada. Tal regra encontra fundamento no princípio da autonomia privada. Assim, se em vida o titular desses bens requerer que seja retirado da rede todo o conteúdo disposto em suas contas privadas, a vontade do autor da herança deverá ser respeitada tanto pelos familiares e terceiros quanto

pelos administradores das plataformas digitais.

Em casos excepcionais, verificado motivo justificante, a partir de uma análise do caso concreto, é possível o acesso pelos familiares aos bens digitais, devendo para isso ser respeitada o conteúdo que invada a intimidade de terceiros.

Desta forma, os bens digitais existenciais em decorrência das projeções dos direitos da personalidade sofrerão um destino diferente a depender da manifestação de última vontade do titular do patrimônio digital. Em casos singulares, o conteúdo poderá ser acessado desde que devidamente fundamentada por motivos relevantes em decisão judicial.

12 CONCLUSÃO

Ao longo da pesquisa, percebe-se que institutos milenares do direito civil necessitam de adequação às transformações sociais ocorridas no decorrer deste século. A Ciência Jurídica não pode ser inflexível e inerte diante de novas relações jurídicas que se originam a partir de mudanças que ocorrem na sociedade.

Sendo assim, em que pese não haver previsão na legislação brasileira da existência de bens digitais, buscou-se demonstrar nesta pesquisa que no âmbito de compreensão do conceito de bens jurídicos, esses podem perfeitamente tutelar os bens digitais e, dado a possibilidade de sua mensuração econômica, constituírem-se como patrimônio de um indivíduo.

Por conseguinte, sendo a herança fruto do patrimônio da pessoa falecida, resta evidente que o acervo patrimonial constituído por bens digitais configura a chamada herança digital. Todavia, não será todo e qualquer bem digital que deverá ser transmitido aos herdeiros por meio da herança.

Na presente pesquisa, evidenciou-se que bens digitais que projetem direitos da personalidade não podem ser transmitidos de forma imediata em razão dos direitos fundamentais envolvidos em risco de serem violados. De outra sorte, os bens digitais de caráter essencialmente econômico não há nenhuma restrição quanto a sua transmissão por herança.

A contribuição deste trabalho para o conhecimento jurídico na área proposta é no sentido de elucidar que os bens digitais não podem receber tratamento igualitário concernente a possibilidade de sua transmissão por herança.

Embora tenha se afirmado neste trabalho que a vontade da pessoa falecida seja soberana em relação à disposição de todo o seu conteúdo armazenado nas plataformas

virtuais, em virtude dos limites desta pesquisa não se adentrou na discussão acerca da natureza jurídica da relação existente entre o usuário e o provedor que administra a plataforma digital.

Dessa maneira, mostra-se necessário a realização de novos estudos, nos quais sejam pesquisados os limites da vontade do usuário em face do provedor, uma vez que se manifestada por testamento ou codicilo a vontade do titular do conteúdo disposto na rede, é possível que surja conflito entre o provedor e o herdeiro ou legatário.

Assim, é preciso um olhar mais responsável do Estado para o tratamento adequado de todo o conteúdo digital deixado como herança para que este direito não seja exercido em detrimento de outros direitos.

13 REFERÊNCIAS

AUGUSTO, Naiara Czarnobai; OLIVEIRA, Rafael N. M. de. A possibilidade jurídica da transmissão de bens digitais “causa mortis” em relação aos direitos personalíssimos do “de cuius”. *In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE*, III, Santa Maria, 2015, **Anais...** Santa Maria: UFSM, 2015. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/6-16.pdf>> Acesso em: 20 ago. 2018.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Sucessões**. Campinas: Red Livros, 2000.

_____, Clóvis. **Teoria Geral do Direito Civil**. Campina: Red Livros, 2001.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 18 set 2018.

COSTA FILHO, Marco A. de Farias. Herança digital: valor patrimonial e sucessão de bens armazenados virtualmente. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, n. 9, 2016. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/152>>. Acesso em: 12 set 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB**. 15. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: sucessões**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v.7.

LACERDA, Bruno T. Zampier. **Bens digitais**. Indaiatuba: Editora foco jurídico, 2017.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Sucessões**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: direito das sucessões**. 7. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. 6.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 6.

_____, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral do direito civil**. Atualização de Maria Celina Bodin Moraes. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

TARTUCE, Flávio. **Lei de introdução e parte geral**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____, Flávio. **Manual de Direito Civil**. Volume único. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2015.

TAVEIRA JR, Fernando. **Bens digitais (digital assets) e a sua proteção pelos direitos da personalidade**: um estudo sob a perspectiva da dogmática civil brasileira. 1. ed. Porto Alegre: Revolução ebooks, 2018.

WILKENS, Erica E. D.; FERREIRA, Luiz Felipe. Aspectos conceituais da tributação de bens digitais. **Revista Catarinense da Ciência Contábil**, Florianópolis, v. 7, 2008. Disponível em <https://www.researchgate.net/publication/280288396_Aspectos_Conceituais_da_Tributacao_de_Bens_Digitais>. Acesso em: 12 set 2018.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2013. v. 7.

**Submetido em 15 mai. 2019. Aceito em 02 jun. 2019.*



INCONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA TRABALHISTA – LEI Nº. 13.467/2017 À LUZ DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Marisa Galeski Nepomuceno Pinto*

Sumário: 1. Introdução; 2. Controle de Constitucionalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro; 3. Principais Mudanças trazidas pela Reforma Trabalhista Passíveis de Inconstitucionalidade; 4. Aspectos Destacados da Reforma Trabalhista Passíveis de Inconstitucionalidade; 5. Conclusão; 6. Referências.

RESUMO

O presente artigo versa sobre alguns dispositivos da Reforma Trabalhista (lei 13.467/2017), que são passíveis de Inconstitucionalidade à luz do Supremo Tribunal Federal. Aprovada em 11/09/2017, a Lei nº. 13.467/2017, que trata da Reforma Trabalhista, passou a vigorar a partir de 11/11/2017, e passados 74 anos da edição do Decreto-Lei 5.452, de 01/05/1943, que implantou a Consolidação das Leis Trabalhistas no Brasil, buscou-se a modernização da mesma, e com isso, o Decreto-Lei sofreu alterações significativas em mais de 100 artigos. Desta forma, procurou-se ao longo deste artigo conhecer o Sistema de Constitucionalidade adotado no Brasil, pesquisar a Lei 13.467/2017, consoante análise doutrinária e jurisprudencial, com vistas a identificar se há dispositivos passíveis de Inconstitucionalidade, além de descrever os modelos de controle de constitucionalidade adotados no Brasil. Diante da inovação na área Trabalhista buscou-se abordar as principais mudanças introduzidas a legislação trabalhista pela Lei nº. 13.467/2017; identificar os dispositivos da Lei nº. 13.467/2017 passíveis de controle de constitucionalidade, assim como, apresentar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Controle de Constitucionalidade. Jurisprudência. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present article deals with some devices of the Labor Reform (Law 13.467/2017), which are subject to Unconstitutionality in the light of the Federal Supreme Court. Approved on 09/09/2017, Law nº. 13.467/2017, which deals with the Labor Reform, became effective as of 11/11/2017, and after 74 years of the edition of Decree-Law 5,452, dated 01/05/1943, which implemented the Consolidation of Labor Laws in Brazil, it was sought to modernize it, and

* Especialista em Desenvolvimento Regional pela Universidade do Contestado UnC-. Graduada em Gestão Pública pela Universidade do Contestado UnC-. Pós Graduada e Licenciada para a Educação Profissional e Tecnológica pelo Instituto Federal de Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade do Contestado-UnC-. email: marisanepomuceno53@yahoo.com.br, orientado pela Professora: Bacharela em Direito pela Universidade do Contestado - UnC, Especialista em Direito Ambiental, pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER, Pós-graduanda em Direito e Processo Civil pela Faculdade de Educação São Luís, Advogada, Membro Efetivo da Comissão de Direito de Família e Sucessões da Seccional da OAB/SC, email: camilahacker.adv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7833336589684386>.

with this, the Decree-Law has undergone significant changes in more than 100 articles. In this way, throughout this article, it was sought to know the Constitutional System adopted in Brazil, to investigate Law 13467/2017, according to doctrinal and jurisprudential analysis, with a view to identify if there are devices that are liable to Unconstitutionality, besides describing the control models of constitutionality adopted in Brazil. In the face of innovation in the Labor area, we sought to address the main changes introduced to Labor Legislation by Law no. 13.467/2017; identify the provisions of Law no.13.467/2017 as well as to present the Jurisprudence of the Federal Supreme Court.

Keywords Labor Reform. Constitutionality Control. Jurisprudence. Direct Action of Unconstitutionality. Federal Court of Justice.

1 INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista no Brasil fez uma mudança significativa na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), e foi instrumentalizada pela lei nº 13.467/2017. Desde sua implantação em 1943, a CLT sofreu a sua maior alteração no ano de 2017, apesar de já ter sofrido outras alterações. Segundo o Governo, o objetivo da reforma foi o de combater o desemprego e a crise econômica no país.

O projeto de lei que foi proposto e apresentado pelo Presidente da República, Michel Temer, em 23 de dezembro de 2016 na Câmara dos Deputados, desde sua tramitação vinha passando por sucessivas discussões e aglutinando emendas ao projeto original, como a proposta do fim da obrigatoriedade do imposto sindical. Porém, a Reforma Trabalhista que alterou mais de 100 dispositivos da CLT, por não ter sido amplamente debatida, enfrentou como maior crítica em diferentes setores da sociedade, a insuficiência de discussão do projeto.

Criticada inclusive pela Central Única dos Trabalhadores e outros sindicatos, pelo Ministério Público do Trabalho e pela Organização Internacional do Trabalho, a Reforma foi defendida por economistas e empresários, bem como pelo presidente do Tribunal Superior do Trabalho (TST), Ives Gandra Martins Filho.

Sendo aprovado na Câmara dos deputados em 26 de abril de 2017 por 296 votos favoráveis e 177 votos contrários, e no Senado Federal, em 11 de julho de 2017, por 50 a 26 votos, o projeto foi sancionado pelo Presidente da República Michel Temer, em 13 de julho de 2017, sem vetos. A lei passou a valer no país a partir de 11 de novembro do mesmo ano, cento e vinte dias após sua publicação no diário oficial. Apesar da necessidade de tais mudanças, algumas são discutíveis constitucionalmente, pois, as alterações da Lei 13.467/2017, trouxeram mudanças estruturais a CLT.

Diante do exposto, a partir de reiteradas alegações da sociedade, inerentes a dúvidas

quanto às vantagens e desvantagens que foram introduzidas com a mudança da Lei Trabalhista, por conta da pouca discussão acerca do tema, já que trata de um direito social, previsto no artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), e inclusive porque as relações de trabalho sofreram profundas transformações, decidiu-se através de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, conhecer os aspectos destacados da Reforma Trabalhista e constatar se há dispositivos passíveis de inconstitucionalidade no sistema jurídico brasileiro, com a aplicação da Lei nº. 13.467/2017, que entrou em vigor em 11/11/2017.

A Reforma Trabalhista causou impactos importantes nas relações entre empregado e empregador, pois foi a mais profunda alteração na legislação trabalhista, segundo a doutrina, tendo em vista que inicialmente pretendia-se alterar pouco mais de 12 pontos da Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT, e que acabou culminando em mais de 100 artigos alterados. Diante de tais mudanças, a Lei 13.467/2017, que versa sobre a Reforma Trabalhista, pode apresentar dispositivos que são passíveis de serem considerados inconstitucionais?

O instrumento que regula as relações de trabalho no Brasil é a Constituição de 1988, pois nenhuma norma infraconstitucional pode contrariar a Constituição e esta, em seus artigos 7º a 9º, a partir do pressuposto de que as leis trabalhistas visam a melhoria da condição social dos trabalhadores, relacionou quais são os direitos trabalhistas, de modo que a legislação infraconstitucional anterior ou foi recepcionada pela Constituição e vale, ou não foi recepcionada, deixando, pois, de ter valor jurídico.

Assim sendo, justifica-se o presente artigo considerando a relevância social e acadêmica de pesquisar sobre o tema, buscando esclarecer se há inconstitucionalidade em alguns dispositivos da Lei 13.467/2017, através do entendimento da doutrina e da jurisprudência, haja vista a Reforma Trabalhista influenciar diretamente na vida de todos os trabalhadores.

2 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

2.1 Controle de Constitucionalidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 inovou no que diz ao respeito ao Sistema de Controle de Constitucionalidade e ampliou os legitimados para propor a Ação de Inconstitucionalidade, possibilitou também que haja Controle de

Constitucionalidade de omissões legislativas e por fim, facultou a arguição de se descumprir um preceito fundamental e ainda, estabeleceu através da Emenda Constitucional n. 3/93, a ação declaratória de constitucionalidade.

De acordo com Barroso (2012), o controle de constitucionalidade está fundado na ideia de proteger direitos humanos fundamentais, e exercer a tutela sob todos os cidadãos, sem distinção, apesar de que muitas vezes quem sofre abusos pelo Poder Legislativo são as minorias.

Todas as normas que desafiam os preceitos constitucionais e a harmonia da ordem nacional estão sujeitas ao chamado “controle de constitucionalidade”, uma vez que este é o mecanismo instituído pela CRFB/88, responsável pela verificação e compatibilidade das normas infraconstitucionais e a Constituição, ou seja, é o meio pelo qual é realizado o exame necessário entre os atos normativos contrários à Lei Fundamental (FACHIN, 2015).

Exercer o controle de constitucionalidade é realizar um exame de determinada norma para identificar se esta se adéqua a CRFB/88. Desta forma busca-se verificar se uma lei ou um ato normativo é compatível com o que prevê a Constituição.

No entendimento de Bulos (2016, p. 186), “o controle de constitucionalidade é o instrumento de garantia da supremacia das constituições. Serve para verificar se os atos executivos, legislativos e jurisdicionais estão compatíveis com a carta magna”.

Assim sendo, é necessário examinar a adequação às normas, com base na CRFB/88, com o intuito de proteger a constituição, bem como os cidadãos.

Conforme preceitua Mendes (2017, p.938):

[...] o reconhecimento da supremacia da Constituição e de sua força vinculante em relação aos Poderes Públicos torna inevitável a discussão sobre formas e modos de defesa da Constituição e sobre a necessidade de controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público, especialmente das leis e atos normativos.

Desta forma, percebe-se a relevância da existência de um conjunto de leis e princípios que ordenem com supremacia a vida em sociedade, fortalecendo o sistema jurídico brasileiro.

Para Sarlet *et al* (2016, p.2016):

“Parâmetro de controle” é a expressão utilizada para significar a base a partir de que as leis ou os atos normativos são analisados para se chegar à conclusão acerca da sua constitucionalidade. Trata-se, assim, da matéria que serve ao controle ou da

substância com que deve se compatibilizar tudo o que pode ser objeto do controle.

Diante do princípio da supremacia constitucional, que dispõe acerca da superioridade hierárquica das normas constitucionais, nenhuma norma infraconstitucional poderá estar em desconformidade com o que prevê a Constituição, sob pena de ser declarada a sua nulidade. O instrumento destinado a fazer essa verificação de compatibilidade entre a norma e a Constituição é o que se denomina de controle de constitucionalidade.

2.2 Constitucionalidade

O legislador constituinte originário criou mecanismos que possam controlar os atos normativos, e com isso, acompanhar se os mesmos estão alinhados ao que prevê a Constituição Federal.

A ideia de controle emana da rigidez da CRFB/88, que o ocupa grau máximo na relação hierárquica, ou seja, se caracteriza como uma norma de validade para os demais atos normativos que compõe o sistema (LENZA, 2015).

Nesse sentido, explica Bulos (2015, p. 65):

Com efeito, o movimento constitucionalista apregoava que todos os Estados deveriam possuir constituições escritas, as quais funcionariam como instrumentos assecuratórios dos direitos e garantias fundamentais. O marco do seu apogeu foi o fim do século XVIII, em oposição ao absolutismo – o *Ancien Régime*. Enquanto o Antigo Regime previa a concentração do exercício do poder nas mãos da monarquia, o constitucionalismo, pelo contrário, defendia a divisão do poder.

Percebe-se que o autor trata o Constitucionalismo como meio de garantir aos cidadãos que os seus direitos fundamentais possam ser cumpridos, e mais que isso, requer que haja uma fiscalização que acompanhe a garantia desses direitos, através de constituições escritas.

2.3 Inconstitucionalidade: Conceito e Espécies

Tratando-se a constituição de uma norma hierárquica no sistema normativo brasileiro, é nesta que os legisladores deverão se pautar quando da elaboração de legislações e seus respectivos conteúdos, pois “a ideia de controle de constitucionalidade está ligada à Supremacia da Constituição sobre todo o ordenamento jurídico e, também, à de rigidez constitucional e proteção dos direitos fundamentais” (MORAES, 2016, p.518).

Com relação às formas de controle de constitucionalidade podem se apresentar da

seguinte maneira: quanto ao órgão – *quem controla* –, pode ser: controle político ou controle jurisdicional e controle misto.

Quanto ao modo ou à forma de controle, pode ser: incidental ou principal.

Quanto ao *momento do controle*, pode ser: preventivo; e repressivo ou sucessivo.

Dutra (2017, p. 62) esclarece o controle preventivo realizado pelos Poderes da República:

Legislativo: Comissões de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Executivo: veto jurídico (veto realizado pelo chefe do Poder Executivo pautado na inconstitucionalidade do projeto de lei– art. 66, § 1º). Judiciário (em apenas uma hipótese): mandado de segurança impetrado por parlamentar da própria Casa Legislativa, pautado na inobservância do devido processo legislativo constitucional. Nesse caso, o parlamentar da própria Casa Legislativa em que tramita o projeto de lei é o único detentor do direito público subjetivo líquido e certo à observância do processo legislativo. Em âmbito federal, será um controle difuso preventivo realizado pelo STF. Exemplo: proposta de emenda à Constituição tendente a abolir cláusula pétreia.

No que diz respeito ao controle repressivo realizado pelos Poderes da República e pelo TCU Legislativo: a) art. 49, V – é de competência exclusiva do Congresso Nacional sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar (art. 84, IV) ou de limites de delegação legislativa (art. 68); b) art. 52, X– há a possibilidade do Senado Federal suspender a execução, no todo ou em parte, de uma lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF em controle difuso de constitucionalidade; c) art. 62, § 5º – a verificação do atendimento dos pressupostos constitucionais das medidas provisórias realizada por cada uma das Casas do Congresso Nacional. Com relação ao Executivo: embora não haja consenso entre doutrinadores, mas há quem defenda com amparo na jurisprudência do STF, que o Presidente da República poderia negar cumprimento a uma lei que entenda inconstitucional, pois os três Poderes estariam no mesmo nível e a presunção de constitucionalidade das leis e dos atos normativos primários são relativos (DUTRA, 2017).

Em relação ao momento de realização do controle de constitucionalidade, de acordo com Moraes (2016), esta se classifica pelo ingresso da lei ou ato normativo no ordenamento jurídico. Assim, enquanto o controle preventivo pretende impedir que alguma norma que possa ser pautada de inconstitucionalidade faça parte do ordenamento jurídico, o controle repressivo busca de este retirar normas que foram editadas em desacordo com a Constituição Federal.

Sendo assim em regra, o Judiciário realiza o controle repressivo de constitucionalidade, ou seja, retira do ordenamento jurídico uma lei ou um ato normativo contrário à Constituição. Na outra via, os poderes Executivos e Legislativos executam o que

se chama de controle preventivo, com vistas a evitar que normas inconstitucionais passem a ter vigência e eficácia no ordenamento.

2.3.1 Inconstitucionalidade Formal e Material

O Controle judicial diz respeito à verificação se os atos normativos estão em acordo com a constituição, sendo esse controle exercido pelos órgãos integrantes do Poder Judiciário. Além disso, pode-se afirmar que no Brasil esse tipo de Controle é considerado como regra.

O modelo judicial é a forma clássica e bem-sucedida de controle de constitucionalidade. A configuração de um controle de constitucionalidade não judicial tem relação com a desconfiança no Judiciário, visto como poder que deveria se manter rigorosamente afastado dos assuntos do parlamento e que, por isso mesmo, não deveria aferir a legitimidade das leis (MARINONI, 2016, p. 1071).

Conforme prevê a Constituição Federal de 1988, existem procedimentos e competências para a elaboração de leis ou atos normativos, que dispõem sobre direitos, regras de conduta e valores a serem seguidos. Assim, pode-se entender que a inconstitucionalidade pode ser formal, quando a norma for elaborada sem a observância dessas competências ou procedimentos ou tratar-se inconstitucionalidade material, quando vier a contrariar uma regra ou princípio previsto na Constituição (BARROSO, 2016).

No direito constitucional brasileiro, sendo em regra, adotado o controle de constitucionalidade repressivo jurídico ou judiciário, é o próprio Poder Judiciário quem realiza o controle da lei ou do ato normativo, perante a Constituição Federal, sendo possível suprimi-los do ordenamento jurídico, se estes forem contrários à CRFB/88.

Consoante Sarlet *et al* (2016, p. 1.075):

Qualquer lei ou ato normativo advindo do Poder Público pode ser objeto de controle de constitucionalidade. O órgão judicial pode deixar de aplicar, por considerá-lo inconstitucional, ato formalmente legislativo ou ato normativo emanado dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ou editado nas esferas federal, estadual e municipal. Assim, por exemplo, emenda constitucional, lei ordinária, lei complementar, medida provisória e mesmo regulamento, resolução, portaria e normas dos regimentos internos dos tribunais.

No Brasil, vigora o sistema misto, deste modo o Poder judiciário se efetiva do seguinte modo: via de exceção (ou de defesa) controle difuso; e via de ação (ou abstrata) controle concentrado.

2.3.2 Inconstitucionalidade por Ação

É de suma importância saber o momento em que uma norma infraconstitucional passa a ser passível de inconstitucionalidade, o que pode ser por ato comissivo ou omissivo do poder público, desta forma, “a inconstitucionalidade por ação, portanto, é a que infringe a carta magna pela prática de um comportamento positivo (*facere ou praestare*)” (BULOS, 2015, p.150). Comportamento positivo advém de poderes públicos e até de particulares, que estariam praticando atos ou fazendo algo que contrarie a constituição (BULOS, 2015).

A Inconstitucionalidade por Ação (positiva ou por atuação) enseja a incompatibilidade vertical dos atos inferiores, quais sejam atos do Poder Público ou leis, com a Constituição (LENZA, 2015).

Neste diapasão Sarlet *et al* (2016, p.1.091), leciona:

A ação do parlamento deu origem ao controle de constitucionalidade. Sua história começa com a negação da lei ilegítima. Foi assim na Grécia antiga e foi este o embrião do *judicial review* estadunidense, relacionado com o controle dos atos exorbitantes da colônia em face do direito inglês. Do mesmo modo, o controle de constitucionalidade – do tipo europeu, derivado do sistema austríaco–fundado no esquema teórico kelseniano é preocupado com a validade dos atos positivos do Legislativo diante do direito maior que lhe dá sustentáculo. Ao contrário da omissão inconstitucional, em que o controle judicial constata que a falta de ação do legislador impede a realização de norma constitucional, na inconstitucionalidade por ação o juiz vê a inconstitucionalidade no próprio produto do legislador, elaborado em dissonância com o texto constitucional. Trata-se, assim, da forma “tradicional” e mais conhecida de inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade por ação tem o papel de demonstrar a incompatibilidade vertical de leis ou de atos do Poder Público, com a Carta Magna.

2.3.3 Inconstitucionalidade por Omissão

De acordo com Dutra (2017), no Brasil, não existia a figura da inconstitucionalidade por omissão, com previsão a partir da promulgação da CRFB/1988, estabeleceu duas ações específicas para reprimir a inércia estatal quanto ao dever de legislar: o mandado de injunção (controle difuso) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (controle concentrado). Determinadas normas constitucionais impõem ao legislador o dever de regulamentá-las. Valem-se de expressões como “conforme definido em lei” para evidenciar que necessitam de complementação infraconstitucional. Tanto as normas constitucionais ditas de “organização” – como a do art. 178, da CF, que afirma que “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes

aéreo, aquático e terrestre” –, quanto as de direitos dos trabalhadores – art. 7º “[...], além de outros [...], participação nos lucros, ou resultados, [...] conforme definido em lei” –, dão origem a casos de omissão inconstitucional diante da inação do legislador.

Para Dutra (2017, p.62):

A inconstitucionalidade por omissão pode ser total (também chamada de absoluta) ou parcial. A omissão é total quando o legislador, a despeito de prévia obrigação de regulamentar a norma constitucional, mantém-se absolutamente inerte. Noutra giro, a omissão inconstitucional é parcial se a obrigação de regulamentar determinada norma da Constituição Federal for realizada de forma deficiente.

De acordo com Lenza (2015, p. 296) “[...] a inconstitucionalidade por omissão, é decorrente da inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada”.

No Brasil, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem aplicação mais restrita. Pouco mais de uma centena de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal.

Mendes (2017, p. 1.719) esclarece:

É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só o problema concernente à concretização da Constituição pelo legislador e todas as questões atinentes à eficácia das normas constitucionais. Ela desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional.

Segundo o art. 12-B, I, da Lei 9.868/99, “a petição indicará a omissão inconstitucional total ou parcial quanto ao cumprimento de dever constitucional de legislar ou quanto à adoção de providência de índole administrativa”.

2.4 Sistemas e vias de controle judicial de constitucionalidade

Encontra-se na vasta doutrina, dois sistemas principais que dizem respeito à proteção da Constituição. Quais sejam: sistema americano de controle de constitucionalidade e sistema Austríaco de controle de constitucionalidade. Porém, muitos são os modelos de fiscalização da Constitucionalidade, por exemplo, o Francês, o Alemão, o Espanhol e o Brasileiro (BULOS, 2015).

Ao descrever o modelo Brasileiro de controle de constitucionalidade, esclarece Dutra (2017, p. 65):

No Brasil, o Poder Judiciário atua em dois modelos de controle de constitucionalidade: o modelo concentrado (também conhecido como reservado, abstrato, por via de ação) e o modelo difuso (também chamado de aberto, incidental, por via de exceção, concreto).

É possível afirmar com a lição de Bulos (2015), que o Poder Judiciário apenas atuará no modelo de controle de constitucionalidade concentrado quando somente o Supremo Tribunal Federal conseguir realizar o controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos.

É possível identificar classificações no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade como sendo um sistema misto, tendo em vista a possibilidade de sua realização tanto pelo Poder Judiciário quanto pelos demais Poderes Estatais (TAVARES, 2017). Desta forma, não se identifica um controle político de constitucionalidade no Brasil, haja vista que não existe uma “Corte Constitucional”, que seria uma espécie de “quarto poder” com a finalidade de realizar tão somente o controle de constitucionalidade.

O Supremo Tribunal Federal é órgão integrante do Poder Judiciário nacional, o qual, além do papel de guardião da Constituição, possui competência recursal, o que não ocorre nos países que adotam o sistema político de controle.

No Brasil o controle difuso é também conhecido por desconcentrado, aberto, concreto, descentralizado e incidental.

De acordo com Bulos (2015, p. 205): “O controle difuso, existente no Brasil, desde a Constituição de 1891, permite a todo e qualquer juiz ou tribunal apreciar a inconstitucionalidade das leis ou atos normativos”.

O modelo de controle difuso que é adotado pelo sistema brasileiro permite que juízes ou tribunais declarem a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, de forma que não há restrições quanto ao tipo de processo. Tal como no modelo norte-americano, há amplo poder conferido aos juízes para que o exerçam o controle da constitucionalidade dos atos advindos do poder público (MENDES, 2017).

No controle concentrado, diferentemente, somente o órgão guardião da Constituição, ou seja, o Supremo Tribunal Federal, é que realizará tal controle, sendo que nesta modalidade o próprio objeto da demanda é a averiguação da eventual inconstitucionalidade da lei, não existindo, portanto, direito subjetivamente afirmado em juízo. Assim, o real objetivo desta espécie de controle é a defesa do ordenamento constitucional vigente, em outras palavras, da própria supremacia constitucional (BULOS, 2015).

Na lição de Moraes (2015, p.531):

O controle concentrado ou abstrato de constitucionalidade surgiu no Brasil por meio da Emenda Constitucional nº 16, de 6-12-1965, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar originariamente a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, apresentada pelo procurador-geral da República,100 apesar da existência da representação interventiva desde a Constituição de 1934.

O controle concentrado é também chamado de reservado, fechado, principal, abstrato ou centralizado (BULOS, 2015).

2.5 Os meios de acesso à Jurisdição Constitucional Difusa do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal é o guardião da CRFB/88, ou seja, é a instância máxima da jurisdição brasileira que pode ser instigada a resolver as relevantes demandas sociais através da interposição de recursos em causas que já tenham sido decididas em última ou única instância por outras cortes, ou pela propositura de ações constitucionais cuja competência seja originária (MENDES, 2017).

A CRFB/88 estabelece procedimentos para que sejam elaboradas leis e outros atos normativos, dispondo desta forma, de regras específicas que devem ser observadas, quanto ao controle difuso de constitucionalidade.

2.6 Ação Direta De Inconstitucionalidade

A ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADI), ou, tão somente, Ação Direta de Inconstitucionalidade, objetiva retirar do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo federal ou estadual que desrespeita a CRFB/88.

A ação direta de inconstitucionalidade tem como finalidade declarar a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal ou estadual. Sendo assim, fora as espécies normativas que tem previsão no art. 59 da Constituição Federal, diz respeito também aos decretos autônomos, as legislações estaduais e aos tratados internacionais (FACHIN, 2015). O ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade não se sujeita à observância de qualquer prazo de natureza prescricional ou de caráter decadencial, pois os atos inconstitucionais jamais se convalidam pelo decurso do tempo.

É de competência do Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente,

ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. É ao STF que o autor da ação pede que se examine lei ou ato normativo federal ou estadual em tese (não existe caso concreto a ser solucionado), com o objetivo de propor e obter a invalidação da lei, buscando a garantia e a segurança jurídicas.

A declaração da inconstitucionalidade é, portanto, o objeto principal da ação, diferentemente do que ocorre no controle difuso (MORAES, 2016).

Conforme preceitua (SARLET e MARINONI, 2017, p. 1.186):

A ação direta de inconstitucionalidade constitui ação cujo objeto é a aferição da constitucionalidade da norma. Nesta ação não há conflito de interesses entre partes. O controle de constitucionalidade não é feito de modo incidental, no curso do raciocínio judicial tendente à solução de um litígio, mas de forma principal, já que na ação direta de inconstitucionalidade se pede a declaração da inconstitucionalidade, sendo pressuposto para o seu julgamento apenas a análise da constitucionalidade da norma.

Podem propor Ação Direta de Inconstitucionalidade, os legitimados pela CRFB/88, enumerados no art. 103, I a IX, *in verbis*:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

- I – o Presidente da República;
- II – a Mesa do Senado Federal;
- III – a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV – a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal
- V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI – o Procurador-Geral da República;
- VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII – partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Importa destacar, que nem todos os entes enumerados no art.103 da CF/88, poderão impugnar qualquer ato normativo. Alguns daqueles só poderão propor Ação Direta de Inconstitucionalidade em face de leis ou atos normativos dos quais comprovarem interesse, como a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, a confederação sindical e a entidade de classe de âmbito nacional, pois são os legitimados não universais ou especiais.

Assim, diante do exposto, é possível dizer que o controle de constitucionalidade que tem a incumbência de ser eficaz a todos os cidadãos é de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, sendo esta ampliada aos Estados, através dos Tribunais de Justiça.

3 PRINCIPAIS MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 13.467/2017 PASSÍVEIS DE

INCONSTITUCIONALIDADE

3.1 Da Reforma Trabalhista no Campo Do Direito Individual Do Trabalho

A CRFB aprovada em 1988 trouxe importantes mudanças, dentre elas a inclusão das normas trabalhistas no capítulo dos Direitos Sociais, pois nas constituições anteriores eram inseridos no âmbito da ordem econômica e social.

Os direitos sociais são aqueles que têm por objetivo garantir aos indivíduos condições para o pleno gozo dos seus direitos, por isso tendem a exigir do Estado uma intervenção na ordem social que assegure os critérios de justiça distributiva.

Nesse sentido Delgado e Delgado (2017, p. 33):

Os direitos fundamentais da pessoa humana dizem respeito àqueles que são inerentes ao universo de sua personalidade e de seu patrimônio moral, ao lado daqueles que são imprescindíveis para garantir um patamar civilizatório mínimo inerente à centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica. Trata-se, por exemplo, dos direitos individuais e coletivos elencados no Capítulo I (“Dos direitos e Deveres Individuais e Coletivos”) do Título I, a par dos direitos individuais e sociais elencados no Capítulo II (“Dos Direitos Sociais”) do mesmo Título I.

O artigo 6º da CRFB/88 se refere de maneira genérica aos direitos sociais tais como o direito a saúde, ao trabalho e ao lazer entre outros.

Já o direito ao trabalho é garantido pela CRFB/88 em seu 6º artigo, no rol dos direitos sociais, e nos artigos 7º ao 11 estão previstos os principais direitos para os trabalhadores que atuam sob a lei brasileira, assim como a Consolidação das Leis de Trabalho, visando dessa forma o trabalho como ferramenta para uma vida saudável e digna.

Segundo Delgado e Delgado (2017, p. 39-40):

A Reforma Trabalhista implementada no Brasil por meio da Lei n. 13.467/2017, de 13 de julho de 2017, desponta por seu direcionamento claro em busca do retorno ao antigo papel do Direito na História, como instrumento de exclusão, segregação e sedimentação da desigualdade entre as pessoas humanas e grupos sociais.

Desta forma, percebe-se que, lamentavelmente, a reforma trabalhista, pode ter trazido resultado regressivo e excludente aos trabalhadores.

3.1.1 Jornada de Trabalho 12x36

Segundo Martins (2016), é considerada jornada de trabalho a quantidade de labor que o empregado despende diariamente. Sendo que esse conceito deve ser observado da seguinte forma: o tempo que efetivamente se trabalha, o tempo à disposição do empregador e o tempo no caminho à empresa.

A jornada de trabalho 12x36 sempre foi muito utilizada em duas áreas, saúde e segurança. Nunca restou dúvida quanto a sua constitucionalidade, haja vista, tratar-se de regime de compensação, pois não há mais de 44 horas de trabalho durante a semana. Porém, firmou-se entendimento através da súmula nº 444, que essa jornada apenas teria validade se autorizada por convenção ou acordo coletivo (ZAINAGHI e ZAINAGHI, 2018).

De acordo com o que prevê o art. 59-A:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Ainda, com relação à jornada de trabalho, é possível a aplicação do banco de horas, através de acordo individual tácito ou escrito, mas tal compensação deve ocorrer num prazo máximo de 06 meses. Além disso, a prestação de horas adicionais habituais, não descaracteriza banco de horas ou compensação de jornada de trabalho.

3.1.2 Fixação do Dano Moral-Extra patrimonial

Para Delgado (2017), é causa de dano com natureza extra patrimonial, a omissão ou ação que venha a ofender a esfera moral ou de existência de pessoa física ou jurídica, sendo que estas são as detentoras exclusivas de terem a reparação pelo dano causado.

Zainaghi (2018), lembra que o Dano extra patrimonial é uma inovação da Lei 13.467/2017. Esta, porém, não criou o instituto já que ele era conhecido dos juristas, no entanto, o instituiu na seara celetista, que até então, tinha os pedidos de dano moral e extra patrimonial regulados pelos art. 186 e art. 927 do Código Civil.

A Reforma Trabalhista, trata a causa do dano extra patrimonial como sendo a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial, quanto a honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de expressão, a autoestima e a sexualidade, entre outras, no que diz respeito à pessoa física. Já com relação à pessoa jurídica, refere-se à imagem, à marca, ao nome, ao segredo empresarial e ao sigilo de correspondência.

3.1.3 Trabalho Insalubre da Gestante

Segundo a Organização Mundial de Saúde - OMS, saúde é o completo bem estar psíquico, mental e social do indivíduo. Aos empregados que trabalham permanentemente, acima dos limites que estabelece o Ministério do Trabalho, em atividades insalubres, que provenham de agentes físicos, químicos e biológicos, autoriza-se pagamento de adicional correspondente ao grau de exposição ao risco (BARROS, 2016).

A redação atualmente vigente nos termos da lei 13.467/2017, não permite em hipótese alguma que a trabalhadora gestante execute suas tarefas em ambiente cuja insalubridade é em grau máximo, todavia, permite que se trabalhe em locais de graus mínimo e médio de insalubridade, salvo se apresentar atestado médico que indique a necessidade de afastamento desses locais durante o período gravídico (ZAINAGHI e ZAINAGHI, 2018).

No que versa sobre trabalho insalubre da gestante, a Lei 13.467/2017 sofre inúmeras críticas, já que se permite a gestante laborar em ambiente insalubre. Sendo assim, a omissão da gestante, em não apresentar atestado médico, vai permitir que a mesma continue trabalhando em local insalubre, pois somente será afastada caso apresente-o (ZAINAGHI e ZAINAGHI, 2018).

3.1.3 Trabalho Intermitente

O trabalho intermitente é outra novidade trazida pela Reforma Trabalhista, mas também, muito criticada, tendo em vista que o legislador colocou o trabalho intermitente como um dos meios de contratação previstos no art. 443 da CLT, o que demonstra impropriedade, já que a intermitência não é forma de contrato, mas sim tipo de contrato escrito e com prazo determinado (ZAINAGHI e ZAINAGHI, 2018).

Importante destacar que o próprio texto legal traz o conceito de trabalho intermitente no art. 443:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente. § 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Para Delgado e Delgado (2017), no que tange ao contrato de trabalho intermitente, caso se aplique a literalidade dos artigos, rompem-se dois direitos e garantias importantes na estrutura central do Direito do Trabalho, que são: a noção de jornada de trabalho e de salário.

Nascimento (2018), explica que o trabalho intermitente não se confunde com trabalho eventual, mas é uma modalidade do trabalho eventual, sendo que o trabalho eventual é destinado a eventos de curta duração e o trabalho intermitente é um retorno constante à empresa, não seguidamente como faz um empregado, mas através de intervalos significativos.

3.2 Da Reforma Trabalhista no Campo do Direito Coletivo do Trabalho

Consoante Delgado e Delgado (2017), o Direito Coletivo do Trabalho, regula as relações coletivas de trabalho, de forma especial aquelas que estão na seara das entidades sindicais.

Martins (2016, p. 1030), esclarece que “Direito Coletivo do Trabalho é o segmento do Direito do Trabalho incumbido de tratar da organização sindical, da negociação coletiva, das normas coletivas, da representação dos trabalhadores e da greve”.

O Direito Coletivo do Trabalho não possui autonomia, mas é um instrumento que propõe a melhoria das condições de trabalho aos empregados.

3.2.1 Extinção da contribuição sindical

Ao consultar a Lei 13.467/2017, percebe-se que se alteraram alguns dispositivos relacionados ao título V da CLT, com a finalidade de transformar em voluntária a contribuição sindical existente que até então tinha caráter obrigatório, a qual existia desde 1940 na área sindicalista brasileira.

Quanto ao conceito de sindicato, Martins (2016, p. 1053):

A CLT não define o que vem a ser sindicato, apenas esclarece que é lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos e profissionais, de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais, exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas. art. 511.

De acordo com em seu artigo 545, os empregadores estarão obrigados a descontar na

folha de pagamento dos seus funcionários, desde que por estes devidamente autorizados, as contribuições que são devidas ao sindicato, quando forem pelo menos notificados.

3.3 Da Reforma Trabalhista no Campo do Direito Processual do Trabalho

De acordo com Delgado e Delgado (2017), o Direito Processual do Trabalho tem como finalidade a regulação do acesso à justiça das pessoas humanas, empresas, e instituições públicas e privadas que tenham relação com o mundo do trabalho, estruturando e normatizando o processo judicial que seja de competência da Justiça do trabalho.

O Direito Processual do Trabalho tem a finalidade de assegurar o cumprimento dos direitos materiais dos empregados, e, quanto às controvérsias que surgirem sobre a aplicação da Lei Trabalhista, estas serão solucionadas pela Justiça do Trabalho (MARTINS, 2016).

3.3.1 Limitação da Justiça Gratuita

A lei 13.467/2017 trouxe mudança na redação do art. 789 da CLT, em seu § 3º, e criou o § 4º, nesse mesmo artigo celetista, desse modo alterando a norma do instituto da justiça gratuita, bem como os critérios de concessão no campo do direito processual do trabalho (DELGADO e DELGADO, 2017).

De acordo com o art. 789:

Art. 789. Nos dissídios individuais e nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho, bem como nas demandas propostas perante a Justiça Estadual, no exercício da jurisdição trabalhista, as custas relativas ao processo de conhecimento incidirão à base de 2% (dois por cento), observado o mínimo de R\$ 10,64 (dez reais e sessenta e quatro centavos) e o máximo de quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, e serão calculadas:

Para Zainaghi e Zainaghi (2018), importa destacar que a inclusão do § 4º dispõe que será concedido o benefício da justiça gratuita à parte que prove insuficiência de recursos, de tal forma que torna-se uma obrigação ao magistrado concedê-lo. Além disso, se a empresa conseguir comprovar insuficiência de recursos, esta também poderá gozar do benefício.

A lei da Reforma Trabalhista reduziu a possibilidade de concessão da justiça gratuita, do ponto de vista quanto ao reclamante. Desse modo, caso haja a interpretação gramatical da nova lei, o art. 5º, LXXIV, que trata da assistência jurídica integral e gratuita e não meramente parcial, poderá estar comprometido (DELGADO e DELGADO, 2017).

3.3.2 Depósito Recursal

Com o advento da reforma trabalhista, não há mais vinculação do depósito recursal com o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço do trabalhador. Sendo assim, o referido depósito será efetuado diretamente na conta do juízo. A alteração na lei, faz com que o levantamento do valor de depósito recursal seja realizado de forma mais simplificada a partir da expedição de alvará ou com a realização de transferência direta (ZAINAGHI e ZAINAGHI, 2018).

Além disso, Delgado e Delgado (2017) trazem que a mudança que mais trouxe impacto, do ponto de vista processual, é relativa ao depósito recursal, haja vista, haver a desconexão dos depósitos recursais trabalhistas aos depósitos relativos ao FGTS.

3.3.3 Pedido Certo

Segundo Zainaghi e Zainaghi (2018), com a Reforma Trabalhista, os processos passaram a ter maior complexidade, havendo a mudança de alguns requisitos, mas sem grandes inovações. A maior alteração trata do pedido que deverá ser certo, determinado e ter seu valor indicado.

Na petição inicial, os pedidos devem ser individualizados e com indicação estimada dos respectivos valores (DELGADO e DELGADO, 2017).

4 ASPECTOS DESTACADOS DA REFORMA TRABALHISTA PASSÍVEIS DE INCONSTITUCIONALIDADE

4.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que Versa Sobre Ação Direta De Inconstitucionalidade-Lei 13.467/2017

A seguir será possível conhecer as ADIs que tramitam(aram) no Supremo Tribunal Federal (STF), relativas a Reforma Trabalhista. Cumpre ressaltar que a metodologia adotada foi a de consulta à Suprema Corte, através do Protocolo de nº 527023, no qual, houve a indicação da forma como os dados estatísticos referentes aos processos da competência do

Supremo Tribunal Federal (STF)¹.

Ao invés de respeitar a CRFB/88, a Lei n. 13.467/2017, faz emergir parâmetros jurídicos não utilizados há décadas no campo do Direito, prevalecendo o poder econômico, na principal relação de poder que regula a economia e a sociedade, a relação entre o empregado e o empregador (DELGADO e DELGADO, 2017).

A Reforma Trabalhista que completou um ano e três meses de vigência, sancionada em julho de 2017, entrou em vigor em 11 de novembro de 2017, trazendo mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Apesar das alterações introduzidas na CLT, ainda não houve mudança significativa da jurisprudência do TST, pois a aprovação, a alteração ou a revogação de súmulas, precedentes normativos e orientações jurisprudenciais seguem um rito próprio definido no Regimento Interno do TST. As instruções normativas não têm natureza vinculante, ou seja, não são de observância obrigatória pelo primeiro e pelo segundo grau. Contudo, sinalizam como o TST aplica as normas. Das decisões de primeiro e segundo grau, eventualmente já se identificam recursos no Tribunal Superior do Trabalho.

As alterações introduzidas na CLT pela Lei 13.467/2017, também estão sendo objeto de grande número de questionamentos perante o Supremo Tribunal Federal (STF) em Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs). Tais ações são ajuizadas por entidades representativas de empregados, de empregadores e de setores diversos da economia.

No que diz respeito a Inconstitucionalidade de alguns dispositivos, é possível verificar em consulta ao site do Supremo Tribunal Federal, pelo menos , ao menos 36 Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo estas em sua maioria referentes a contribuição sindical, justiça gratuita, valores de indenização por dano moral e à realização de atividades insalubres por gestantes e lactantes,entre outras.

Na sequência, tratar-se-á de Ações Diretas de Inconstitucionalidade que tramitam(ram) no Supremo Tribunal Federal:

4.1.1 Ações Diretas de Inconstitucionalidade-Direito Individual do Trabalho

A Reforma Trabalhista apresenta modificações impactantes no Direito Individual do

¹ Os processos da competência do Supremo Tribunal Federal (STF), estão disponíveis na página principal do sítio (www.stf.jus.br), no portal ESTATÍSTICAS, localizado na parte superior central da tela. Na opção ACERVO ATUAL DO STF é possível realizar o download da listagem de processos - classes originárias. Utilizando os filtros do Excel poderá se obter os dados objeto de pesquisa e acessar os referidos processos, através do endereço eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoatual>> Acesso em 28 ago. 2018.

Trabalho, as quais se pode acompanhara seguir, a partir da discussão dialética das Ações Diretas de Inconstitucionalidade neste campo.

4.1.1.1 Da Jornada de Trabalho na Forma 12 X 36- ADI 5994²

A Jornada de Trabalho 12x36 foi inserida pela Lei 13.467/2017 na CLT, como um tipo de jornada de plantão, a qual tinha reconhecimento pelo entendimento jurisprudencial, ou seja, através da Súmula 444, TST, já era possível jornada com 12 horas de trabalho e 36 horas de descanso (DELGADO e DELGADO, 2017).

No que tange a ADI 5994- **Jornada 12 x 36, de Relatoria do Ministro. Marco Aurélio, tendo como autor: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS)**, a qual ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, pretendendo a declaração de incompatibilidade, com a Constituição Federal, da expressão “acordo individual escrito” contida na cabeça do artigo 59-A da Consolidação das Leis do Trabalho e do respectivo parágrafo único, com a redação dada pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

Nesse sentido a decisão do relator Ministro Marco Aurélio em 19/09/2018: “DECISÃO PROCESSO OBJETIVO – INTERVENÇÃO DE TERCEIRO – indefiro o pedido aos requerentes.”Publiquem”. Em 02/10/2018 Vista à AGU. Em 11/10/2018, Vista à PGR.

4.1.1.2 Do Trabalho Intermitente- ADIs 5950, 5806, 5826, 5829³

O Trabalho Intermitente é uma das novidades trazidas pela Reforma Trabalhista, entretanto, é também muito criticada. Ao inseri-lo, como modalidade de jornada, o legislador prevê a contratação, através do cumprimento do art. 443 da CLT, com forma e prazo previstos, no entanto, mostra-se desta forma com impropriedade, pois, intermitência não é forma do contrato e nem prazo (ZAINAGHI e ZAINAGHI, 2017).

A ADI 5950 aguarda julgamento, com indexação por prevenção a ADI 5806, **(apensada à 5826) cujo tema é Trabalho Intermitente, de autoria do Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC), teve parecer da PGR pela**

² Data de Protocolo: 23/08/2018 Número de Origem: 5994, 00770100720181000000

³ Data de Protocolo: 23/05/2018 Número de Origem: 5950, 00715625320181000000; Data de Protocolo: 06/11/2017- Número de Origem: 5806, 00131255320171000000; Data de Protocolo:23/11/2017 Número de Origem:5826, 00143926020171000000; Data de Protocolo:27/11/2017-Número de Origem: 5829, 00144661720171000000

improcedência dos pedidos. Já, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, julgou improcedentes os pedidos formulados nas ações diretas de Inconstitucionalidade e procedente o pedido formulado na ação Declaratória de Constitucionalidade, no que diz respeito à Contribuição Sindical. Foram vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Rosa Weber e Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.6.2018, trata-se de ADI por indexação. E em 26/07/2018, conclusos ao Relator, aguarda julgamento.

No que diz respeito, a ADI 5826, apensa a ADI 5829, tendo como tema Trabalho Intermitente, com a Relatoria do Ministro Edson Fachin e autoria: Federação dos Trabalhadores de Postos (Fenepospetro), que também aguarda julgamento, teve o parecer da PGR pela improcedência dos pedidos, sendo conclusa ao Relator em 01/04/2019, e ADI 5829, com o tema: Trabalho Intermitente, também apensada à ADI 5826, tendo como relator o Ministro. Edson Fachin, e autor: Federação dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações (Fenattel), a qual teve o parecer da PGR, pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido, encontrando em 02/04/2019, conclusa ao relator, aguardando julgamento.

Quanto a ADI 5806 (apensada à 5794), ainda, relativa ao Trabalho Intermitente, de relatoria também do Ministro. Edson Fachin e de autoria da Confederação dos Trabalhadores de Segurança Privada (CONTRASP), obteve o parecer da PGR pelo não conhecimento da ação e, no mérito, pela improcedência do pedido. Aguarda julgamento, sendo conclusos ao Relator, em 22/02/2019.

4.1.1.3 Do Trabalho Insalubre da Mulher Grávida - ADIs 5938, 6069 (apenso principal ADI 5870)⁴

Com a entrada em vigor da nova lei, a qual institui a Reforma Trabalhista no âmbito da insalubridade no local de trabalho, esta produz afastamento automático da mulher do local insalubre, apenas quando se tratar de grau máximo de insalubridade. Nos casos de graus médio e mínimo de insalubridade, apenas mediante apresentação de atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mesma será possível o afastamento (DELGADO e DELGADO, 2017).

⁴ Data de Protocolo: 26/04/2018-Número de Origem: 5938, 00698303720181000000; Data de Protocolo:06/02/2019-Número de Origem: ADI 6069, 00171763920191000000 (apenso principal ADI 5870);

No que tange ao trabalho insalubre da mulher grávida, para a ADI-5938, a qual teve Rito abreviado, sendo de autoria da Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) que solicitava a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia da expressão “quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento”, contida nos incisos II e III, da nova redação do artigo 394-A da CLT. No mérito, pede a confirmação do deferimento da liminar. O Relator decidiu pelo rito abreviado para o julgamento da Ação, pois de acordo com a previsão no artigo 12 da Lei 9.868/1999 (Lei das ADIs), o rito abreviado permite ao Plenário do STF julgar a ação diretamente no mérito, sem prévia análise do pedido de liminar. Ao adotar o rito em razão da relevância da matéria constitucional, o Ministro solicitou informações a serem prestadas, sucessivamente, pelo presidente da República e pelo Congresso Nacional, no prazo de 10 dias. Em seguida, os autos deverão ser remetidos à advogada-geral da União e à procuradora-geral da República para que apresentem, sucessivamente, manifestação no prazo de cinco dias. Em 11/02/2019, foi realizada a Juntada do mandado de Intimação devidamente cumprido da AGU.

Quanto a ADI 6069 – *Amicus Curiae*⁵ – “A Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto – ABREA, requer seu ingresso no feito na qualidade de *Amicus Curiae*. Quanto a decisão, tendo em vista a relevância da questão constitucional discutida e a representatividade da postulante, defiro o pedido, com fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, para que possa intervir no feito na condição de *Amicus Curiae*, podendo apresentar memorial e proferir sustentação oral. Conclusos ao Relator Ministro Gilmar Mendes, aguarda Julgamento em: 22/02/2019.

4.1.1.4 *Da Indenização por Dano Moral Extrapatrimonial; ADIs- 5870,6050, 6082, 6069, (apensa à ADI 5870)*⁶

⁵ *Amicus Curiae*- De acordo com o Glossário Jurídico do STF, 1.Expressão latina que significa "amigo da Corte".2. Refere-se à intervenção assistencial em processo judicial por pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, que tenha representatividade adequada para se manifestar nos autos sobre questão pertinente à controvérsia, em casos de relevante interesse social ou que envolvam valores essenciais de grupos ou classes sociais [...].

⁶ Data de Protocolo: 21/12/2017-Número de Origem: 5870, 00159783520171000000; Data de Protocolo: 19/12/2018-Número de Origem:6050, 00843162720181000000; Data de Protocolo: 25/02/2019-Número de Origem: 6082, 00182919520191000000; Data de Protocolo:06/02/2019-Número de Origem: 00171763920191000000;

A Reforma Trabalhista, ao inserir o Título II-A-Do Dano Extra Patrimonial, fez com que se realizasse uma das mais controvertidas alterações já ocorridas na Consolidação das Leis Trabalhistas.

Houve de tal sorte, uma sutil tentativa de descaracterizar avanços na seara dos direitos humanos e sociais, contidos na CRFB/88, ou seja, no princípio da centralidade da pessoa humana na ordem social, mais precisamente, no que diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Assim sendo, tenta-se descaracterizar avanços culturais e jurídicos, não cabendo mais falar em dano moral, estéticos e correlatos, mas, simplesmente extra patrimonial, equiparando pessoas e empresas (DELGADO e DELGADO, 2017).

Quanto ao Dano Moral de natureza Extra patrimonial, a ADI 5870- que tem como tema: Indenização por Dano Moral- teve o parecer da PGR: conhecimento da ação e pela procedência do pedido, com a declaração da inconstitucionalidade do art. 223-G-§1º-I-II-III-IV da CLT e, por arrastamento, sugere sejam também declarados inconstitucionais os parágrafos 2º e 3º do art. 223-G e os art. 223-A e art. 223-C da CLT, todos com redações inseridas pela Lei 13.467/2017. Em 07/03/2019, conclusos ao Relator Ministro Gilmar Mendes, aguarda julgamento. Em 26/03/2019, foi apensada a ADI 6082.

Quanto a ADI 6050, de autoria da Associação Nacional dos Magistrados do Trabalho (ANAMATRA), a qual ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade que tem por objeto as novas regras da CLT relativas às reparações de danos de natureza extra patrimonial decorrentes da relação de trabalho. Os dispositivos questionados são os incisos I, II, III e IV do artigo 223-G da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) com a redação dada pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que fixam limites vinculados ao salário do trabalhador ofendido. Segundo a associação, a limitação contraria o princípio da isonomia. “A indenização decorrente de um mesmo dano moral (tetraplegia de um servente ou de um diretor de empresa, por exemplo) terá valor diferente em razão do salário de cada ofendido”, argumenta. “Na parte que toca ao dano moral decorrente de acidente de trabalho, os trabalhadores haveriam de ser considerados como iguais, de sorte a merecer tratamento isonômico para a fixação da indenização”. Em 25/03/2019, Vista a AGU. Em 01/04/2019, Vista a PGR.

Ainda, sobre Dano Moral, a ADI 6082 indexada por prevenção a ADI 5870, foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria (CNTI) no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade contra dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), na redação dada pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que dispõem sobre a reparação por dano moral decorrente da relação de

trabalho. A Confederação alega que a Reforma Trabalhista impõe limites à fixação judicial da compensação pecuniária por dano moral. Como exemplo, cita que, em caso de ofensa gravíssima à vida, à saúde ou à integridade física decorrente de uma relação empregatícia, o valor da compensação estará limitado a 50 vezes o último salário contratual do ofendido, independentemente da necessidade da vítima, da gravidade da ofensa, das circunstâncias do caso e da capacidade econômica do ofensor.

Para a ADI 6082 com decisão do Ministro Gilmar Mendes em: 11/03/2019 foi adotado rito do Art. 12, da Lei 9.868/99:

Diante do exposto, determino à Secretaria do Tribunal que providencie, com urgência, o apensamento das ADIs nº 5.870, 6.050, 6.069 e 6.082, para fins de apreciação e julgamento conjuntos. Considerando-se a relevância da matéria e os fundamentos da petição inicial, adoto o rito do artigo 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Assim, requisitem-se as informações definitivas, a serem prestadas no prazo de 10 dias; após, remetam-se os autos, sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para que se manifestem no prazo de 5 dias (.

No que versa sobre a ADI 6069. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6069, requerendo seu ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*. Assim, O Ministro Relator Gilmar Mendes, considerou que, tendo em vista a relevância da questão constitucional discutida e a representatividade da postulante, decidiu deferir o pedido, com fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, para que possa intervir no feito na condição de *amicus curiae*, podendo apresentar memorial e proferir sustentação oral.

Ainda, com relação a ADI 5870, nesse sentido o Ministro. Relator Gilmar Mendes em decisão monocrática:

Tendo em vista a prevenção atribuída à minha relatoria, observo que o pedido constante da ADI nº 5.870 está totalmente contido ao da presente ação direta. No julgamento da ADI nº 1.460 (DJ de 25/06/1999), o Supremo Tribunal Federal resolveu que: ... nos casos em que houver ajuizamento de duas ou mais ações diretas de inconstitucionalidade, cujo objeto de impugnação seja exatamente o mesmo (identidade total), dar-se o apensamento das ações subsequentes aos autos da anteriormente ajuizada, para efeito de sua tramitação conjunta e posterior julgamento, sob o número de registro da primeira ação direta, incluindo-se, na autuação desta, a referência aos nomes dos autores que promovem as demais ações diretas a que alude esta resolução. Diante do exposto, determino à Secretaria do Tribunal que providencie, com urgência, o apensamento das ADIs nº 5.870, 6.050, 6.069 e 6.082, para fins de apreciação e julgamento conjuntos. Considerando-se a relevância da matéria e os fundamentos da petição inicial, adoto o rito do artigo 12 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999. Assim, requisitem-se as informações definitivas, a serem prestadas no prazo de 10 dias; após, remetam-se os autos,

sucessivamente, ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da República, para que se manifestem no prazo de 5 dias.

O documento foi assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001 e pode ser acessado pelo endereço <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 0861-CAEA-FBDB-A662 e senha 6A92-E3B7-9FB0-3C1D ADI 6082 / DF Publique-se. Brasília, 8 de março de 2019. Ministro GILMAR MENDES Relator Documento assinado digitalmente. Acesso em 29/03/2019.

4.2 Ações Diretas de Inconstitucionalidade – Direito Processual Do Trabalho

As modificações trazidas pela Reforma Trabalhista no campo do Direito Processual do Trabalho, serão apresentadas à seguir, à partir da discussão dialética das Ações Diretas de Inconstitucionalidade neste campo.

4.2.1 Da Limitação da Justiça Gratuita- ADI 5766⁷

O STF também deve concluir julgamento sobre a constitucionalidade de artigo que impõe à parte vencida, mesmo que beneficiária da justiça gratuita, o pagamento dos honorários advocatícios e periciais. Para a Procuradoria-Geral, a medida impõe restrições inconstitucionais à garantia de gratuidade judiciária aos que comprovam insuficiência de recursos e viola as garantias constitucionais de amplo acesso à jurisdição e de assistência judiciária integral aos necessitados. O julgamento se encontra suspenso em razão de pedido de vista.

No que tange a ADI 5766, cujo tema é Justiça Gratuita, tem se a Decisão após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade:

1. O direito à gratuidade de justiça pode ser regulado de forma a desincentivar a litigância abusiva, inclusive por meio da cobrança de custas e de honorários a seus beneficiários. 2. A cobrança de honorários sucumbenciais do hipossuficiente poderá incidir: (i) sobre verbas não alimentares, a exemplo de indenizações por danos morais, em sua integralidade; e (ii) sobre o percentual de até 30% do valor que exceder ao teto do Regime Geral de Previdência Social, mesmo quando pertinente a verbas remuneratórias. 3. É legítima a cobrança de custas judiciais, em razão da

⁷ Data de Protocolo: 25/08/2017-Número de Origem:5766

ausência do reclamante à audiência, mediante prévia intimação pessoal para que tenha a oportunidade de justificar o não comparecimento.

Após o voto do Ministro Edson Fachin, que julgou integralmente procedente a ação, pediu vista antecipada dos autos o Ministro Luiz Fux. Ausentes o Ministro Dias Toffoli, neste julgamento, e o Ministro Celso de Mello, justificadamente. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 10.5.2018. Conclusos ao Relator, Ministro Roberto Barroso, em 07/03/2019. Aguarda julgamento final.

4.2.2 Do Pedido Certo-ADI 6002⁸

A redação trazida pela Lei 13.467/2017, conferida no § 1º. do artigo 840 da CLT, quando da petição inicial, é de que o pedido deve ser certo, determinado e com indicação de valor (DELGADO e DELGADO, 2017). A lei refere-se a pedido certo e/ou determinado, no entanto, exige em qualquer hipótese que estes sejam estimados preliminarmente.

Sendo assim, na ADI 6002, quanto ao tema Pedido Certo, de autoria do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o qual infere contra as alterações introduzidas pela Lei 13.467/2017 no artigo 840, parágrafos 1º e 3º, da CLT, haja vista que o parágrafo 1º estabelece que o pedido, na inicial da reclamação trabalhista, deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, e o parágrafo 3º prevê a extinção dos processos que não atenderem essa exigência. Para a OAB, a nova exigência processual, ao atribuir ao trabalhador o ônus de precisar o valor da demanda antes mesmo da apresentação da contestação e da juntada de documentação pelo empregador, sob pena de extinção do processo, configura óbice ao acesso à justiça.

A entidade aponta vulneração de diversas outras garantias constitucionais, como a da proteção do trabalho e do salário, a da tutela judicial dos créditos trabalhistas e a da segurança jurídica. Assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6002, tem como questionamento que se passou a exigir indicação do valor do pedido na reclamação trabalhista, após a referida reforma.

Para a ADI 6002, tem-se o Parecer da Procuradoria Geral da República:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 840-§1º-§3º DO DECRETO-LEI 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943 (CLT), COM REDAÇÃO DADA PELA 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO QUE NÃO IMPEÇA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS

⁸ Data de Protocolo: 31/08/2018-Número de Origem: 6002, 00775306420181000000;

SOCIAIS TRABALHISTAS, O ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA E AO DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL. 1. A autoaplicabilidade e a eficácia normativa do direito fundamental de acesso à justiça, na sua compreensão de um processo justo, adequado, equitativo aos jurisdicionados e garantidor de direitos sociais fundamentais, impõe interpretação constitucionalmente adequada ao dispositivo impugnado, dele se extraindo a exigência processual de que a petição inicial indique uma estimativa dos valores dos pedidos nela formulados que não limite o valor a ser apurado em liquidação ou execução de sentença. 2. A extinção do processo, sem resolução de mérito, pela ausência de indicação de estimativa do valor dos pedidos deve ser precedida de oportunidade de correção do vício processual sanável. Inteligência dos princípios processuais constitucionais da celeridade, economia e instrumentalidade das formas.

No parecer da PGR, como se pode observar, pugna-se pelo conhecimento da ação e pela procedência parcial do pedido. Situação 02/04/2019, Conclusos ao Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Acesso em 11/04/2019.

4.2.3 Do Depósito Recursal-ADI 5867⁹

A lei nº. 13.467/2017 trouxe importantes modificações que causaram grandes impactos no que diz respeito ao depósito recursal. Sendo assim, houve diversas alterações no art. 899, caput, e parágrafos do referido dispositivo.

Na matéria de Depósito Recursal, a ADI 5867, cujo tema é Depósito Recursal, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, e autoria da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA), teve parecer da Procuradoria Geral da República, pelo conhecimento da ação e pela procedência parcial do pedido, para fins de declaração de inconstitucionalidade material da expressão “*com os mesmos índices da poupança*”, constante do art. 899-§4º, e, por arrastamento, da expressão “*pela Taxa Referencial (TR), divulgada pelo Banco Central do Brasil, conforme a Lei 8.177, de 1º de março de 1991*”, constante do art. 879-§7º, e do art. 39 da Lei 8.177/91, determinando-se, ainda, a observância do IPCA para a atualização monetária de depósitos judiciais e de créditos decorrentes de condenações na Justiça do Trabalho. Conclusos ao Relator, em 27/03/2019, aguarda julgamento final.

4.3 Ações Diretas De Inconstitucionalidade – Direito Coletivo do Trabalho

No campo do Direito Coletivo do Trabalho, a Lei nº. 13.467/2017 instituiu diversas alterações das quais, algumas delas, foram objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, e serão apresentadas a seguir:

⁹ Data de Protocolo: 20/12/2017-Número de Origem: 5867, 00157973420171000000

4.3.1 Da Extinção da Contribuição Sindical- ADIs: 5794, 5810,5811, 5813, 5815, 5850, 5859, 5865, : 5885, :5887, 5888, 5892; :5900, :5912, :5913, 5923, :5806, 5945, 5950, ADC55¹⁰

As ADIs acima elencadas apresentam um dos pontos mais questionados da Reforma Trabalhista, o qual diz respeito à Extinção da Contribuição Sindical. O fim da obrigatoriedade da contribuição foi questionado em 19 (dezenove) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs).

Ao eliminar a obrigatoriedade da contribuição sindical, a Reforma Trabalhista parece estar diante de um óbice constitucional, haja vista, estar expresso no artigo 149 da CRFB/88, que por se tratar de contribuição social, sofre intervenção no domínio econômico, sendo de interesse das categorias econômicas e sociais. (DELGADO e DELGADO, 2017).

Quanto à ADI 5794, esta tem como Requerente a Confederação Nacional Dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e Nos Portos (CONTTMAF), nesta foram apenas outras 18 (dezoito), totalizando 19 (dezenove) ADIs, e 01 (uma) ADC, qual seja: ADC 55, as quais todas tendo como tema Contribuição Sindical e Questões análogas.

Obteve-se a seguinte decisão, com a relatoria do Ministro Relator Edson Fachin:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Luiz Fux, que redigirá o acórdão, julgou improcedentes os pedidos formulados nas ações diretas de inconstitucionalidade e procedente o pedido formulado na ação declaratória de constitucionalidade. Vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Rosa Weber e Dias Toffoli. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Ricardo Lewandowski e Luiz Fux. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.6.2018.

¹⁰ Data de Protocolo: 16/10/2017-Número de Origem: 5794, 00120334020171000000; Data de Protocolo: 09/11/2017-Número de Origem: 5810, 00134944720171000000; Data de Protocolo:10/11/2017-Número de Origem: 00135629420171000000; Data de Protocolo: 13/11/2017-5813, 0138053820171000000; Data de Protocolo:14/11/2017-Número de Origem: 5815, 00138642620171000000; Data de Protocolo:11/12/2017-Número de Origem: 5850, 00151261120171000000; Data de Protocolo:15/12/2017-Número de Origem: 5859, 00156094120171000000; Data de Protocolo:19/12/2017-Número de Origem: 5865, 00156414620171000000; Data de Protocolo:26/01/2018-Número de Origem: 5885, 00651198620181000000; Data de Protocolo:02/02/2018-Número de Origem:5887, 00653440920181000000; Data de Protocolo:02/02/2018-Número de Origem:5888, 00653805120181000000; Data de Protocolo:06/02/2018-Número de Origem:00655251020181000000, 5892; Data de Protocolo:23/02/2018-Número de Origem:5900, 00664267520181000000; Data de Protocolo:09/03/2018-Número de Origem:5912, 00671438720181000000; Data de Protocolo:09/03/2018-Número de Origem:5913, 00671464220181000000; Data de Protocolo:23/03/2018-Número de Origem:5923, 00678912220181000000; Data de Protocolo:06/11/2017-Número de Origem:5806, 00131255320171000000; Data de Protocolo:18/05/2018-Número de Origem:5945, 00710073620181000000;ADC55 Data de Protocolo:29/05/2018-Número de Origem:55, 00718518320181000000.

O Ministro Relator: Edson Fachin, em 25/04/2018, havia determinado em despacho o apensamento dos autos da ADI 5810 aos da ADI 5794, a fim de que o julgamento de ambas fosse feito em conjunto, nos termos da ADI 1.460.

Relativo a ADI 6069- *Amicus Curiae* apensada a ADI 5870, a Associação Brasileira dos Expostos ao Amianto - ABREA (eDOC 23) requer seu ingresso no feito na qualidade de *Amicus Curiae*, nesse sentido o Ministro Relator Gilmar Mendes em 12/02/2019:

Tendo em vista a relevância da questão constitucional discutida e a representatividade da postulante, defiro o pedido, com fundamento no art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, para que possa intervir no feito na condição de *Amicus Curiae*, podendo apresentar memorial e proferir sustentação oral. À Secretaria, para a inclusão do nome da interessada. Aguarda julgamento final, em 26/02/2019.

Das alterações introduzidas na CLT pela Lei 13.467/2017, houve um grande número de questionamentos ao Supremo Tribunal Federal (STF), seja pela Procuradoria-Geral da República (PGR), ou por entidades que representam empregadores, setores diversos do mercado ou trabalhadores. Assim sendo a ADC 55, de Relatoria do Ministro Edson Fachin, de 29/05/2018 traz que (STF, 2018):

[o] Tribunal, ainda por votação unânime, resolveu que, nos casos em que houver ajuizamento de duas ou mais ações diretas de Inconstitucionalidade, cujo objeto de impugnação seja exatamente o mesmo (identidade total), dar-se-á o apensamento das ações subseqüentes aos autos da anteriormente ajuizada, para efeito de sua tramitação conjunta e posterior julgamento, sob o número de registro da primeira ação direta, incluindo-se, na autuação desta, a referência aos nomes dos autores que promovem as demais ações diretas a que alude esta resolução.

Destacou-se, sobretudo, como se pode identificar diante do acima exposto, o fim da contribuição sindical, que foi questionado em pelo menos 19 ações. Em junho de 2018, o STF declarou a constitucionalidade do dispositivo em atenção a Constituição Federal, através da referida ADC 55.

Quanto ao Direito Processual do Trabalho, segundo a Coordenadoria de Estatística do Tribunal Superior do Trabalho, entre janeiro e setembro de 2017, as Varas do Trabalho receberam 2.013.241 (dois milhões, treze mil e duzentas e quarenta e uma) reclamações trabalhistas. No mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208 (um milhão, duzentos e oitenta e sete mil e duzentos e oito) reclamações trabalhistas. Sendo assim, a Reforma Trabalhista reduziu consideravelmente o número de novas ações o que, conseqüentemente, resultou na aceleração da solução de processos antigos pendentes na Justiça trabalhista.

Das Ações Diretas de Inconstitucionalidade relativas à Lei 13.467/2017, 19 (dezenove)

Ações Diretas de Inconstitucionalidade referente à Contribuição Sindical (a maioria delas conclusa ao Relator ou aguarda julgamento final) pelo Ministros daquela Corte, que em junho passado, foi considerada constitucional, através da ADC 55, com o entendimento de não se poder admitir que haja a cobrança da mesma, já que a CRFB/88, determina que ninguém é obrigado a se filiar ou manter-se filiado a um sindicato, 03 (três) tiveram parecer da PGR pela improcedência da Ação ,cujo tema é Trabalho Intermitente, entre elas as ADIs 5950,5829, 5806, 02 tiveram parecer da PGR pelo conhecimento da Ação, sendo 01 com o tema Pedido Certo, e a outra como tema Depósito Recursal, e 01 parcialmente procedente pelo Ministro Roberto Barroso e procedente pelo Ministro Edson Fachin, aguarda julgamento final, a qual versa sobre Justiça Gratuita, 06 (seis) foram encaminhadas a Procuradoria Geral da República (PGR) para vistas sendo as ADIs 6050, 6069,6082 apensadas a ADI 5870, cujo tema é Dano Moral.Desta forma, até a presente data, qual seja, 11/04/2019, há dispositivos passíveis de serem considerados Inconstitucionais.

5 CONCLUSAO

Após a realização da pesquisa doutrinária foi possível conhecer os aspectos destacados da Reforma Trabalhista e o Sistema de Constitucionalidade adotado no Brasil.

Além disso, conclui-se com o presente artigo a partir da jurisprudência consultada que os Tribunais Superiores do Trabalho tem se valido de instrução normativa que regulamenta a aplicação da reforma trabalhista. Os documentos são conjuntos de diretrizes, com base na jurisprudência da Corte sobre os limites da incidência das mudanças na CLT, especialmente aos processos já em trâmite. No que diz respeito ao direito material, estão sendo analisados os casos concretos.

As demandas não solucionadas pelos Tribunais Superiores estão chegando a Suprema Corte, aonde se constatou a existência de dispositivos passíveis de inconstitucionalidade, já que no Supremo Tribunal Federal, tramitam ao menos 33 (trinta e três) Ações Diretas de Inconstitucionalidade, especialmente nos temas Justiça Gratuita. Contribuição Sindical, Indenização por Dano Moral, Trabalho Insalubre da Mulher Grávida e Valor do Pedido, a maioria delas pendente de votação.

Apurou-se com a pesquisa realizada a Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que as Ações Diretas de Inconstitucionalidade foram impetradas aquela corte nos primeiros dias da entrada em vigor da lei nº. 13.467/2017, sendo 14(quatorze) delas entre novembro e dezembro de 2017 (dois mil e dezessete). Já no ano de 2018 (dois mil e dezoito) chegaram 16

(dez) ADIs, e em 2019 (dois mil e dezenove) até a presente data, qual seja: 14/04/2018, apenas 03 (três), sendo que destas, 01 (uma) é relativa à Trabalho Insalubre da Mulher Grávida e 02 (duas) à Dano Extrapatrimonial, demonstrando que o número elevado de Ações Diretas de Inconstitucionalidade se deu no “calor” da aprovação da Reforma Trabalhista.

Além disso, foi possível perceber que algumas instituições estavam mais preocupadas com interesses próprios e não tanto, com a possibilidade de os trabalhadores terem alguns de seus direitos retirados pela Lei nº. 13.467/2017, haja vista, que se observou também com a pesquisa, que o tema que reiteradas vezes chegou ao Supremo Tribunal Federal foi a Contribuição Sindical, a qual abarca 19 (dezenove) ADIs. No entanto, referido tema, através da ADC 55, teve declarada a Constitucionalidade, sob o argumento de que todos são livres para associar-se, apesar de algumas delas ainda se encontrarem aguardando julgamento.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro: Exposição sistemática da doutrina e análise da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Saraiva: 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017.

DUTRA, Luciano. **Direito constitucional essencial**. 3. ed.. São Paulo: Forense, 2017.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6238-8/cfi/6/2>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A reforma trabalhista no Brasil = Labor reform in Brazil**. Revista de direito do trabalho, São Paulo, SP, v. 43, n. 181, p. 19-29, set. 2017.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. São Paulo, Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de **Direito Constitucional** 33. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luis Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

TAVARES, André Ramos .**Curso de direito constitucional**.10. ed.São Paulo : Saraiva, 2012.

ZAINAGHI, Domingos Sávio. **Anotações à Reforma Trabalhista**. São Paulo: LTr, 2017.

** Submetido em 16 abr. 2019. Aceito em 22 abr. 2019.*



ANÁLISE DA CLÁUSULA ARBITRAL NA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS CONSUMERISTAS

Mayrenne Trigueiro Pereira Loureiro*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Arbitragem como Mecanismo de Solução de Conflitos; 3. Interpretação da Clausula Arbitral; 4. Análise Jurisprudencial do Tema; 5. Considerações finais; 6. Referências.

RESUMO

A proteção ao consumidor fez grandes progressos no Brasil e nos demais países do Mercosul e do mundo. Nesse teor, a justa utilização da arbitragem, por órgãos sérios e competentes, é considerada uma importante via de acesso à justiça e de agilidade na solução de conflitos de consumo, desde que seja esse o interesse das empresas e dos consumidores. Nessa seara, o presente estudo buscou dirimir a polêmica da atividade arbitral nas relações de consumo e a consequente aplicação da cláusula arbitral nos contratos, em face do exposto nas redações da legislação consumerista e arbitral.

Palavras-Chave: Arbitragem. Cláusula Arbitral. Empresa e Consumidor.

ABSTRACT

Consumer protection has made great strides in Brazil and in the other countries of Mercosur and the world. Accordingly, the fair use of arbitration by serious and competent bodies is considered an important access to justice and agility in resolving consumer disputes, as long as this is in the interest of companies and consumers. In this field, the present study sought to resolve the controversy of the arbitration activity in consumer relations and the consequent application of the arbitration clause in contracts, in the face of what was stated in the wording of the consumer and arbitration legislation.

Keywords: Arbitration. Arbitration Clause. Company and Consumer.

1 INTRODUÇÃO

A atividade jurisdicional brasileira nem sempre consegue solucionar os litígios decorrentes das relações de consumo de forma célere e eficiente. Em razão disso é que se amplia a importância das soluções arbitrais, eis que a arbitragem representa um meio alternativo à solução de uma série de conflitos que envolvem direitos patrimoniais

* Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar (UNP). Aluna do Programa de Doutorado Intensivo em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires- UBA. Co-autora do livro *Efetividade Constitucional* da editora Juspodium e do livro *Reflexiones Sobre Derecho Latino Americano*. Atuou como Professora Universitária da Graduação em Direito. Advogada. Email: mayrennetrigueiro@hotmail.com

disponíveis.

A arbitragem é utilizada na maioria das vezes em conflitos referentes ao Direito Empresarial e Internacional, principalmente no comércio internacional.

Contudo, verificou-se que ela pode ser um eficaz instrumento de resolução de controvérsias de consumo, isso porque, além de se garantir cidadania aos consumidores, resolvendo seus conflitos de forma rápida e eficiente (quando as partes não estipulam prazo, a lei prevê que o seu término deve ser no máximo em seis meses, art.23 da Lei nº 9307/96), tem custos menores (o que facilitaria o acesso à justiça). Ter-se-á também o desafogamento do Judiciário, principalmente do sobrecarregado Juizado Especial Cível, beneficiando outros tipos de demandas.

Interessante observar que a legislação consumerista, textualmente, incentiva a utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo no art. 4º, V, trazendo a denominada Política Nacional das Relações de Consumo. Nessa hipótese, poder-se-ia aceitar ser a arbitragem uma alternativa, tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelos cidadãos em pleitear seus direitos no Poder Judiciário brasileiro.

Insta esclarecer neste trabalho que a problemática discutida pelos juristas não recai na possibilidade ou não da realização da arbitragem, mas sim na aplicação ou não das cláusulas compromissórias, sendo essas um dos elementos da convenção de arbitragem, sendo o outro o compromisso, conforme previsto no artigo 3º da Lei de Arbitragem.

Dessarte, o impasse se verifica no momento da possibilidade da validade dessas cláusulas arbitrais em contratos de consumo no que tange à cobertura de proteção dada pela Constituição Federal e pelo CDC aos consumidores, posto que o art. 51, VII do CDC, as considera nula de pleno direito, enquanto os dispositivos da Lei de arbitragem não a proíbe em nenhum contrato. Deflagrou-se uma polêmica num aparente conflito de normas.

2 ARBITRAGEM COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Diante do grande número de litígios submetidos à apreciação do Poder Judiciário e a consequente morosidade nesse órgão judiciário, cada vez mais, se busca soluções alternativas para os conflitos de interesses. Dessarte, as partes envolvidas no litígio podem submeter-se ao juízo arbitral, na tentativa de alcançar uma adequada e efetiva composição para a lide.

Não obstante a arbitragem ser um dos mais remotos institutos de solução de conflitos, sendo inclusive utilizada há muito tempo, restritivamente, em razão das muitas barreiras que existam, ganhou nova roupagem com sua regulamentação própria, com o respaldo legal que

faltava para lhe fortalecer.

Essa prática, no entanto, só veio a ser regulamentada no Brasil por meio da conhecida “Lei Marco Maciel”, Lei nº 9.307 de 1996, a qual foi benéfica na tentativa de conceder novas alternativas de soluções de conflitos, com o propósito de inibir diversas e longas demandas no Judiciário.

Nos dizeres de José Eduardo Carreira Alvim (2000, p.77-78):

Tratando-se de jurisdição privada, possui vantagens sobre a estatal: a expertise do órgão julgador e confiança das partes no mesmo; os procedimentos são mais céleres e desburocratizados, podendo as partes dele participar mais ativamente; prazo certo para prolatar a sentença; não haver duplo grau de jurisdição; poderem as partes autorizar o árbitro a julgar por equidade; e sigilo.

A princípio, pode-se definir arbitragem como uma técnica de solução da lide mediante a qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e imparcial do litígio. Portanto, é uma forma de heterocomposição de conflitos, extremamente salutar e célere, difundida, há muito tempo, por diversos países desenvolvidos, na busca por uma prestação jurisdicional mais justa e efetiva.

Nesse sentido, José Celso Martins (2011, p.78) explicita que:

O procedimento arbitral deve ser visto como uma ampliação do acesso à justiça para a solução das questões relacionadas ao direito de consumo. O que limita sua utilização é o desconhecimento das empresas e dos consumidores de como poderão valer-se do instituto e conseqüentemente quais as suas reais vantagens.

Oportuno trazer à baila que a Lei 13.129 de 2015 altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga alguns dispositivos da Lei nº 9.307/06.

Uma das primeiras mudanças notáveis trazidas pela nova lei se encontra logo no artigo 1º da lei de arbitragem, em seu parágrafo primeiro, com a inclusão da administração pública direta e indireta, a qual poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ademais, o mesmo artigo agora em seu parágrafo segundo afirma que a autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. Assim, perceba:

Art. 1º-As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.

Postado está ainda com a novel temática no parágrafo terceiro do artigo 2º, que acaso a arbitragem envolva a Administração Pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade, conforme expressa “Art. 2º, §3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.”

No mais, a arbitragem é um meio de resolução de conflitos qualificado por procedimentos informais, havendo inclusive a possibilidade de escolha da norma de direito material a ser aplicada, conforme o seu artigo 2º, §1º “Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.” Esse entendimento perdura do mesmo modo no artigo 23, §2º “As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo para proferir a sentença final.”

A nova lei reformadora do instituto da arbitragem acrescenta a seguinte informação:

Art. 13, § 4º As partes, de comum acordo, poderão afastar a aplicação de dispositivo do regulamento do órgão arbitral institucional ou entidade especializada que limite a escolha do árbitro único, coárbitro ou presidente do tribunal à respectiva lista de árbitros, autorizado o controle da escolha pelos órgãos competentes da instituição, sendo que, nos casos de impasse e arbitragem multiparte, deverá ser observado o que dispuser o regulamento aplicável.

Sendo composta por julgadores, os denominados árbitros, com formação técnica ou jurídica, ficando patente no que descreve a letra da lei:

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Ademais, aprez considerar também com essa reforma que, uma vez instituída a arbitragem, interrompe-se a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, e, entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes,

adendo firmado por todos que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 19, § 1º Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, adendo firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

§2º A instituição da arbitragem interrompe a prescrição, retroagindo à data do requerimento de sua instauração, ainda que extinta a arbitragem por ausência de jurisdição.

Cumpra ainda acrescentar que, a referida lei da arbitragem introduziu atributos na sentença arbitral, declarando sua desnecessidade de homologação judicial¹, de modo contrário ao que vigorava antes, passando então a produzir efeito imediato, bem como se tornando decisões irrecuráveis, e, portanto, imutável pela coisa julgada material, conforme demonstrado no artigo acima. Insta lembrar que com a referida lei reformadora os árbitros poderão proferir sentenças parciais, conforme expresso no artigo 23, §1º.

Assim, a sentença arbitral não permite a rediscussão do que foi decidido. Mas a decisão poderá sofrer o controle judicial em relação à sua validade ou não, apenas. Convém consignar que esse procedimento seria como uma espécie de ação rescisória ajuizada no prazo de noventa dias após o recebimento da intimação da sentença arbitral. Nesse sentido, corrobora os seguintes dispositivos da lei de arbitragem:

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a declaração de nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a declaração de nulidade da sentença arbitral, parcial ou final, seguirá as regras do procedimento comum, previstas na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), e deverá ser proposta no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da respectiva sentença, parcial ou final, ou da decisão do pedido de esclarecimentos.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido declarará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, e determinará, se for o caso, que o árbitro ou o tribunal profira nova sentença arbitral.

§ 3º A declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial.

§ 4º A parte interessada poderá ingressar em juízo para requerer a prolação de sentença arbitral complementar, se o árbitro não decidir todos os pedidos submetidos à arbitragem.

¹ A Lei 13.129 de 2015 esclarece “Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça.” (Grifo nosso).

Por conseguinte, na mesma lógica, poderá ser denegada “Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; II - a decisão ofende a ordem pública nacional”.

O artigo 2º da Lei 13.129 de 2015 reverbera que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, passa a vigorar acrescida dos arts. 22-A e 22-B, compondo o Capítulo IV-A “Das Tutelas Cautelares e de Urgência”, e do seguinte art. 22-C, compondo o Capítulo IV-B “Da Carta Arbitral”. No que pertine, às tutelas provisórias a lei de arbitragem passa a vigorar da seguinte forma após a sua alteração:

Art. 22-A. Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência.

Parágrafo único. Cessa a eficácia da medida cautelar ou de urgência se a parte interessada não requerer a instituição da arbitragem no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data de efetivação da respectiva decisão.

Art. 22-B. Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário.

Parágrafo único. Estando já instituída a arbitragem, a medida cautelar ou de urgência será requerida diretamente aos árbitros.

Insta realçar que a Lei 13.129 de 2015, a qual reformou alguns dispositivos da lei de arbitragem, trouxe consigo uma série de novidades indispensáveis para uma melhor modernização do instituto.

A arbitragem é, portanto, uma excelente forma de solução de conflitos. Respeitadas suas condições legais, é ela responsável por uma justiça mais simples, mais rápida e de menor custo para o litigante obter a paz social tão esperada.

Enfim, a arbitragem, indiscutivelmente, é muito salutar no meio social. Isso ocorre principalmente numa sociedade que cresce e se desenvolve de modo rápido, mais rápido do que o Estado é capaz de acompanhar.

3 INTERPRETAÇÃO DA CLÁUSULA ARBITRAL

Feita as considerações acerca do disciplinamento da arbitragem como uma alternativa de solução de conflitos envolvendo os direitos patrimoniais, sendo inclusive utilizada para solucionar questões controvertidas no âmbito do direito civil, do trabalho, empresarial e internacional.

Outrossim, é possível a aplicação desse instituto na seara do direito do consumidor, com algumas ressalvas, vale salientar! Pois, no Brasil, quando o assunto é arbitragem nas relações de consumo, muitas são as discussões acerca de alguns pontos, os quais precisam ser enfrentados e desmistificados.

Como já é cediço, a atividade jurisdicional brasileira nem sempre consegue solucionar os litígios decorrentes das relações de consumo de forma célere e eficiente. Em razão disso é

que se amplia a importância das soluções arbitrais, eis que a arbitragem representa um meio alternativo à solução de uma série de conflitos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, tais como os decorrentes das relações consumeristas.

Como afirma Claudete de Souza (2010, p. 56), a necessidade de atuação célere na solução de controvérsias de consumo reside nos seguintes aspectos:

Nas sociedades industriais avançadas, o conflito gerador de disputas judiciais apresenta-se como um movimento contínuo, regulado e, com frequência, não violento. Como exemplo dessa assertiva, temos os conflitos surgidos naturalmente, quando há partes negociando tudo aquilo que envolve patrimônio, ou seja, direitos disponíveis. Consequentemente, há que se criar mecanismos que resolvam esse conflito com a mesma agilidade e facilidade com que são criados! A engrenagem capitalista pede isso. (...) Não compõe, esse prejuízo, apenas o fator monetário, mas também, o equilíbrio emocional e o psíquico, donde se conclui que em algumas áreas do Direito não cabe apenas e tão somente esse tipo de decisão como solução ideal para realização de justiça. Justiça é resposta adequada e a tempo. Mas sabe-se que na maioria das vezes, o aparato judicial existente no país não propicia às partes do processo judicial essa possibilidade.

Importante ressaltar que, a proteção ao consumidor ganhou um caráter constitucional, eis que foi elevada ao patamar de direito fundamental, insculpida no artigo 5º da Lei Maior. Desse modo, o Direito do Consumidor passou a ser considerado uma norma de caráter social e de interesse público, e, acaso ocorra conflitos de consumo, os mesmos devem ser resolvidos por qualquer forma lícita.

Indubitavelmente, a arbitragem de consumo é um mecanismo extrajudicial, muito benéfico, eficaz e simples, criado pelas autoridades de proteção ao consumidor, permitindo resolver facilmente os desacordos de causas de consumo que possam surgir entre o vendedor, empresário ou prestador de serviços e o comprador, usuário ou consumidor.

Assim, para que haja a relação de consumo, mister se faz a presença concomitante do consumidor (pessoa física ou jurídica na figura de destinatário final) e do fornecedor (aquele que habitualmente fornece produtos ou serviços), desde que preencha os requisitos definidos nos arts. 2º e 3º da Lei 8.078/90, além do objeto, constituído por produtos ou serviços.

A principal crítica feita pelos que impugnam a utilização da arbitragem nas relações de consumo, fundamentam-se no art. 6º, VII do CDC, o qual garante, como direito básico do consumidor, o acesso aos órgãos judiciários e administrativos para a solução dos seus conflitos.

Nesse sentido, dispõe a Constituição Federal, no capítulo que regula os direitos individuais e coletivos, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inc.XXXV), textualizando o princípio do acesso à Justiça.

Calha o Estado não se esquivar do seu papel de pacificador e contribuir com a criação de órgãos públicos que buscam cumprir com este papel, a título de exemplo fica o PROCON, o IDEC e o Juizados Especiais².

Essa crítica, entretanto, é simplesmente rechaçada com o próprio art. 6º, VI, Código de Defesa do Consumidor - CDC³, o qual garante ao consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”, não importando o meio utilizado para isso.

Interessante observar ainda que essa mesma legislação consumerista, textualmente, incentiva a utilização dos mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo no art. 4º, V⁴, trazendo a denominada Política Nacional das Relações de Consumo. Em ambas as hipóteses, poder-se-ia aceitar ser a arbitragem uma alternativa, tendo em vista as dificuldades enfrentadas pelos cidadãos em pleitear seus direitos no Poder Judiciário brasileiro.

Insta esclarecer, neste momento, que a problemática discutida pelos juristas atuais não recai na possibilidade ou não da realização da arbitragem, mas sim, na aplicação ou não das cláusulas compromissórias, sendo essas, um dos elementos da convenção de arbitragem⁵, sendo o outro o compromisso, conforme previsto no artigo 3º da Lei de Arbitragem⁶. Pode-se dissociar os institutos acima facilmente pela interpretação da lei, no sentido de que, enquanto a cláusula compromissória surge antes do conflito, ainda na fase contratual; o compromisso é

² Antes mesmo da Lei da arbitragem, os Juizados Especiais, órgão jurisdicional encarregado, entre outras coisas, da solução judicial de lides com menos complexidade e de causas cujo valor não ultrapasse quarenta salários mínimos, já previa em sua legislação especial, Lei 9.099 de 1.995, em seu art. 24 e seguintes, a utilização da arbitragem como uma solução alternativa às lides consumeristas, presente no Código de Defesa do Consumidor, a saber:

Art. 24. Não obtida a conciliação, **as partes poderão optar, de comum acordo, pelo juízo arbitral**, na forma prevista nesta Lei.

§1º O juízo arbitral considerar-se-á instaurado, independentemente de termo de compromisso, com a escolha do árbitro pelas partes. Se este não estiver presente, o Juiz convocá-lo-á e designará, de imediato, a data para a audiência de instrução. §2º O árbitro será escolhido dentre os juízes leigos.

Art. 25. O árbitro conduzirá o processo com os mesmos critérios do Juiz, na forma dos arts. 5º e 6º desta Lei, podendo decidir por equidade.

Art. 26. Ao término da instrução, ou nos cinco dias subsequentes, o árbitro apresentará o laudo ao Juiz togado para homologação por sentença irrecorrível.

³ O Código de defesa do consumidor do Brasil é conhecido como exemplo em todo o mundo em razão de sua preocupação em oferecer um tratamento especial de proteção das questões relativas ao direito do consumidor em face dos fornecedores de produtos e serviços.

⁴ **Art. 4º, CDC:** 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: V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de **mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo**; (sem grifo no original)

⁵ **A Lei 13.129 de 2015 altera a lei 9.307 de 1996 3m seu “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nula a convenção de arbitragem; (Grifo nosso)**

⁶ Art. 3º: As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

firmado após o nascimento dele.

A cláusula compromissória é conceituada na própria Lei 9.307/96 em seu artigo 4º, como sendo a “convenção através da qual as partes, em um contrato, comprometem-se a submeter a arbitragem aos litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”.

Etcheverry (1997, p.78) sintetiza: “a cláusula compromissória expressa a vontade das partes de terem os litígios decorrentes do contrato a que se refere submetidos ao juízo arbitral e pode conter, acessoriamente, apenas disposições relativas à escolha do árbitro e de normas procedimentais.”

Em síntese, o impasse se verifica no momento da possibilidade da validade dessas cláusulas arbitrais em contratos de consumo no que tange à cobertura de proteção dada pela Constituição Federal e pelo CDC aos consumidores, posto que o art. 51, VII do CDC⁷, as considera nula de pleno direito, enquanto os dispositivos da Lei de arbitragem não a proíbe em nenhum contrato. Deflagrou-se uma polêmica num aparente conflito de normas. Nesse contexto, Marques (2016, pg. 635) enfatiza:

As cláusulas contratuais que imponham a arbitragem no processo criado pela nova lei devem ser consideradas abusivas, forte no art. 4º, I e V, e art. 51, IV e VII, do CDC, uma vez que a arbitragem não-estatal implica privilégio intolerável que permite a indicação do julgador, consolidando um desequilíbrio, uma unilateralidade abusiva ante um indivíduo tutelado especialmente justamente por sua vulnerabilidade presumida em lei. No sistema da nova lei (arts. 6º e 7º da Lei nº 9.307/1996), a cláusula compromissória prescinde do ato subsequente do compromisso arbitral. Logo, por si só, é apta a instituir o juízo arbitral, via sentença judicial, com um só árbitro (que pode ser da confiança do contratante mais forte, ou por este remunerado); logo, se imposta em contrato de adesão ao consumidor, esta cláusula transforma a arbitragem “voluntária” em compulsória, por força da aplicação do processo arbitral previsto na lei. (Grifo nosso).

Nesse oriente, cumpre ainda acrescentar que a Lei de Arbitragem defende a utilização de cláusulas compromissórias em contratos de adesão, sendo aqueles pactos em que o consumidor só tem a opção de aderir ou não ao contrato, sem poder negociar as cláusulas.

Entretanto, o artigo 4º, §2º da Lei nº 9.307/96 põe a ressalva, desde que o consumidor “tome a iniciativa de instituir a arbitragem, ou manifeste sua concordância em documento anexo”. Esse dispositivo cuida de certos formalismos de proteção ao consumidor, sem os quais não se pode exigir que o consumidor assine o contrato, liberando-o para dirigir-se ao Judiciário, se quiser.

Doravante já asseverado, o problema não está na adoção da arbitragem nos contratos

⁷ art. 51, VII do CDC: “São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...) VII - determinem a utilização compulsória de arbitragem;”

de consumo, os quais inclusive até incentiva novos meios de resolução dos conflitos, como antes visto, porém, a vedação está sim na aplicação da cláusula compromissória, em respeito ao entendimento do art. 51, VII do CDC, dado o efeito da obrigatoriedade que a citada cláusula gera para as partes, após a assinatura da avença, sem poder mais buscar a jurisdição estatal para solucionar o litígio, salvo nos casos de nulidade da sentença arbitral, e dado a notável vulnerabilidade do consumidor frente aos abusos cometidos nas vontades dos fornecedores, que possuem uma posição privilegiada e de imposição sobre o consumidor.

Pode-se imaginar um exemplo corriqueiro do procedimento da obrigatoriedade que a discutida cláusula gera, quando uma pessoa que está realizando a compra da sua casa própria, sonho de anos de trabalho. Quando chega na hora de assinar, a imobiliária diz que o negócio só é celebrado com a assinatura da cláusula compromissória. Com certeza, o consumidor não iria retroagir no seu desejo de adquirir o lugar onde repousar, em virtude da possível renúncia ao Poder Judiciário na resolução de um litígio (FUJITA, 2008, *online*).

Por fim, apresenta-se a corrente que Eduardo Klausner aponta como a mais correta:

[...] afirmam que o dispositivo da Lei 8.078/90, em comento, encontra-se em vigor, e em seus termos só existe impedimento à arbitragem compulsória, conseqüentemente não há restrição para que o consumidor, após a deflagração do litígio, de livre e espontânea vontade decida submeter o conflito a um órgão arbitral devidamente capacitado a julgar sua questão. Esta interpretação afina-se tanto a legislação pertinente, como adequa-se aos princípios de proteção ao consumidor, pois a ele caberá a decisão de escolher a jurisdição privada ou estatal, tornando-se a cláusula compromissória estipulação em seu favor a ampliar o acesso a justiça. Como bem salienta Pedro Batista Martins, a proteção ao consumidor tem por escopo alçá-lo a uma posição onde efetivamente possa livremente negociar, e não transforma-lo em incapaz para tratar de seus negócios. Neste sentido também se coloca a quase integralidade das legislações estrangeiras regedoras da matéria (KLAUSNER, 2005).

Entretanto, apesar de ser um entendimento digno de consideração, o mais moderno e correto parece ser o que admite a possibilidade de instituição da arbitragem até nos contratos de adesão, sem necessidade de ulterior ratificação. Isso desde que os requisitos do art.4º, §2º da Lei nº 9.307/96 sejam observados.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO TEMA

Na tentativa de propor uma solução à questão desse aparente conflito, narrada no item anterior, entre a Lei de Arbitragem que permite a inserção de cláusula compromissória nos contratos de adesão e o Art. 51 inc. VII, do CDC, que a considera nula, Junqueira de Azevedo

(1997, p. 38), corrobora com dito pensamento:

Como adiantamos, a Lei de Arbitragem nada alterou no Código de Defesa do Consumidor, sobre os direitos do consumidor. Perante a lei protetiva, o quadro era, e é, pois, o seguinte: o **compromisso entre consumidor e fornecedor, desde que sem abuso** deste sobre aquele, é **permitido**; a **cláusula compromissória**, inversamente, tem **presunção absoluta de abusividade e é proibida** (art. 51, VII). (Grifo nosso).

A solução para esse aparente conflito de normas foi ofertada pelo legislador consumerista, diante da possibilidade da instauração de procedimento arbitral, ou seja, da celebração do compromisso arbitral, quando já configurado o conflito, desde que haja o consenso entre o consumidor e o fornecedor, lógico!, e que também sejam respeitados os mais basilares princípios consumeristas, dispostos nos artigos 4º e 6º do moderno código do consumidor.

Nesse diapasão, calha fazer uma breve consideração acerca do procedimento que o julgador deve se firmar, frente a uma cláusula compromissória no contrato de consumo. Mister observar que cláusulas abusivas são nulas de pleno direito, porque contrariam a ordem pública de proteção ao consumidor, devendo o juiz ou tribunal pronunciá-las inclusive de ofício.

Acerca do assunto ora abordado, percebe-se que a doutrina se dividiu no entendimento a respeito da revogação do art. 51, VII do CDC pela Lei da Arbitragem, eis que outra parte da doutrina entende que é possível a convivência harmônica dos dois sistemas legais. Alerta-se, então, para as palavras autores defendendo a revogação do dispositivo do CDC, enquanto, outros doutrinadores contrapõem essa posição.

Assim, na defesa de Lemes (1999, p. 126-127), não seria nula cláusula contratual que determine a utilização da arbitragem, desde que se respeitem as formalidades impostas no art. 4º, § 2º da Lei 9.307/96. Anote-se:

[...] não vemos como afirmar que o art. 51, inciso VII, do CDC não está revogado, posto que é cediço que uma lei se revoga quando outra posterior dá tratamento diferente à mesma situação. A lei nova disciplina sobre contratos de adesão, sejam ou não sob a ótica das relações de consumo, a teor do dispostos nos arts. 2.º e 3.º do CDC. Aliás, os contratos de adesão quase na totalidade prevêm matérias afetas às relações de consumo.

[...] Analisando e comparando as consequências determinadas pela norma anterior com a posterior evidencia-se a incompatibilidade entre elas; portanto, a lei de arbitragem, neste particular, revogou o CDC.

[...] O legislador não impede a previsão da solução de controvérsias por arbitragem em contratos de adesão, mediante cláusula compromissória, acolhendo as novas tendências da processualística moderna, que vêm sendo praticadas mundialmente; todavia, condiciona-lhe eficácia sujeita à manifestação efetiva de vontade do

aderente, resguardando-o e protegendo-o na qualidade de hipossuficiente. Permite que este, expressa e conscientemente, opte pela instância arbitral. Assim, seja qual for a modalidade de cláusula arbitral em contratos de adesão, preenchidas as formalidades legais, será válida e eficaz.

Por outro lado, Figueira Júnior (*apud* BERNADI, 2004, p.87) pugna pela não revogação do art. 51, CDC, decorrente da aplicação do princípio da especialidade das normas:

Ademais, é princípio assente de hermenêutica jurídica que *lex posterior generalis no derogat legi priori speciali*, no caso em exame, a Lei de Arbitragem reveste-se de natureza geral em relação ao Código de Defesa do Consumidor, que é especial. Nessas circunstâncias, não há que se admitir a revogação meramente tácita; mister se fazia, então, a expressa revogação...

Constata-se que a incompatibilidade é apenas aparente. Na verdade, é preciso aplicar o princípio da especialidade das normas e entender que o apontado dispositivo da Lei de Arbitragem tratou apenas de contratos de adesão genéricos, subsistindo, portanto, a aplicação do art. 51, VII do CDC quando o contrato, ainda que de adesão, tenha sido celebrado entre consumidor e fornecedor (ANDRIGUI, 2006, online).

Dessa forma, conviveriam, harmonicamente, três regramentos, quais sejam: (i) regra geral que impõe a obrigatoriedade da observância da arbitragem quando pactuada pelas partes; (ii) regra específica para contratos de adesão genéricos, que estabelece restrição à eficácia da cláusula compromissória e (iii) regra ainda mais específica para contratos, de adesão ou não, celebrados entre consumidor e fornecedor, em que será considerada nula a cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que tenham sido preenchidas as formalidades estabelecidas no art. 4.º, § 2.º, da Lei de Arbitragem (ANDRIGUI, 2006, *online*).

O estudo jurisprudencial explicita, mais ilustrativamente, os entendimentos sussonarrados:

RESCISÃO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA - CLÁUSULA PENAL – DESPROPORCIONALIDADE - REVISÃO QUE SE IMPÕE - Juízo arbitral. Cláusula compromissória em contrato de adesão. Afasta-se sua aplicação a fim de estabelecer o equilíbrio entre os contratantes, sendo certo que o consumidor é considerado hipossuficiente econômica, jurídica e tecnicamente e a cláusula compromissória só agrava sua posição de desvantagem. Autor pretende a rescisão do contrato de promessa de compra e venda. Cláusula penal que coloca o consumidor em desvantagem exagerada e é incompatível com a boa-fé e a equidade. Interpretação finalística do disposto no artigo 53 do Código de Defesa do Consumidor. Sentença deu adequada solução à lide, não demonstrando o réu que o percentual a ser devolvido lhe trará desvantagens considerando os gastos decorrentes do contrato. Pequeno reparo, tão somente para reduzir a verba honorária. Recurso manifestamente procedente em parte. (TJRJ -0006037-18.2008.8.19.0209 - APELACAO - 1ª Ementa - DES. EDSON VASCONCELOS - Julgamento:

25/02/2011 - DECIMA SETIMA CAMARA CIVEL) (grifos nossos). (TJRJ, 2011, online)

DECISÃO MONOCRÁTICA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE ADESÃO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM. ABUSIVIDADE. NULIDADE. A previsão de cláusula de arbitragem em contrato de adesão em relação de consumo é nula, por força do inciso VII do artigo 51, do CDC, por ser manifestamente abusiva e cercear o amplo acesso à Justiça do consumidor aderente, na eventual violação ao seu direito. Precedentes do TJERJ e STJ. Sentença cassada. Provimento do recurso, com fulcro no art. 557, § 1º-A, do CPC. (TJRJ - 0000840-48.2009.8.19.0209(2009.001.51738) - APELACAO 1ª Ementa - DES. TERESA CASTRO NEVES - Julgamento: 08/09/2009 - QUINTA CAMARA CIVEL) (grifos nossos) (TJRJ, 2009, *online*).

DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. CONTRATO DE ADESÃO.

1. Ação ajuizada em 05/03/2012. Recurso especial concluso ao gabinete em 26/09/2016. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal é definir se é válida cláusula compromissória arbitral inserida em contrato de adesão, notadamente quando há relação de consumo, qual seja, a compra e venda de imóvel residencial.

3. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pela recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial.

4. Com a promulgação da Lei de Arbitragem, passaram a conviver, em harmonia, três regramentos de diferentes graus de especificidade: (i) a regra geral, que obriga a observância da arbitragem quando pactuada pelas partes, com derrogação da jurisdição estatal; (ii) a regra específica, contida no art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96 e aplicável a contratos de adesão genéricos, que restringe a eficácia da cláusula compromissória; e (iii) a regra ainda mais específica, contida no art. 51, VII, do CDC, incidente sobre contratos derivados de relação de consumo, sejam eles de adesão ou não, impondo a nulidade de cláusula que determine a utilização compulsória da arbitragem, ainda que satisfeitos os requisitos do art. 4º, § 2º, da Lei nº 9.307/96.

5. O art. 51, VII, do CDC limita-se a vedar a adoção prévia e compulsória da arbitragem, no momento da celebração do contrato, mas não impede que, posteriormente, diante de eventual litígio, havendo consenso entre as partes (em especial a aquiescência do consumidor), seja instaurado o procedimento arbitral. **6.**

Na hipótese sob julgamento, a atitude da recorrente (consumidora) de promover o ajuizamento da ação principal perante o juízo estatal evidencia, ainda que de forma implícita, a sua discordância em submeter-se ao procedimento arbitral, não podendo, pois, nos termos do art. 51, VII, do CDC, prevalecer a cláusula que impõe a sua utilização, visto ter-se dado de forma compulsória.

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.

(REsp 1.628.819/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 15/3/2018) (STJ, 2018, *online*).

À guisa de conclusão, denota-se que não existe impedimento para que o consumidor busque a resolução de suas controvérsias por meio do procedimento arbitral, haja vista a proibição se encontrar apenas na utilização compulsória da arbitragem, conforme se extrai do Código de Defesa do Consumidor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como dito alhures, o tema proposto é polêmico e não apresenta uma solução única, pois o grande problema foi a ocorrência de um aparente conflito de normas, uma vez que o art. 51, VII da Lei 8.078 de 1990 considera abusiva a arbitragem compulsória, enquanto que a Lei 9.307 de 1996 permite essa possibilidade de cláusula compromissória.

No que tange a arbitragem nas relações de consumo, já é mais pacífico que, a cláusula compromissória é abusiva e não vincula o consumidor contratante. Ou melhor, a cláusula compromissória inserida em contrato de consumo, mesmo com observância das normas do art. 4º, §2º da Lei nº 9.307/96, é nula de pleno direito.

Por essa dicção, no propósito de solucionar as lides consumeristas, acaso existam cláusulas compromissórias, essas mesmas não tem o condão de afastar a competência do Judiciário para tal fim.

Assim, em razão da especial proteção constitucional da hipossuficiência técnica, econômica e/ou jurídica do consumidor, as cláusulas compromissórias em contratos decorrentes de relação de consumo, devem ser consideradas nulas de pleno direito, por força do art. 51, inc. VII do CDC.

Com isso, o que foi vedado foi a adoção prévia e compulsória da arbitragem no momento da celebração do contrato. No entanto, é possível que, posteriormente, quando já configurado o conflito entre o consumidor e o fornecedor, ou seja, após o surgimento da lide, no curso da relação contratual, seja instaurado o procedimento arbitral, desde que haja o consenso entre eles, vale salientar. Constata-se que não há óbice legal à implementação da arbitragem nos conflitos de consumo, pois.

Nesse teor, a justa utilização da arbitragem, por órgãos sérios e competentes, poderá ser uma importante via de acesso à justiça e de agilidade na solução de conflitos, desde que seja este o interesse das empresas, dos consumidores ou mesmo pela administração pública direta e indireta, após a inclusão trazida pelo advento da Lei 13.129/15.

6 REFERÊNCIAS

ANDRIGUI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta. **Revista de Arbitragem e Mediação**. Brasília, ano 3, n. 9, p. 13-21, abr./jun. 2006. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29763-29779-1-PB.pdf> >. Acesso em: 12 set 2018.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A Arbitragem e o Direito do Consumidor. **Revista de**
Revista Direito Diário, 4ª Edição, Fortaleza, v. 1, n. 1, abr./jun. 2019. ISSN 2595-1408

Direito do Consumidor, nº 23-24, 1997.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais**: a nova mediação processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BENZRIHEN, María Fernanda. La participación de los consumidores como generador de la cadena de valor del servicio público prestado por el Estado. *In: Cuarto Congreso Argentino de Administración Pública – Sociedad, Gobierno y Administración*. Buenos Aires, 22-25 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.ag.org.ar/4congreso/index.htm>>. Acesso em: 24/05/2018.

BERNARDI, Raquel Grellet Pereira; GUILHERME, Luiz Fernando do Vale de Almeida (org.). **Novos rumos da arbitragem no Brasil**. O contrato de adesão na arbitragem. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Vade Mecum Saraiva. p. 5-119. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei n.8.078, de 11 de setembro de 1990**. Código de proteção e defesa do consumidor. Vade Mecum Saraiva. p. 787-800. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Lei de arbitragem. Vade Mecum Saraiva. p. 1685-1688. 19 ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Cartilha de Arbitragem**. Brasília, 2006.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo**. 3ªed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARREIRA ALVIM, J. E. **Comentários à lei de arbitragem** (Lei nº 9.307, de 23/09/1996). 2ªed. Curitiba: Juruá, 2006.

CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem para consumo**. Disponível em: <http://www.arbitragem.com.br/artigos2.htm>. Acesso em: 14 abr. 2018.

CATALAN, Marcos Jorge. **O procedimento do Juizado Especial Cível**. São Paulo: Mundo Jurídico, 2003, p. 125.

ETCHEVERRY, Carlos Alberto. A Nova Lei de Arbitragem os Contratos de Adesão: algumas considerações. *In: Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: n. 21, jan/mar, 1997. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-nulidade-das-clausulas-compromissorias-nos-contratos-de-consumo,37369.html>>. Acesso em: 28 mai de 2018.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Conflitos de Consumo e Juízo Arbitral. **Revista de Direito do Consumidor**, n.21, 2015.

FUJITA, Thiago Figueiredo. A possibilidade do exercício da arbitragem nas relações de consumo brasileiras. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4298>. Acesso em 13 abr 2018.

KLAUSNER, Eduardo Antônio. A arbitragem na solução de conflitos decorrentes de contratos nacionais e internacionais de consumo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 646, 15 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c75b6f114c23a4d7>>. Acesso em: 26 set 2018.

LEMES, Selma M. Ferreira. **A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado**. Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense. 1999.

_____. **O Uso da Arbitragem nas Relações de Consumo**. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br.>>. Acesso em: 15 mar 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MORAES, Márcio André Medeiros. **Arbitragem nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2011.

RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. **A utilização da arbitragem na solução de controvérsias de consumo**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigo/?cod>>. Acesso em: 15 mar 2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL**: REsp 1.628.819/MG. Relatora: Ministra NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJe 15/3/2018. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/556495647/recurso-especial-resp-1628819-mg-2016-0255310-1/inteiro-teor-556495667>>. Acesso em: 15 nov 2018.

TJRJ. **APELAÇÃO**: Ap nº 0006037-18.2008.8.19.0209. 17ª Câmara Cível. Relator: DES. Edson Vasconcelos. Julgamento: 25/02/2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11774>. Acesso em: 12 out 2018.

TJRJ. **APELAÇÃO**: Ap nº 0000840-48.2009.8.19.0209 (2009.001.51738) 5ª Câmara Cível Relatora: DES. Teresa Castro Neves. Julgamento: 08/09/2009. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11774>. Acesso em: 12 out 2018.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Arbitragem de Consumo na Espanha**. Disponível em: <<http://www.arbitragem.com.br>>. Acesso em: 15 mar 2018.

**Submetido em 17 fev. 2019. Aceito em 11 jun. 2019.*



ARBITRAGEM E SUA APLICAÇÃO NA INTERNACIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Mayrenne Trigueiro Pereira Loureiro*

Sumário: 1. Introdução; 2. Arbitragem nas Relações de Consumo; 3. Internacionalização dos Direitos do Consumidor; 4. Necessidade da CIDIP; 5. Arbitragem Internacional; 6. Arbitragem no Mercosul; 7. Conclusão; 8. Referências.

RESUMO

O presente trabalho tem o propósito de trazer uma reflexão acerca da internacionalização das relações de consumo, eis que a proteção ao consumidor fez grandes progressos no Brasil e nos demais países do Mercosul e do mundo. Este trabalho também pretende avaliar a importância do Instituto da Arbitragem, como um caminho alternativo na solução de controvérsias decorrentes de contratos nacionais e internacionais de consumo, por órgãos sérios e competentes, considerando-se uma importante via de pacificação social e de agilidade na composição de lides consumeristas, tanto sob o ponto de vista internacional como o aliado as vertentes nacionais. E ainda, demonstrar-se-á em breve estudo a importância do Direito Internacional Privado na sociedade contemporânea.

Palavras-Chave: Internacionalização dos Direitos do Consumidor. Arbitragem Nacional e Internacional. Cláusula Arbitral.

ABSTRACT

This paper aims to reflect on the internationalization of consumer relations, and consumer protection has made great progress in Brazil and in the other countries of Mercosur and the world. This paper also intends to evaluate the importance of the Arbitration Institute as an alternative way to solve disputes arising from national and international consumer contracts by serious and competent bodies, considering an important path of social pacification and agility in the composition of consumerism, both from the international point of view and the allied national aspects. And yet, the importance of private international law in contemporary society will soon be studied.

Keywords: Internationalization of Consumer Rights. National and International Arbitration. Arbitration Clause.

1 INTRODUÇÃO

* Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar (UNP). Aluna do Programa de Doutorado Intensivo em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires- UBA. Co-autora do livro *Efetividade Constitucional* da editora Juspodium e do livro *Reflexiones Sobre Derecho Latino Americano*. Atuou como Professora Universitária da Graduação em Direito. Advogada. Email: mayrennetrigueiro@hotmail.com

A globalização é um fenômeno gerado pela necessidade da dinâmica e da expansão do capitalismo em construir uma aldeia global, sendo impulsionada pelos países do mundo, desde o final do século XX e início do século XXI, sendo considerada resultante da Revolução Industrial para uns, ou resultante de uma Revolução Tecnológica, para outros.

O processo de globalização refere-se ao modo de como os países e as pessoas se interligam perante o mundo, levando em consideração aspectos econômicos, políticos, sociais e culturais, tornando possível com isso a realização de grandes transações financeiras.

Nesse sentido, inoxidável é a presença de dois elementos, conseqüências desse fenômeno: o desenvolvimento tecnológico e o comércio global, os quais possuem apropriada relação com a prática consumerista, posto que apresentam como principais protagonistas, o consumidor, como sendo a parte vulnerável da relação comercial, e o fornecedor, como sendo a outra parte contratante mais forte e dotada de privilégio e benefício econômico.

Denota-se com isso uma real necessidade de haver um intento protetivo ao consumidor, com a necessidade da concretização da inclusão de normas para garantir os seus direitos, não apenas no âmbito nacional como também, e mais ainda, no âmbito internacional, dada as diversidades legislativas dos países e as dificuldades enfrentadas nas contratações estrangeiras.

Pois, pode se perceber uma inexistência de normas protetoras para as partes contratantes mais vulneráveis, condizentes com a dinâmica dos contratos internacionais de consumo.

Nesse norte, acaso encontre divergências existentes nas regras de conexão de Direito Internacional Privado – DIP, e também nas relações de internacionalização de consumo no Mercosul ou entre outros países membros da integração econômica regional ou mesmo universal, necessário é buscar meios de solução de controvérsias mais adequadas, de forma a amparar o objetivo deste estudo, a qual seja apresentar uma proposta de solução extrajudicial para os impasses consumeristas.

Assim, o presente trabalho tem o propósito de trazer uma reflexão acerca da internacionalização das relações de consumo, eis que a proteção ao consumidor fez grandes progressos no Brasil e nos demais países do Mercosul e do mundo.

Ademais, este trabalho também pretende avaliar a importância do Instituto da Arbitragem, como um caminho alternativo na solução de controvérsias decorrentes de contratos nacionais e internacionais de consumo, por órgãos sérios e competentes, considerando-se uma importante via de pacificação social e de agilidade na composição de lides consumeristas,

tanto sob o ponto de vista internacional como o aliado às vertentes nacionais. No mais, demonstrar-se-á ainda em breve estudo a importância do Direito Internacional Privado na sociedade contemporânea.

2 ARBITRAGEM NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Aprioristicamente, compulsando a realidade brasileira, é cediço que a atividade jurisdicional nem sempre consegue solucionar os litígios existentes de forma célere e eficiente. Ou melhor, o processo jurisdicional brasileiro nem sempre se demonstra de forma eficaz, não consegue proporcionar justiça em tempo razoável, a contento.

Por essa razão, pode-se entender que a celeridade é um pressuposto para a efetividade do processo. Assim, a busca por solução das lides e em tempo razoável é um dos reclamos dos jurisdicionados de um modo geral.

O Estado, assumindo a tutela da resolução de conflitos, adquiriu este poder com a prerrogativa de proporcioná-lo com eficiência. Contudo, nem sempre tem conseguido exercer essa função de modo eficaz, haja vista os problemas existentes no Judiciário, como por exemplo, a questão da falta de estrutura e de funcionários, ou seja, na gestão da justiça brasileira.

Nesse norte, encontra-se guarida nas palavras de Roberto Lisboa no sentido de que muitas vezes os consumidores que já estão em posição de inferioridade frente aos fornecedores se sentem ainda mais prejudicados quando tentam resolver seus conflitos perante os órgãos jurisdicionais, e com isso desistem de procurar seus direitos por causa da morosidade (LISBOA, 2001, p. 91):

O consumidor vem encontrando várias dificuldades em buscar o provimento jurisdicional: não sabe como efetuar a reclamação; reluta em entregar a causa a um advogado, enquanto não adquire plena confiança ou se encontra em situação tal que ele se torne imprescindível; teme pelos elevados custos processuais; não confia na justiça por causa da morosidade e mesmo por discordar de decisões amplamente criticadas pela imprensa; e assim por diante. Deve-se estabelecer um sistema judiciário que seja acessível a todos, independentemente de sua condição social ou econômica, e que produza resultados individual e socialmente justos.

Dessarte, a procura por mecanismos alternativos é uma das eventuais soluções frente aos reiterados problemas existentes na estrutura do Poder Judiciário. Daí, deve-se buscar intermediar e facilitar a resolução dos litígios por mecanismos privados.

Por conseguinte, amplia-se a importância da solução das lides pela via arbitral, eis que a arbitragem representa um meio alternativo de eliminação de uma série de conflitos que envolvem direitos patrimoniais disponíveis, tais como os decorrentes das relações de consumo.

Enfim, a arbitragem é, portanto, um mecanismo de solução de conflitos. Respeitadas suas condições legais, é ela responsável por uma justiça mais simples, mais rápida e de menor custo para o litigante obter a paz social e a resposta para seus direitos.

3 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR

A proteção dos direitos do consumidor trata-se de um fenômeno que foi consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro com a entrada em vigor do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor (CBDC ou simplesmente CDC) em 1990.

Essa codificação acima citada trouxe inúmeras inovações tanto no mercado brasileiro como no mercado regional, a exemplo do mercado comum do sul, servindo inclusive de base e estímulo tanto para a instituição do ordenamento jurídico argentino pertinente à prática consumerista, quanto para demais países membros, tendo em vista ser a norma brasileira avançada neste setor.

A inovação reside no fato de que ao tutelar a parte hipossuficiente e vulnerável das relações comerciais exige-se consequentemente uma imposição aos produtores e fornecedores de bens e serviços de um maior dispêndio de cuidados à segurança, à qualidade e aos padrões pré-estabelecidos.

Em 26 de março de 1991 surge o Tratado de Assunção (TA) firmado por Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, tendo por finalidade a criação do Mercado Comum do Sul ou comumente denominado de Mercosul, sendo aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro em 25 de setembro de 1991, e promulgado pelo Presidente Fernando Collor de Melo em 21 de novembro do mesmo ano pelo Decreto n.º 350. Internacionalmente, entrando em vigor somente com o depósito das ratificações em 29 de novembro de 1991 (BAPTISTA, 1998, p.35).

Este tratado serve também de estímulo às economias destes quatro países com vistas à inserção no processo competitivo do mercado internacional, bem como apresenta o escopo de passo a passo nortear a integração regional na tentativa de congregar a América Latina.

Celso Ribeiro Bastos e Cláudio Finkelstein (1998, p. 09), em análise na união de forças em blocos regionais na América Latina, atesta que

O sonho de uma América Latina unida sempre fez partes dos anseios e desejos de parcela significativa da população latino-americana e diversas foram as tentativas iniciadas buscando alcançar tal objetivo. Nesta ótica, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, quando da assinatura do Tratado de Assunção de 1991, deram início à mais ousada tentativa de integração regional realizada no continente.

Importante frisar que, o Mercado Comum do Sul, ou mais conhecido pelo nome de MERCOSUL, possui como componente os Estados Partes fundadores e signatários do Tratado de Assunção (TA) a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai.

Não obstante essa composição inicial, o Tratado de Assunção está aberto à adesão de outros Estados membros da Associação Latino-Americana de Integração, a então denominada ALADI. Essa dita abertura, fez com que o primeiro Estado Latino-americano a aderir em 2006 a esse tratado constitutivo fosse a Venezuela; então, o bloco possui, atualmente, cinco membros efetivos: Argentina, Brasil, Paraguai, Uruguai e Venezuela.

Contudo, a República Bolivariana da Venezuela se encontra suspensa de todos os direitos e obrigações inerentes à sua condição de Estado Parte do MERCOSUL desde 2016. Essa informação encontra plasmada no Protocolo de Ushuaia, com supedâneo no parágrafo segundo do artigo 5º desse citado diploma normativo.

Considerando então a crise econômica, social e política enfrentada pela Venezuela, ficou determinado desde dezembro de 2016 a sua suspensão do bloco por descumprir obrigações com as quais se comprometeu em 2012.

Ademais, o Estado Plurinacional da Bolívia se encontra atualmente em processo de adesão. Assim, a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional já aprovou a adesão da Bolívia ao Mercosul. O Protocolo de Adesão de Bolívia ao MERCOSUL foi celebrado em Brasília, em 17 de julho de 2015.

Mister acrescentar que esse referido protocolo de adesão do país ao mercado comum sul-americano já foi assinado pela totalidade dos Estados Parte em 2015 e agora se encontra em vias de incorporação pelos congressos dos Estados Parte.

Logo, pode-se afirmar que a Bolívia tem a posição de Estado Associado em processo de adesão, porque falta a aprovação internamente pelos estados membro. E, todos os demais países sul-americanos estão vinculados ao Mercosul como Estados Associados.

Na dicção da atual Constituição Brasileira de 1988, os atos internacionais assinados pelo governo brasileiro só terão validade após receber a chancela das duas Casas do Congresso Nacional.

A proposta ainda será analisada pela CCJ - Comissão e Constituição e Justiça e de Cidadania antes de seguir para o Plenário. Logo, poderá o parecer da comissão ser apresentado no próprio Plenário, de modo a acelerar a tramitação desse projeto, haja vista se encontrar em regime de urgência.

O interesse na boa relação do Brasil com a Bolívia e vice-versa, está em que o Brasil é o principal parceiro comercial da Bolívia, sendo o primeiro destino de suas exportações em razão da venda de gás natural, por outro lado, boa parte das importações bolivianas provém do Mercosul.

O Mercosul consagrou um modelo de integração para formar um mercado comum no intuito de permitir uma livre circulação interna de bens, serviços e fatores produtivos, e para isso esse bloco almeja adotar uma política comercial comum e aplicar uma TEC -Tarifa Externa Comum no comércio com outros países.

Os países do Chile, Bolívia, Peru, Equador e Colômbia são considerados países associados¹ do Mercosul e não membros pleno como antes dito, eis que não participam da união aduaneira e não são obrigados a aderir à TEC, ou seja, à denominada Tarifa Externa Comum, apesar disso participam de debates políticos e realizam acordos de livre comércio.

Fundamental para toda essa situação é, refletir na necessidade de uma harmonização legislativa no Mercosul, na intenção de promover a aplicação prática de normas uniformes entre quatro países membros, tendo em vista a observância expressa do que está prescrito no artigo 1º do Tratado de Assunção de 1991, um de seus objetivos magnos, o qual seja: [...] Este Mercado comum implica: [...] O compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações, nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.²

Considerando-se o risco de se ter decisões não equânimes proferidas por tribunais nacionais, a harmonização de leis constitui medida positiva e assertiva para a eficácia dos direitos contratuais em mercados englobados por integrações regionais. A harmonização está em sintonia com a ideia de aproximação, tanto de legislações como da interpretação destas normas consumeristas.

Sendo assim, como ainda não há a uniformização total de leis protetivas ao consumidor, nesse sentido, torna imperioso fazer uma adequação das normas já existentes ao

¹ Os Estados Associados são aqueles membros da ALADI com os quais o MERCOSUL subscreve acordos de livre comércio, e que posteriormente solicitam ser considerados como tais. Os Estados Associados estão autorizados a participar nas reuniões de órgãos do MERCOSUL que tratem temas de interesse comum. Essa é a situação atual do Chile, Colômbia, Equador e Peru.

² Importante a análise do TRATADO PARA A CONSTITUIÇÃO DE UM MERCADO COMUM ENTRE A REPÚBLICA ARGENTINA, A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, A REPÚBLICA DO PARAGUAI E A REPÚBLICA DO URUGUAI (26/3/1991).

caso concreto, de forma a fomentar uma harmonização legislativa no Mercosul, tendo em vista a possibilidade de impor um risco de se ter decisões conflitantes ou não equânimes, gerando uma eventual ineficácia dos direitos contratuais envolvendo a relação consumerista em mercados englobados por integrações regionais, o que não seria viável ao comércio internacional.

Nesse tom, não se pode olvidar que uma das causas de divergências legislativas repousa na esfera de interesses governamentais em detrimento ou inversão aos interesses de proteção dos consumidores, figurantes que são como o destinatário final da integração regional.

Com isso, percebe-se uma insuficiência na tutela consumerista, não obstante, essa tutela está implícita no Tratado de Assunção como uma finalidade básica do Mercosul.

Assim, o Mercosul ao não promover uma política de proteção ao consumidor de forma eficiente deixou uma lacuna na estrutura da integração econômica dado que o consumidor é o destinatário final do comércio e para ele devem se dirigir todas as benesses e facilidades possíveis.

É forçoso dizer que a preocupação com o consumidor está implícita no Tratado de Assunção, visto que somente no preâmbulo há uma menção genérica de que a finalidade básica do Mercosul é melhorar as condições de vida dos cidadãos nacionais, o que não implica dizer que garantiu a tutela do consumidor no âmbito mercosulino (SILVA, 2018, *online*).

Em 1996 foi editado o Protocolo de Santa Maria o qual apresentou significativos princípios representando conquistas no âmbito da defesa do consumidor no Mercosul.

Esse Protocolo de Santa Maria teve como norte a tão almejada harmonização legislativa, fortalecimento do processo de integração, proteção ao consumidor, além da adoção de regras comuns sobre jurisdição internacional em matéria de relações de consumo.

Apraz acrescentar ainda que esse mesmo Protocolo concentrou seus esforços nos seguintes contratos: de venda a prazo de móveis corpóreos; empréstimos a prazo ou de outra operação de crédito ligada ao financiamento na venda de bens; qualquer outro contrato que tenha por objeto a prestação de um serviço ou fornecimento de bem móvel corpóreo. Quedou-se à sua margem os contratos de transportes e as relações de consumo do turista adquirente de produtos e serviços no exterior.

É evidente e praticamente impossível abranger toda a gama de relações internacionais de consumo.

Não obstante tudo isso, o referido Protocolo ainda não está em vigência em decorrência da recusa do Brasil em aprovar o Regulamento Comum Mercosul de Defesa do Consumidor.

4 CRIAÇÃO DA CIDIP

Pelo que se constata das informações em realce, denota-se uma dificuldade na aplicação direta das normas protetivas do mercado consumidor, frente a enorme divergência de textos de lei em dissonância com as regras de Direito Internacional Privado (DIP) já vigentes, tal como ocorre nos países membros do bloco regional do Mercosul, onde em cada um deles foram promulgadas leis divergentes em matéria de defesa do consumidor, bem como diferem com as postulações de DIP.

Nesse espectro, incontestável se torna a harmonização das regras do DIP tanto por meio dos mecanismos do Mercosul, como por outros organismos internacionais, tudo em busca de padrão jurídico de interligamento diplomático entre os Estados.

As Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado são reuniões especializadas, por iniciativa da OEA, que discutem um determinado assunto colocado em pauta previamente, buscando promover a uniformização e harmonização do direito internacional privado. Ao final de cada CIDIP, são criadas Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado, de acordo com o que se discutiu na Conferência. Desta forma, a sigla CIDIP designa, simultaneamente, a Conferência e seus frutos, as Convenções (RECH, 2018, *online*).

Uma das principais características das CIDIPs é que os temas propostos para consideração por uma determinada CIDIP consiste naquelas recomendações apresentadas na Conferência anterior. Os temas propostos tornam-se, então, matéria de discussão de experts, que examinam aspectos altamente especializados de Direito Internacional Privado (RECH, 2018, *online*).

As convenções de direito internacional privado, especialmente aquelas do sistema interamericano, buscam nada mais que facilitar a integração das nações, não desrespeitando seus ordenamentos internos e negando suas particularidades, mas resguardando suas peculiaridades e almejando a obtenção de um denominador comum (RECH, 2018, *online*).

Compulsando o estudo acerca das CIDIPs pode-se proclamar que o assunto de maior número das decisões encontradas levando em consideração essas convenções de direito

internacional privado estão no contexto das cartas rogatórias³.

As cartas rogatórias são atos de comunicação processual, instrumento de cooperação entre os juízos. Seu cumprimento não é vinculado, podendo ser concedido, ou não seu exequatur, daí a nomenclatura de ser rogatória a carta, donde roga-se ao juízo estrangeiro para que cumpra o pedido. Entretanto, nem todo e qualquer pedido será cumprido, há um limite à essa “gentileza diplomática” que são os conceitos de ordem pública e soberania nacional (RECH, 2018, *online*).

O êxito das CIDIPs quanto às cartas rogatórias reporta na grande utilidade processual delas, e ainda encontra justificativa na busca de facilitar a comunicação dos atos processuais. Outra razão para o êxito para a maior aplicabilidade das CIDIPs no âmbito das cartas rogatórias é a ausência de controvérsia em relação à conceituação e utilidade das cartas rogatórias.

Vislumbrando a importância desse tema, mister se faz verificar a existência de julgados a esse respeito da menção a essas Convenções, senão vejamos (RECH, 2018, *online*):

**AgRg na CARTA ROGATÓRIA Nº 1.589 - EX (20060043281-7) - STJ
Relator(a): Min. BARROS MONTEIRO Julgamento: 16052007**

**PARTE(S) AGTE.: DELOITTE E TOUCHE TOHMATSU AUDITORES
INDEPENDENTES ADVDO. : JOSÉ HENRIQUE NUNES PAZ E OUTRO(S)
JUSROGANTE : TRIBUNAL DISTRITAL DOS ESTADOS UNIDOS -
DISTRITO SUL DE NOVA YORK**

EMENTA CARTA ROGATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL. AUTENTICAÇÃO E TRADUÇÃO JURAMENTADA. TRÂMITE POR MEIO DE AUTORIDADE CENTRAL. DILIGÊNCIA ROGADA. CITAÇÃO. DOCUMENTOS QUE ACOMPANHAM A INICIAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA, OFENSA À ORDEM PÚBLICA OU SOBERANIA NACIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTRANGEIRA E REGULARIDADE NA RELAÇÃO PROCESSUAL. QUESTÕES A SEREM ANALISADAS PELA JUSTIÇA ROGANTE. – Encaminhado o pedido rogatório via autoridade central, estão satisfeitos os requisitos da legalidade e autenticidade, nos termos dos arts. 5º e 6º da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias – Decreto n. 1.899/1996. – Não se exige, tanto na legislação brasileira quanto na americana, que o ato citatório venha acompanhado de todos os documentos mencionados na petição inicial. Não há falar, desse modo, em violação dos princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. – A simples citação, por si só, não implica afronta à ordem pública ou à soberania nacional e destina-se, apenas, a dar conhecimento da ação em curso, permitindo a defesa da interessada. – Não cabe a esta Corte avaliar a regularidade da relação processual instaurada na ação original, ou mesmo a incompetência absoluta da Justiça estrangeira para o deslinde da causa, pois são

³ A Lei 13.129 de 2015 incluiu esse CAPÍTULO IV-B - DA CARTA ARBITRAL na Lei 9.307/06 de arbitragem, acrescentando o artigo 22-C, senão vejamos: “**Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.**” (grifo nosso)

matérias a serem deduzidas no Juízo rogante. Agravo regimental improvido.

RESUMO Agravo contra decisão que, supostamente, não haveria autenticação dos documentos do pedido rogatório pelo juízo de Nova Iorque, falta de documentos na inicial, incompetência do juízo rogante, violação dos princípios da ordem pública, contraditório e ampla defesa e ausência de tradução juramentada. Não há necessidade de se juntar todos os documentos apensados à inicial. Sob pena de crise diplomática internacional, significando uma suspeita da autenticidade dos documentos Departamento de Direito emitidos por autoridade estrangeira, não se pode exigir prova da veracidade dos referidos documentos, o que equivaleria a uma quebra da presunção da lisura desses documentos.

Encontra-se também aplicação das CIDIPs no âmbito da Prova e Informação Acerca do Direito Estrangeiro, da Eficácia Extraterritorial de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros e também da Restituição Internacional de Menores.

É de suma importância a Convenção de restituição internacional de menores. Seu objetivo primordial é garantir que o menor sequestrado e levado a outro país, por um dos pais que não detém a sua guarda, seja devolvido o mais rápido possível. Isto é essencial para o menor já que o tempo é fator fundamental, envolvendo sua adaptação e desenvolvimento psicológico. Com efeito, a Convenção criou o sistema de autoridades centrais, buscando acelerar o processo de devolução do menor, com vistas a diminuir o impacto psicológico da situação de mudança na vida da criança (RECH, 2018, *online*).

Desta forma, cada país designaria uma autoridade central, que teriam livre comunicação entre si, garantindo a tão necessária celeridade deste processo. As vias regulares, através do judiciário, seriam demasiadamente complexas e, portanto, morosas, prejudicando o bem jurídico que se pretende proteger. Como mecanismo que tem demonstrado bons resultados, pensa-se, inclusive, em criar novas autoridades centrais, com diversas incumbências, o que tornaria o diálogo entre nações mais rápido e efetivo, proporcionando maior cooperação jurídica internacional e garantindo sua efetividade (RECH, 2018, *online*).

Cotejando os estudos, força convir a existência de algumas decisões dos Tribunais Superiores que ensejaram a utilização de CIDIP nesse sentido de restituição internacional de menores (RECH, 2018, *online*):

CR 1648/BO – STJ REGISTRO: 2006/0056016-1 RELATOR(A): Min. PRESIDENTE DO STJ Julgamento: 01/06/2006

EMENTA - DECISÃO Vistos, etc. 1. A Corte Superior do Distrito de La Paz, República da Bolívia, solicita, mediante esta carta rogatória, a restituição de menor boliviana ao seu país, devidamente identificada, devido à ocorrência de fatos que evidenciam exploração e maus tratos (fls. 4/12). 2. O Ministério Público Federal opinou pela localização preliminar da menor e pela adoção de "todas as medidas necessárias para evitar a sua ocultação ou transporte irregular", bem como "que se verifique se a mesma está no país em situação regular e em que condições ela vive, ressaltando a necessidade de que tais medidas sejam cumpridas em caráter sigiloso" (fls. 17/18). 3. O pedido encontra respaldo na Convenção Interamericana sobre a

Restituição Internacional de Menores, incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 1.212/1994. A localização da menor deverá ser realizada com observância dos arts. 18 e 19 da mencionada Convenção. Remetam-se os autos à Justiça Federal do Estado de São Paulo para que sejam procedidas as investigações preliminares, nos termos do parecer ministerial. Ressalto que o processo tramita em segredo de justiça (art. 155, II, Código de Processo Civil). Após, devolvam-se os autos a esta Corte para que seja analisada a viabilidade da concessão do exequatur .

Ademais, aproveita-se o ensejo para informar que a V Conferência Especializada sobre Direito Internacional Privado (CIDIP V), realizada em 1994 na Cidade do México, infelizmente não abrangeu de modo específico a tutela do consumidor, apesar do esforço empreendido para elucidar as lides pertinentes aos contratos internacionais.

Dessarte, a CIDIP V não tem aplicabilidade quando está envolvida a causa consumerista. Leciona Cláudia Lima Marques (2005, p.191) com propriedade:

O consumidor interamericano fica sem proteção especial, quando contrata à distância ou por comércio eletrônico, posto que não é certo que as normas imperativas ou de ordem pública do país de domicílio do consumidor serão aplicadas por opção do juiz do foro competente, geralmente o do fornecedor.

Sem maiores delongas, emerge desse estudo que mormente a excelente intenção das CIDIPs retromencionadas, elas na realidade são muito pouco conhecidas ou esclarecidas pelos seus países signatários, daí na prática serem pouco aplicadas.

Denota-se que a baixa alusão às convenções da CIDIP se dá por falta de conhecimento desses instrumentos e, até mesmo, resistência em utilizar em razão das ínfimas informações a seu respeito, enfraquecendo ou mesmo perdendo com isso de se obter uma melhor garantia de proteção àquelas partes mais fracas da relação e até mesmo de se trilhar uma resposta uniforme, com segurança jurídica, para as querelas internacionais.

Frente ao exposto, não resta dúvida no que tange à necessidade da edição de uma CIDIP especializada na defesa do consumidor, com a finalidade de satisfazer os litígios relativos aos contratos internacional de consumo.

Enfim, necessário também adotar um meio efetivo de composição de litígios no fim de promover a tutela do consumidor na seara internacional, e para tanto pode-se prescrever a arbitragem.

5 ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Os mais modernos e importantes ordenamentos jurídicos estrangeiros consagram a arbitragem entre as modalidades de resolução de conflitos, em maior ou menor frequência.

As diferenças existentes entre esses ordenamentos jurídicos revelam-se por conta da forma de sua elaboração, seja por clausula e/ou compromisso arbitral; da sua nomeação de árbitros, se em número par ou ímpar; das regras de procedimento; da homologação e da eficácia da sentença arbitral, se faz coisa julgada ou não.

Percebe-se também que, não obstante acentuada divergência sobre a natureza jurídica da arbitragem, quase sempre ela está disciplinada nos respectivos Códigos de Processo, como na Alemanha, Itália, França, Espanha e Argentina.

Em outra margem, a característica comum que vincula a maioria dos sistemas estrangeiros encontra-se na natureza do direito que pode constituir objeto da arbitragem, devendo a controvérsia compreender direitos a respeito dos quais a lei admite a transação. Alguns falam em direitos disponíveis e outros em direitos transigíveis.

É incontestável o fato de que a aplicação da arbitragem como mecanismo alternativo de solução de controvérsias em contratos de adesão implica na sua utilização nos contratos de consumo.

E, essa foi a intenção do legislador, quando dispõe no artigo 4º, inciso V do CDC sobre a política nacional de consumo, ao tentar inserir a arbitragem no contexto moderno de facilitação de acesso à justiça, fazendo jus a nova “onda renovatória do direito”, conforme se pode trazer à memória dos ensinamentos de Mauro Cappelletti, e do incentivo aos mecanismos alternativos de solução de conflitos.

Valendo lembrar nesse momento que, essas formas alternativas de solução de conflitos é também conhecida pela sigla em inglês ADRs - Alternative Dispute Resolutions.

Consoante linhas anteriores, a arbitragem pode e deve ser aplicada no âmbito de relações de consumo.

E, neste instante, oportuno é fazer um breve relato da experiência da União Europeia (JACYNTHO, 2001, p.112)

Adaptam-se as legislações nacionais, harmonizando-as, numa forma de aproximação integradora de mercados, diminuindo a diferença legislativa em seu espírito, retirando o que discrimina produtos estrangeiros, o que efetivamente restrição ou barreira, propondo normas acessórias e complementares as já existentes, propondo leis-modelo e diretivas mínimas, para os países que não possuem ainda legislação, criando algumas regras básicas comuns, declarações de direitos comuns e recomendações de objetivos comuns.

O sistema de arbitragem na relação de consumo encontra-se, principalmente nos países europeus, em fase avançada, permitindo as partes, consumidores e fornecedores, resolver as

controvérsias sem despesas e sem a necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, desafogando, portanto, o excesso de demandas.

O sistema arbitral de consumo espanhol constitui, sem dúvida, exemplo de via alternativa de composição de conflitos com altíssimo grau de efetividade e celeridade e que goza, ademais, de grande prestígio junto ao mercado de consumo na Espanha. Os tão temidos riscos que seriam inerentes à arbitragem de conflitos de consumo restaram resolvidos pela natureza pública das juntas arbitrais, cujo presidente é sempre funcionário da administração (RIBEIRO, 2018).

Denota-se que a arbitragem de consumo na Espanha, encontra raízes lançadas a partir de sua base constitucional, ao artigo 51.1 da Constituição espanhola de 1978, e que não obstante ser apenas regulamentada por meio do Real Decreto 636, de 3 de maio de 1993, essa técnica de solução de conflitos já vinha sendo utilizada na Espanha, ainda que de maneira experimental.

Nesse diapasão, calha apresentar algumas considerações acerca do sistema de arbitragem de consumo na Espanha em estudo produzido pelo doutrinador Marcos Paulo Veríssimo (2011):

a) Sobre o funcionamento das Juntas Arbitrais: As juntas arbitrais são os órgãos que articulam todo o sistema arbitral de consumo. Vinculadas às Oficinas Municipais de Informação ao Consumidor, constituem instituições de natureza pública, estando ligadas à administração direta. Delas participam, obrigatoriamente, representantes das classes empresariais e de consumidores, razão pela qual sua natureza é considerada também orgânica e institucional.

Constituem, ademais, funções das juntas arbitrais, o fomento e a formalização de convênios arbitrais, a atividade de mediação, o censo das empresas que aderiram publicamente ao sistema arbitral de consumo e a elaboração e distribuição de modelos de convênios arbitrais, bem assim a informação do público em geral acerca do sistema e das matérias que podem ou não ser arbitradas em seu seio.

b) Sobre o Procedimento Arbitral na Espanha. Surgida uma controvérsia em meio a uma relação de consumo, é sempre facultada ao consumidor sua resolução por meio da via arbitral, seja por intermédio de uma associação de classe, seja por iniciativa própria, sem a necessidade de representação por meio de um advogado, caso em que o colégio arbitral decidirá acerca da representatividade.

Neste momento, urge indagar se seria possível aplicar a mesma experiência espanhola no Brasil?

É preciso anotar que a experiência espanhola somente logrou prosperar em razão de desenvolvido associativismo que lá se verifica, combinado à atuação competente da administração pública e a uma consciência de cidadania bem desenvolvida nos espanhóis, capaz de levá-los a preferir o consumo de um determinado produto em detrimento de outro apenas em razão de um apresentar o distintivo da arbitragem de consumo e o outro não.

Assim, pelo que se constata das informações em realce, em harmonia com todo esse breve estudo, percebe-se sem dúvida que a experiência estrangeira pode, efetivamente, ser muito útil para uma análise e possível pelo legislador brasileiro.

Para tanto, mister se faz levar em consideração as peculiaridades do país, quando se pretender importar, para o direito interno, quaisquer experiências estrangeiras, antes de serem aplicadas efetivamente.

6 ARBITRAGEM NO MERCOSUL⁴

De acordo com o relatado no contexto anterior verifica-se quão imperiosa é a participação do Estado como agente fomentador e disseminador dos meios de solução de conflitos extrajudiciários para as relações de consumo.

Constatou-se que a experiência europeia mostrou-se extremamente exitosa, ao ponto de nos dias hodiernos ser implantado a chamada Rede Extrajudicial Europeia. No continente sul-americano, a Argentina verificando o sucesso encontrado na Espanha e atentando para sua legislação consumerista, instituiu o Sistema Nacional de Consumo, obtendo também uma grande prática neste setor, como se verá a seguir.

No mais, em 26 de março de 1991 surge o Tratado de Assunção firmado por Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai e Venezuela (suspensa do bloco desde 2016) tendo por finalidade a criação do Mercado Comum do Sul ou comumente denominado de Mercosul.

Essa criação serve também de estímulo às economias destes quatro países para a inserção no processo competitivo do mercado internacional, bem como apresenta o escopo de gradativamente nortear a integração regional na tentativa de congregar a América Latina.

Certifica-se que esses países tem participação plena no bloco regional, com adesão aos acordos, contratos, sistema jurídico-institucional, bem como à área de livre comércio.

No continente sul-americano, mais especificadamente, na Argentina não tardou em perceber o sucesso encontrado na Espanha e conseqüentemente não ignorou em prestar atenção à legislação consumerista espanhola, que a par da brasileira, fomenta a solução extrajudicial de controvérsias.

⁴ A ilustre professora e autora SARA LÍDIA FELDESTEIN DE CÁRDENAS (2010, p.330), em sua obra **Guia de estudo de derecho a la integración** pontifica acerca Acuerdo sobre arbitraje Comercial Internacional del Mercosur – Ley 25.223 que “El Acuerdo tiene por objeto regular el arbitraje como médio alternativo privado de solución de controvérsias, surgidas de los contratos internacionales entre personas físicas o jurídicas de derecho privado.”

Para tanto, na Argentina foi editado o decreto nº 276/98, que instituiu o Sistema Nacional de Consumo. A princípio está inserido em duas cidades argentinas: Buenos Aires e Mendoza. Os consumidores apresentam os conflitos a serem solucionados nos Tribunais Arbitrais de Consumo, criados nesse intento.

Nesse pormenor, registra-se intensa prática arbitral nesse setor consumerista, o que se pode aferir pelo número crescente de casos levados a estes órgãos especializados, que em 2002 registrou a expedição de 2.698 sentenças arbitrais.

Portanto, a Argentina, também contribui para o fomento da arbitragem em busca de resultados benéficos, em especial nas relações de consumo com a devida proteção da parte hipossuficiente no sentido de equilibrar dita relação.

Essa modalidade tem funcionado da seguinte forma. Os Tribunais de Arbitragem de Consumo (TAC) possuem jurisdição que somente se exerce mediante adesão voluntária, ou seja, as partes, previa e expressamente estipulam em concordá-la, e igualmente acordam que tal decisão não comporta recurso, sendo final e executável prontamente.

A apresentação de caso ao TAC é feita diretamente pelo consumidor, sem necessidade de contratação de profissional jurídico, reduzindo com isso o óbice econômico enfrentado normalmente pelas vias judiciais. Assim, o consumidor pode levar sua denúncia aos órgãos da administração, acaso a empresa não queira aderir ao TAC ou caso se recuse a comparecer.

No que tange ao procedimento argentino, denota-se que a princípio será marcada a data para a audiência, durante a qual será buscada a conciliação das partes. Não ocorrendo, será emitido o laudo arbitral.

Vislumbra-se dessa experiência argentina que, esse laudo arbitral tem eficácia de coisa julgada, possuindo caráter vinculante e força executória, podendo ser executável pela via judicial na hipótese da empresa descumpri-lo.

Nesse diapasão, denota-se que uma forma de fortalecer esse instituto da arbitragem no Brasil, como mecanismo alternativo de solução dos conflitos, seria com a participação de órgãos governamentais no incentivo a sua prática mais presente na sociedade brasileira.

Oportuno trazer à baila que a Lei 13.129 de 2015 altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem brasileira e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, por exemplo.

Sendo oportuno nesse momento lembrar que a Lei 13.129 de 2015 incluiu esses parágrafos nesses dispositivos expostos como forma de ampliar e melhorar o instituto da arbitragem no Brasil.

Art. 1º, §1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações. (NR)

Art. 2º, § 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

A nova lei reformadora do instituto da Arbitragem brasileira vaticina que para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse pormenor, seguindo essa lógica, adscreeve também a nova lei que a homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar, por exemplo que, segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem. E, caso haja denegação, e conseqüentemente, uma vez sanados os vícios formais apresentados, nada obsta que a parte interessada renove o pedido, é assim o que se pode depreender da leitura dos seguintes dispositivos do citado diploma normativo.

Art. 39. A homologação para o reconhecimento ou a execução da sentença arbitral estrangeira também será denegada se o Superior Tribunal de Justiça constatar que: I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem; II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Ante o exposto, numa tentativa de procurar um equilíbrio na relação jurídica consumerista no momento da técnica arbitral de solução de lides, poderia ser implantado no Brasil como também em qualquer outro país do Mercosul, setores representativos de interesses, tanto de consumidores, quanto de fornecedores, conforme o exemplo de sucesso da arbitragem utilizado na Espanha.

7 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, depreende-se com nessas considerações que não há óbice legal à

implementação da arbitragem nos conflitos de consumo.

Considerando a internacionalização das relações de consumo e que a proteção ao consumidor traz grandes progressos no Brasil e nos demais países do Mercosul e do mundo, é de se perceber que diante da inexorável tendência do processo de globalização e da integração econômica dos mercados nacionais e internacionais, há a necessidade de que as regras de conexão do Direito Internacional Privado concedam uma efetiva tutela ao consumidor.

Não resta dúvida no que tange à necessidade da edição de uma CIDIP especializada na defesa do consumidor, com a finalidade de satisfazer os litígios relativos aos contratos internacional de consumo. Isso é fato.

E mais, necessário também adotar um meio efetivo de composição de litígios no fim de promover a tutela do consumidor na seara internacional, e para tanto pode-se prescrever a arbitragem.

Expostas as informações em realce, percebeu-se que perante o Mercosul é imperiosa a necessidade da implementação de um estatuto consumerista e da instituição progressiva e aprofundada da arbitragem, representando um meio fácil, rápido, de pouco custo e desburocratizado de solucionar conflitos de consumo, inclusive. Para tanto, mister se faz uma rígida fiscalização dos Estados membros, bem como de um aproveitamento das experiências européias nesse sentido.

Ante todo o exposto, a justa utilização da arbitragem, por órgãos sérios e competentes, poderá ser uma importante via de acesso à pacificação social e de agilidade na solução de conflitos de consumo de ordem nacional e mesmo internacional, desde que se respeite os princípios inseridos pelo moderno código consumerista nacional, e claro, que seja de interesse das empresas e dos consumidores.

Enfim, a utilização da arbitragem como meio de solução de conflitos de consumo pode representar enorme impulso ao desenvolvimento da justiça, tanto no âmbito interno como internacional.

8 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paulo Roberto. O Mercosul no contexto global. In: **Mercosul**: lições do período de transitoriedade. Orgs.: Celso Ribeiro Bastos e Cláudio Finkelstein. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

ALONSO REGUEIRA, Enrique M.. *Convención Americana de derechos humanos y su proyección en el Derecho Argentino*. 1ª ed. Buenos Aires: La ley, 2013.

ANDRIGUI, Fátima Nancy. Arbitragem nas relações de consumo: uma proposta concreta.

Revista de Arbitragem e Mediação. Brasília, ano 3, n.9, p.13-21, abr./jun. 2006.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. A arbitragem e o direito do consumidor **in Direito do consumidor:** tutela das relações de consumo. Claudia Lima Marques, Bruno Miragem (organizadores) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, v. 6.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais:** a nova mediação processual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **O MERCOSUL suas instituições e ordenamento jurídico.** São Paulo: LTR, 1998.

BARREIROS, L.E.; LAVOPA, F.; PINTO, M.; RICART, L.T.; TURYN, A.. **Las fuentes del derecho internacional en la era de la globalización.** Buenos Aires: Eudeba, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro; FINKELSTEIN, Cláudio. A institucionalização do Mercosul e a harmonização das normas. **In: Mercosul:** lições do período de transitoriedade. Orgs.: Celso Ribeiro Bastos e Cláudio Finkelstein. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

BENZRIHEN, María Fernanda. La participación de los consumidores como generador de la cadena de valor del servicio público prestado por el Estado. **In: Cuarto Congreso Argentino de Administración Pública – Sociedad, Gobierno y Administración.** Buenos Aires, 22-25 ago. 2007. Disponível em: <http://www.ag.org.ar/4congreso/index.htm>. Acesso em: 24/05/2018.

BRASIL. **Lei 9.307 de 24 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm>. Consultado em 28 Abr. 2018.

_____. **Lei 13.129 de 26 de maio de 2015.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm >. Consultado em 28 Abr. 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo.** 3ªed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARREIRA ALVIM, J. E. *Comentários à lei de arbitragem* (Lei nº 9.307, de 23/09/1996). 2ªed. Curitiba: Juruá, 2008.

CASELLA, Paulo Borba. **Arbitragem para consumo.** Disponível em: <<http://www.arbitragem.com.br/artigos2.htm>> Acesso em: 14 out 2018.

CATALAN, Marcos Jorge. **O procedimento do Juizado Especial Cível.** São Paulo: Mundo Jurídico, 2003.

ETCHEVERRY, Carlos Alberto. *A Nova Lei de Arbitragem os Contratos de Adesão:* algumas considerações. **In Revista Rev. TRT - 9ª R.** Curitiba, a 33, v.61. jul/ dez. 2008

FILOMENO, José Geraldo Brito. Conflitos de Consumo e Juízo Arbitral. **Revista de Direito do Consumidor**, n.21, p. 38–50, jan./mar., 1997.

FUJITA, Thiago Figueiredo. A possibilidade do exercício da arbitragem nas relações de consumo brasileiras. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 60, dez 2008. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4298>. Acesso em 13 out 2018.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, jurisdição e execução*. 2ªed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 110, apud BERNARDI, Raquel Grellet Pereira. O contrato de adesão na arbitragem. Novos rumos da arbitragem no Brasil.

JACYNTHO, Patrícia Helena de Ávila; ARNOLDI, Paulo Roberto Colombo. **A proteção contratual ao consumidor no Mercosul**. Campinas: Interlex, 2001.

LEMES, Selma M. Ferreira. **A arbitragem em relações de consumo no direito brasileiro e comparado**. Aspectos fundamentais da Lei de Arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, pp. 126 e 127.

MARQUES, Cláudia Lima. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; ARAÚJO, Nádia de. (Orgs.) **O novo direito internacional - estudos em homenagem a Erik Jayme**. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.

MARTINS, José Celso. **A arbitragem e as relações de consumo**. Disponível em: . Acesso em: 18 jul. 2018.

MORAES, Márcio André Medeiros. **Arbitragem nas relações de consumo**. Curitiba: Juruá, 2005.

PAULA, Adriano Perácio de. Da Arbitragem nas Relações de Consumo. In **Revista de Direito do Consumidor**, n.32, p. 55-73, out/dez, 1999.

RECH, Carolina Magalhães. **As Conferências Interamericanas de Direito Internacional Privado**. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2008/relatorios/ccs/dir/dir_carolina_magalhaes_rech.pdf>. Acesso em: 15 agosto 2018.

RIBEIRO, Rodrigo dos Santos. **A utilização da arbitragem na solução de controvérsias de consumo**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c75b6f114c23a4d7>> Acesso em: 15 out 2018.

SARAVIA, Jorge Andrés. **Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo**. Publicado en nuestra Revista el 19 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.servilex.com.pe/arbitraje/colaboraciones/sistema_nacional_arbitraje_consumo_argentina.html>. Acesso em: 15 jul 2018.

SILVA, Ludmila de Paula Castro. **A Internacionalização das relações de consumo e sua perspectiva na Integração Regional do Mercosul**. Disponível em <<http://www.seer.ufu.br/index.php/horizontecientifico/article/view/11708>>. Acesso em 15 de out de 2018.

SILVA, Karine de Souza. **Direito da comunidade europeia: fontes, princípios e procedimentos**. 1ª ed. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005.

SPECTOR, Horacio. **Elementos de análisis económico del derecho**. 1ª ed. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2004.

TRATADO PARA A CONSTITUIÇÃO DE UM MERCADO COMUM ENTRE A REPÚBLICA ARGENTINA, A REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, A REPÚBLICA DO PARAGUAI E A REPÚBLICA DO URUGUAI (26/3/1991), disponível em: <<http://www.jurisdoctor.adv.br/legis/mercosul.htm>>. Acesso em 15 de out de 2018.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **A Arbitragem de Consumo na Espanha**. Postado em 03 março 2011. Disponível em < <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/arbitragem-de-consumo-na-espanha>>. Acesso em 15 de out de 2018.

**Submetido em 17 fev. 2019. Aceito em 04 jun. 2019.*



CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO

Mayrenne Trigueiro Pereira Loureiro*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Atuação do Estado na garantia da satisfação do provimento final; 3. Tutela Antecipada de ofício do juiz; 4. Responsabilidade por eventual dano causado (à parte adversa) pela medida concedida de ofício; 5. Aplicação jurisprudencial; 6. Conclusão; 7. Referências.

RESUMO

Este trabalho busca demonstrar a atuação do Estado na garantia da satisfação do provimento final e a possível antecipação da tutela pretendida de ofício pelo magistrado, com o intuito de alcançar uma melhor e mais justa decisão final. E ainda, demonstrar-se-á a responsabilidade por eventual dano causado (à parte adversa) pela medida concedida de ofício.

Palavras-Chave: Tutela antecipada de ofício. Efetividade. Responsabilidade objetiva.

ABSTRACT

This paper seeks to demonstrate the State's performance in guaranteeing the satisfaction of the final provision and the possible preliminary injunctive relief sought by the magistrate, with the intention of achieving a better and more just final decision. Furthermore, it will be demonstrated the liability for any damage caused (to the adverse party) by the measure granted *ex officio*.

Keywords: Preliminary injunctive relief. Effectiveness. Objective responsibility.

1 INTRODUÇÃO

Com o crescimento e a complexidade das relações jurídicas, e a conseqüente multiplicação dos conflitos de interesses, a prestação jurisdicional do Estado tornou-se cada vez mais lenta, demorada e de difícil prontidão nas decisões.

Na tentativa então de vivenciar e efetivar os direitos, surge a tutela de urgência, como uma medida de combate à morosidade excessiva e à burocracia dos procedimentos implicativos na ausência de efetividade processual.

* Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar (UNP). Aluna do Programa de Doutorado Intensivo em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires- UBA. Co-autora do livro *Efetividade Constitucional* da editora Juspodium e do livro *Reflexiones Sobre Derecho Latino Americano*. Atuou como Professora Universitária da Graduação em Direito. Advogada. Email: mayrennetrigueiro@hotmail.com

Pois, o sistema moderno não mais consegue conviver com a realidade da inefetividade processual, sendo incontroverso que o processo, por concepção, deve se mostrar como o instrumento utilizado pelo Estado para solucionar o conflito de interesses, vale dizer, para permitir que o Estado se desincumba da função jurisdicional, que se apresenta como um verdadeiro *dever*, posicionando o ente público, por meio do Poder Judiciário, como *devedor* de uma obrigação a ser feita em favor da pessoa que exercitou o direito de ação, consagrado no plano constitucional.

Registrado tal reconhecimento, torna-se oportuno proceder à classificação da tutela provisória com o advento da Lei 13.105, de 16 de maio de 2015, mais conhecida como o atual Código de Processo Civil de 2015 – CPC/15, trazendo algumas alterações topológicas nessa temática, a qual é tratada em um novo Livro V – Da Tutela Provisória, entre os artigos 294 a 311, CPC/15, sendo dividido em três Títulos: Título I – Disposições Gerais, Título II – Da Tutela De Urgência E O Título III – Da Tutela De Evidência.

Então, já se pode depreender que da própria legislação se faz a classificação da Tutela provisória em tutela de urgência e tutela de evidência.

O Título II – Da Tutela de Urgência é dividido em três capítulos, sendo o Capítulo I – Disposições Gerais, o Capítulo II – Do procedimento da Tutela Antecipada requerida em caráter antecedente, e por fim, o Capítulo III - Do procedimento da Tutela Cautelar requerida em caráter antecedente. Com essa divisão, da mesma forma, pode-se depreender que a tutela de urgência pode ser classificada em tutela antecipada e tutela cautela. Ambas as tutelas referidas podem ser requeridas em caráter antecedente ou de forma incidental.

Para tanto, ver-se-á neste trabalho a atuação do Estado na garantia da satisfação do provimento final e a possível antecipação da tutela pretendida de ofício pelo magistrado, ou mesmo pode-se preferir concessão da tutela antecipada em face de sua postulação implícita, com o intuito de alcançar uma melhor e mais justa decisão final. E ainda, demonstrar-se-á a responsabilidade por eventual dano causado (à parte adversa) pela medida concedida de ofício.

2 ATUAÇÃO DO ESTADO NA GARANTIA DA SATISFAÇÃO DO PROVIMENTO FINAL

Em data de 5 de outubro de 1988, a nova ordenança foi instaurada com a promulgação da Constituição federal brasileira, sendo também denominada de Constituição cidadã, por Ulysses Guimarães, que era presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em razão

daquele momento de sua elaboração ter detectado uma grande participação popular, e pela presente busca de concretização da cidadania.

Denota-se também que essa Carta Constituinte cidadã foi um documento muito esperado pelo povo que saía de um Estado totalitário, marcado pelo regime militar e ditatorial, para um democrático, sem muito saber as respectivas repercussões que poderia ocorrer.

Com isso, a Carta Magna pátria de 1988, fruto dessa transição acima, sedimentou, logo no seu artigo inaugurador, a dignidade da pessoa humana, como um dos seus fundamentos, “aí incluindo-se a liberdade de desenvolverem-se como indivíduos, a possibilidade de participarem das deliberações coletivas, bem como condições materiais que as livre da indignidade [...]” (BARCELLOS, 2011, p. 36), e em seguida, acrescentou o seu artigo terceiro¹ revelando os objetivos fundamentais desse relevante documento.

Dentro desse contexto, naquele instante histórico-brasileiro, dentro do próprio espaço da Constituição, ampla mudanças radicais foram positivadas, dentre as várias garantias fundamentais postas no Título II, Capítulo I da Constituição federal, no rol relativo aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, estabeleceu-se a garantia do acesso à Justiça, ou também denominada de direito de ação, ou ainda, inafastabilidade da jurisdição, inserida no inciso XXXV, do art. 5º constitucional², bem como, a garantia da resposta célere a ser dada pelo Estado-juiz, quando provocado, posto no inciso LXXVIII, do mesmo artigo citado, em razão do princípio da inércia da jurisdição.

Assim, por ocasião desses dispositivos, o legislador constituinte almejou assegurar que nenhuma lesão ou ameaça a direito escapará da apreciação do Poder Judiciário e, ainda que, essa apreciação se dará no menor espaço de tempo possível. Importante ressaltar neste momento que, essa garantia da celeridade processual somente ingressou no Texto Constitucional com o advento da Emenda à Constituição (EC) nº 45/2004. Logo, o direito à tutela jurisdicional efetiva, requer que a resposta seja dada de modo célere por quem detém o poder jurisdicional.

Noutro dizer, o direito de ação, garantia de índole fundamental, conforme o *caput* do

¹ Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...].

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

artigo 5º, da Constituição federal, pode ser exercitado por qualquer um do povo brasileiro ou mesmo estrangeiro aqui residente, ou ainda, pelo próprio Estado. Portanto, deve ser garantido e concretizado de imediato³ pelo Estado em sua plenitude, tendo em vista, que o mesmo retirou quase toda a possibilidade de seus jurisdicionados fazerem justiça de mão própria.

Dessarte, ressalta-se mais uma vez que, o pronunciamento estatal judicial ou administrativo deve ser proferido de modo célere, respeitando os anseios do jurisdicionado e de toda a coletividade em ver o fenômeno litigioso ser banido de seu meio o mais rápido possível.

Diante dessas considerações, sendo a tutela antecipada, uma das ferramentas jurídicas hábeis a dar efetividade ao processo, desde a EC nº 45/2004, passou a necessitar de uma visão mais alargada de seu conteúdo semântico-jurídico-impositivo, denotando-se o dever de o Estado tutelar antecipadamente o pedido evidenciado na petição inicial, quando presentes seus requisitos, concluindo-se pela verdadeira obrigação estatal e não mais mera faculdade do juiz.

Desse modo, se diante de um caso concreto, o juiz evidenciar os requisitos, obrigado está a outorgar antecipadamente os efeitos do pretendido na inicial, ou melhor, é dever constitucional do Estado, de conceder uma proteção ao pedido expressamente solicitado ou mesmo sem o exposto requerimento, agindo de ofício, de modo célere, sob pena de ferir preceito constitucional de índole fundamental, conforme extrai-se expressamente do art. 5º da Constituição, disposto no seu inciso LXXVIII e § 1º.

Ante o exposto, de acordo com a nova visão constitucional do processo, essa é a interpretação que mais se apropria, inclusive com o que é defendido neste trabalho.

3 TUTELA ANTECIPADA DE OFÍCIO DO JUIZ

Não obstante, a defesa e o posicionamento acima tratado, no que tange ao dever do Estado em garantir a satisfação do provimento final, quando diante de um caso concreto, o juiz evidenciar os requisitos para a concessão da tutela antecipada, conforme extrai-se expressamente no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição, acrescentado com a edição da EC nº 45/2004, formulando o princípio da duração razoável do processo, uma parte da doutrina pátria não se mostra a favor em conceder a tutela antecipada de ofício pelo juiz, ou melhor, se ausente o requerimento exposto da parte.

³ Art.5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Contudo, denota-se que, nos moldes atuais e nos escopos político, jurídico, econômico e o próprio escopo magno da jurisdição, o qual seja obter a paz social pela pacificação dos conflitos, a necessidade de se fazer valer ao cidadão, o seu direito a uma tutela jurisdicional adequada e efetiva, é um fato e uma realidade social hoje.

A obtenção dessa tutela adequada e efetiva decorre do direito de ação e do direito fundamental à duração razoável do processo, consagrados respectivamente pelo legislador constituinte nos incisos XXXV e LXXIII do art. 5º da Constituição federal de 1988. E com isso, todo o sistema processual pautado pelo legislador infraconstitucional deverá garanti-los, não afrontando-os, portanto.

Porém, para concretizar o direito fundamental à uma tutela jurisdicional adequada e efetiva apenas será viável por meio de juízos de cognição sumária, pois com a observância do princípio do devido processo legal na cognição exauriente da lide, o tempo despendido será de grande monta, normalmente.

Nesse sentido, no que tange à afirmação dita do poder-dever estatal, de prestar uma tutela jurisdicional efetiva, mister é que o magistrado tenha o devido cuidado de averiguar os fatos postos no caso concreto, para então, evitar que a tutela jurisdicional seja inefetiva, por demonstrar-se tardia e extemporânea.

Nesse prisma, no exercício da função judicante, o juiz assume um dever de proporcionar uma adequada tutela jurisdicional, em face do seu poder jurisdicional. A discricionariedade da atuação do juiz em conceder ou negar a antecipação de tutela é inexistente. Então, quando submetida a questão a sua apreciação, fica a critério do magistrado de acordo com sua liberdade, utilizando o amplo poder concedido pelo legislador, escolher o caminho melhor e mais adequado para proporcionar uma decisão mais justa possível. Nisso não há discricionariedade, sendo na verdade um dever, legal até, de buscar a decisão correta.

O direito à tutela antecipada se enquadra nesse contexto, sendo garantido constitucionalmente, e devendo o mesmo, inclusive, ser concedido de ofício pelo juiz. E nessa senda é que se encontra o doutrinador Luiz Guilherme Marinoni (2013, p.157-166).

Dentre os instrumentos encontrados que envolve a liberdade do magistrado, no fim de escolher o melhor caminho para se realizar justiça, está a concessão de ofício quando pertinente ao caso concreto, lógico, pois isto não é a regra, lembrando, ainda que, para que haja a concessão desta tutela antecipada de ofício, necessário é que esteja presentes todos os demais requisitos exigidos para tal.

Além de ser considerado um direito constitucional, o direito à tutela antecipada possui, a depender do caso concreto, como argumento para sua concessão de ofício pelo juiz, alguns

fatores como, o seu caráter instrumental para efetivação de direitos, no dizer de Benedito Pereira Filho (2004, *online*); a sua natureza alimentar da postulação ou da precariedade da advocacia pública, em particular a defensoria pública, esse argumento está conforme as lições de George Marmelstein (2002, *online*). Principalmente, o respaldo, alegado por Fernando Luís (2003, p. 45), da publicização do processo e da necessidade de conter o abuso praticado pelas partes.

Nesse prisma de entendimento, afirma Portanova (2013, p. 120):

[...] nestes tempos de preocupação publicística e social do direito em geral e do processo em particular, o princípio da ação está a desafiar o processualista moderno. Não se pode esquecer que o pobre, por exemplo, desconhece seus direitos. Quando os intui, muitas vezes têm dificuldade de expressá-los. Assim, conseguir ter acesso ao Judiciário cível já é, para o pobre, uma grande conquista. Contudo, infelizmente, acabam representados por advogados pouco preparados ou ainda em preparação. Assim, seja por defeito de forma ou por desconhecimento do fundo, muitas vezes o verdadeiro direito do pobre só vai aparecer ao longo do processo. E é claro, não raro estará fora do pedido inicial. Nesses casos, o jurista está desafiado a informalizar de tal modo o processo e amenizar o princípio a ponto de, iniciada a demanda, seja viabilizado chegar-se com sucesso ao atendimento do real bem da vida pretendido pelas partes, independentemente dos limites do pedido.

O moderno perfil do atual momento do direito processual pátrio, em incessante luta pela efetividade, enquanto instrumento assecuratório de uma tutela jurisdicional adequada e do acesso à justiça, não é mais condizente com a ideia de necessitar do requerimento da parte como sendo um requisito, e conseqüentemente, não poder conceder a tutela antecipada de ofício, em razão da ausência do requerimento do interessado.

Coadunando com essas afirmações da possibilidade de concessão da tutela antecipada de ofício, Tardin (2006, p. 129) propugna que,

[...] sabendo da índole constitucional das tutelas de urgência, em casos também excepcionais, em que esperar por um julgamento definitivo pode conduzir a ineficácia da tutela jurisdicional, está o magistrado autorizado a conceder a tutela antecipada *ex officio*. Para tanto, é imprescindível que a petição inicial (imagina-se aqui a tutela antecipada sendo requerida pelo demandante) e das provas carreadas aos autos possa o juiz completar a presença de todos os pressupostos de concessão.

Contudo, pelo entendimento dos doutrinadores que são contrários à concessão da antecipação dos efeitos da tutela de ofício não merece prosperar, tendo em vista as diversas razões a seguir esposadas.

Primeiramente, vale lembrar do fundamento constitucional do instituto da tutela antecipada, eis que decorre do direito fundamental à tutela efetiva, encartada no art. 5º, inc. XXXV, da CF/88, e do parágrafo primeiro do mesmo artigo, ao reconhecer que os direitos

fundamentais possuem aplicabilidade imediata, daí haver a possibilidade de concedê-la de ofício, quando for instrumento capaz de envolver a liberdade de atuação do magistrado na definição da forma mais adequada para se concretizar o acesso à justiça, dirigida ao cumprimento de seu dever de prestar uma tutela jurisdicional mais adequada e efetiva, a depender do caso concreto.

Isto porque, os meios podem ser vários, mas o destino é um só: a decisão correta, que proporciona a solução justa. É esta na verdade a missão do juiz. E por que não conceder de ofício, quando for para atingir essa finalidade, repete-se: tomar uma decisão correta e justa.

E ainda, o pior castigo para o magistrado ativo e dinâmico no cumprimento de seu múnus é ser obrigado a presenciar, inerte, o processo ser inviabilizado enquanto instrumento de acesso à justiça, em virtude de formalismos desmedidos e infinitamente menos relevante de que a sua função maior: pacificar com justiça.

Segundo, haverá situações em que pela própria natureza do pedido, não necessitará do requerimento expresso da tutela antecipada pela parte, eis que estará implícita a necessidade de sua concessão, podendo citar as verbas alimentícias decorrentes de benefícios assistenciais ou previdenciários.

A título de exemplo, o Tribunal Regional Federal, na Apelação Cível n. 345950 (2000.81.00.001652-0), o Desembargador Luiz Alberto Gurgel de Faria, concedeu de ofício através da tutela antecipada, mediante provas documentais e oitiva de testemunhas, a aposentadoria a um trabalhador rural, no Ceará.

PREVIDENCIÁRIO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA EX OFFICIO. CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. TRABALHADOR RURAL. APOSENTADORIA POR IDADE. PROVA MATERIAL E PROVA TESTEMUNHAL. VALIDADE. TERMO INICIAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Em homenagem à busca de uma real e efetiva prestação jurisdicional, conjugadas com a necessária imediatidade que o fato concreto exige (a pretendente ao benefício de natureza alimentar tem sessenta e nove anos de idade), é viável a possibilidade da concessão da medida antecipatória de ofício. (TRF, 2005, *online*).

Dando continuidade, a defesa da concessão da antecipação dos efeitos da tutela de ofício, ou como preferem alguns de concessão da tutela antecipada em face de sua postulação implícita (FONSECA, 2007, *online*), infelizmente, a maioria dos doutrinadores não pugnam por tal concessão de ofício, pois afirmam afrontar os seguintes princípios da demanda, do dispositivo, da inércia, da imparcialidade do juiz, além de ferir o princípio da congruência ou da adstrição do juiz ao pedido da parte, porém este entendimento não merece acolhimento.

De início, importante ressaltar que, o magistrado antes de aplicar a lei, e fazer a

subsunção dos fatos à norma, deve interpretar a norma, buscando a máxima efetivação dos princípios, chamando atenção para a relevância dos princípios constitucionais, em especial o princípio que garante a efetividade processual, mais do que qualquer princípio infraconstitucional.

O princípio da demanda ou da ação, previsto no artigo 2º do CPC⁴, debruça-se na vontade da parte em instaurar o processo, movimentando a máquina judiciária para apreciar determinado caso concreto. O princípio em tela decorre do princípio da inércia, do fato de o juiz não poder agir de ofício, devendo aguardar a provocação das partes para demandar, restando vinculado aos limites dos fundamentos trazidos pelo demandante na peça inicial, a saber, a causa de pedir, e também ao pedido trazido.

Dinamarco (2001, p. 149-150) entende que, o princípio da demanda “corresponde à ideia de que o titular da pretensão insatisfeita é o melhor juiz da conveniência e oportunidade de postular meios para a satisfação (princípio da demanda).” Assim, apenas a parte é que seria a pessoa legítima para escolher em requerer ou não a antecipação dos efeitos da tutela.

Quanto ao princípio do dispositivo ou da disposição da parte, este é o que confere às partes poder para dispor do processo em curso, permitindo-lhes escolherem a realização de certos atos processuais, repita-se, no processo em curso.

Contudo, como a própria denominação do princípio da demanda ou da ação já deduz, refere-se ao início da propositura da ação ou da iniciativa da parte interessada em ingressar com a demanda jurisdicional, que inclusive pretende gozar do bem da vida postulado, dentro de um prazo mais razoável possível.

Assim, uma eventual concessão da antecipação dos efeitos da tutela, já que não é a regra, não feriria nem o princípio da demanda, nem o da inércia, porque realmente não será o magistrado que dará início à demanda. Por outro lado, será ele responsável pela boa condução do processo e da obediência ao princípio da duração razoável do processo, melhor ainda, tem o Estado-juiz o dever de prestar uma tutela jurisdicional efetiva e também a missão de conceder uma decisão justa.

Desta feita, se preenchidos todos os demais requisitos autorizadores para a concessão da medida, em respeito também ao princípio da cooperação, deve o juiz tomar um posicionamento mais ativo, participativo e assistencial, conforme lições de Lúcio Grassi (*apud* DIDIER JUNIOR, 2007, p. 202-203), e conceder sim de ofício a tutela antecipada, pois o requerimento já estará implícito, sob pena de correr na ineficácia do provimento final. E,

⁴ Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

como já cediço, o juiz tem amplos poderes para a concretização dos direitos postulados.

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (*apud* PEREIRA FILHO, 2004, p. 224) concorda com esse entendimento, “a verdade é que não se pode mais aceitar o juiz inerte, de braços cruzados, e que encarava o processo como coisa das partes.”

Diante do contexto, interessante são as palavras do juiz federal, George Marmelstein (2002, *online*):

Tenho me deparado com inúmeros feitos previdenciários em que a antecipação da tutela, de ofício, mostra-se não apenas útil como também fundamental. São processos que tramitam em primeiro grau há cerca de cinco anos e certamente levarão outros cinco anos nas instâncias superiores. Os autores são sempre bem idosos, pedindo uma simples aposentadoria rural por idade, pensão ou amparo assistencial, cujo valor corresponde a tão somente um salário-mínimo. A eficácia do provimento final estaria seriamente comprometida caso seus efeitos não fossem antecipados imediatamente, pois, não obtendo desde logo a tão sonhada aposentadoria, certamente a parte autora já haverá falecido quando a sentença transitar em julgado, o que, infelizmente, ocorre com certa frequência. Por isso, sempre venho antecipando a tutela quando a verossimilhança é manifesta, demonstrada com farta prova documental e testemunhal do tempo de serviço rural necessário à obtenção do benefício.

Ademais, outro óbice levantado contra a concessão da tutela antecipada sem o requerimento expresso da parte seria a afronta ao princípio da congruência ou da adstrição do juiz ao pedido da parte, previsto no art. 492 do CPC⁵, o que se entende é que não é lícito ao juiz ultrapassar os limites do pedido, sob pena de sua decisão ser considerada nula. Contudo, o mencionado princípio não impede a atuação do juiz dentro desse parâmetro.

Por fim, da mesma forma não se pode concordar que a imparcialidade do juiz esteja maculada por conceder a antecipação da tutela, mesmo que esteja ausente o requerimento expresso da parte. Absurdo imaginar dita ideia, eis que seria por demais forçoso acreditar que toda e qualquer atuação de ofício do juiz, no sentido de viabilizar o processo, estaria maculando a sua imparcialidade.

O que não ocorre, por exemplo, nas diversas hipóteses e oportunidades, em que o magistrado pode e deve concretizar de ofício, independentemente de provocação, agindo até naturalmente, até porque é expressamente permitido na lei processual vigente, no Código de Processo Civil, como na direção do processo (artigo 139 do CPC⁶); condução do processo

⁵ Art. 492, CPC/15. É vedado ao juiz proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

⁶ Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

(artigo 2º, CPC⁷); vedação a atos de simulação e de conluio (artigo 142, CPC⁸); apreciar novas alegações trazidas pelo réu, após contestação (art. 342, CPC)⁹, livre investigação das provas (artigo 370, CPC¹⁰).

Não apenas nessas hipóteses supracitadas, mas também, por óbvio, quando suscitar questões de ordem pública, como as preliminares (artigo 301, parágrafo 4º, do CPC¹¹); prescrição (artigo 240 do CPC¹²); fato superveniente à propositura da demanda (artigo 462 do CPC¹³); improcedência nas lides repetitivas (artigo 332 do CPC¹⁴).

Os artigos seguintes denotam as mesmas possibilidades de atuações de ofício do magistrado. Vê-se então:

Art. 314, CPC/15. Durante a suspensão é vedado praticar qualquer ato processual, podendo o juiz, todavia, determinar a realização de atos urgentes a fim de evitar dano irreparável, salvo no caso de arguição de impedimento e de suspeição.
Artigo 793, CPC: Suspensa a execução, é defeso praticar quaisquer atos processuais. O juiz poderá, entretanto, ordenar providências cautelares urgentes.

É notória, outrossim, a possibilidade do magistrado nas modalidades de aplicação de Sanções Processuais, como pode-se demonstrar: litigância de má fé (artigo 81 do CPC); ato atentatório ao exercício da jurisdição (artigo 77, §2º, CPC); ato atentatório à dignidade da justiça (artigo 772 do CPC)¹⁵; multas astreintes (artigo 497 do CPC).

⁷ Art. 2º O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.

⁸ Art. 142. Convencendo-se, pelas circunstâncias, de que autor e réu se serviram do processo para praticar ato simulado ou conseguir fim vedado por lei, o juiz proferirá decisão que impeça os objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé.

⁹ Art. 342. Depois da contestação, só é lícito ao réu deduzir novas alegações quando: I - relativas a direito ou a fato superveniente; II - competir ao juiz conhecer delas de ofício[...].

¹⁰ Art. 370. Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias ao julgamento do mérito. Parágrafo único. O juiz indeferirá, em decisão fundamentada, as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

¹¹ Art.301, § 4º Com exceção do compromisso arbitral, o juiz conhecerá de ofício da matéria enumerada neste artigo.

¹² Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

¹³ Art. 462. Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença.

¹⁴ Art. 332. Nas causas que dispensem a fase instrutória, o juiz, independentemente da citação do réu, julgará liminarmente improcedente o pedido que contrariar:

I - enunciado de súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça;

II - acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos;

III - entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência;

IV - enunciado de súmula de tribunal de justiça sobre direito local.

¹⁵ Art. 772, CPC: O juiz pode, em qualquer momento do processo:

I - ordenar o comparecimento das partes;

Afinal, importante ressaltar que, o magistrado se incumbe tanto de velar pelo desenvolvimento regular do processo, quanto pela prestação da tutela jurisdicional de forma efetiva.

4 RESPONSABILIDADE POR EVENTUAL DANO CAUSADO (À PARTE ADVERSA) PELA MEDIDA CONCEDIDA DE OFÍCIO

No intuito de se obter a imperiosa efetividade, na verdade, um modelo processual deverá garantir tanto a adequada entrega da tutela jurisdicional devida, como também proporcionar a imediata concretização desta mesma tutela.

Nesse sentido, para fazer jus a essa imediata concretização da tutela jurisdicional, o ideal seria que, imediatamente após o réu ter ciência da decisão concedendo a antecipação de tutela, por exemplo, o próprio réu deveria tomar a iniciativa de entrar em contato com o autor para cumprir o que o magistrado determinou.

Como cediço, na prática não acontece assim, pois, quase sempre, ocorrerá uma fase de concretização do comando jurisdicional, fase essa denominada de efetivação da tutela jurisdicional antecipada ou como prefere alguns “atuação” da tutela antecipatória. Essa nova nomenclatura e metodologia se deu devido à nova dinâmica proporcionada pelas alterações na legislação processual civil.

Na sistemática da medida judicial antecipatória, destinada a adiantar os efeitos da tutela jurisdicional final pretendida, oferecendo-a uma maior agilidade, não ocorre uma execução forçada nos moldes arcaicos e ultrapassado do sistema de processo de execução. Isso porque não teria sentido submeter o instituto da tutela antecipada, uma tutela de “pronta exequibilidade” (DINAMARCO, 2017, p. 242), capaz de produzir de plano os seus resultados, à lerdeza tradicional do sistema de tutela executiva *stricto sensu*.

Adiante, quanto ao entendimento do procedimento da dita efetivação aplicada aos casos de antecipação dos efeitos da tutela, dada pela nova positivação do art. 273, inserida pela Lei nº 10.444/2002, deve-se aplicar o procedimento da norma prevista no art. 475-O do CPC, que substituiu o art. 588, do mesmo diploma, eis que foi revogado pela Lei nº 11.232/2005.

E posteriormente, com a nova redação dada no parágrafo único, do art. 297 do CPC/15

II - advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça;

III - determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável.

“A efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao cumprimento provisório da sentença, no que couber”, referindo-se a dita efetivação da tutela antecipada, a qual está em consonância com os objetivos desse instituto, possibilitando que o provável titular do direito pleiteado, dele possa usufruir de imediato, sem aguardar o demorado cumprimento da sentença.

Adiante, questionam alguns autores o seguinte: tudo bem, uma vez concedida a tutela antecipada e inclusive cumprida a fase de efetivação, a quem caberia a responsabilização pelos danos ocasionados com a efetivação da tutela antecipatória que viesse a ser modificada, posteriormente? E se o mesmo ocorrer diante da concessão da tutela cautelar?

Aplica-se ao caso o instituto da responsabilidade objetiva, ou seja, é completamente dispensável a busca de culpa ou do erro da decisão dada pelo magistrado.

Já em se tratando da medida antecipatória ou medida satisfativa, quando requerida expressamente pela parte, como de regra, e sendo posteriormente alterado o pronunciamento judicial a respeito, ou melhor, ocorrendo a reversão da medida, a responsabilidade recai, objetivamente, sobre a parte que a requereu, sendo certo que o juiz, quando possível, determinará a caução a fim de garantir qualquer eventual prejuízo em virtude de a medida concedida ter sido revogada, semelhante ao disposto no artigo 300, §1º, CPC.¹⁶

Por conseguinte, pode-se aparentar outra dúvida, quando a concessão da medida se der, sem o requerimento expresso da parte, ou se este for de modo implícito na petição inicial, ou seja, quando o juiz conceder de ofício, e em momento ulterior, a decisão antecipatória satisfativa for revertida ao *status quo ante*?

Da mesma forma, ao ver a questão, não há necessidade de dúvida, tendo em vista a resposta poder seguir evidentemente o mesmo caminho anterior. Ou seja, a parte a quem aproveita a antecipação da tutela é quem deverá arcar com eventuais prejuízos decorrentes de sua eventual reversão. Assim, o beneficiado responderá objetivamente caso haja ulterior decisão judicial modificadora da medida satisfativa concedida de ofício pelo juiz, a seu favor, e em prejuízo do demandado.

Nesse momento, merece ressaltar a importância do cumprimento dos provimentos judiciais e do comportamento de todos aqueles que participam do processo, e não apenas as partes e o juiz, sob pena de infringir os princípios já falados, em especial, o princípio da duração razoável do processo e da efetividade, e, conseqüentemente, sofrer várias punições.

¹⁶ Art. 300 § 1º, CPC/15 “Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

O cumprimento das decisões judiciais é norteada pelas diretrizes do artigo 77 do Código de Processo Civil, que no *caput* do seu texto ficou positivado “Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo”

Ademais, com a redação dada no inciso IV, de forma a impor a todos os participantes, o dever de cumprir e de não criar embaraços as decisões judiciais concedidas, sejam incidentalmente em sede de antecipação de tutela, sejam as proferidas no âmbito da fase sentencial, a saber: “IV – cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação”.

Em seguida, foi posto em evidência que, caso haja qualquer violação desrespeitando os deveres supramencionados do inciso IV, do artigo 77, surge um instrumento processual denominado de “ato atentatório à dignidade da justiça”, destinado a servir de meio de coerção para o cumprimento desses deveres, sendo capaz de ensejar ao responsável a aplicação de multa pecuniária, além das demais sanções cabíveis, nas esferas civil, criminal e processual.

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no *caput* de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

§ 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o

restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.

§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

Trata-se, pois, de uma nova sistemática contra abusos na seara processual, da qual se extrai uma moderna e poderosa arma, capaz de atender, com precisão maior de que outras medidas semelhantes, como as sanções decorrentes da litigância de má fé¹⁷ e do ato atentatório à dignidade da justiça, às situações de embaraços provocados pelas partes à concretização dos provimentos jurisdicionais, e pode-se aplicar também as multas astreintes (artigo 497 do CPC), senão vejamos:

Art. 774, CPC/15 “Considera-se **atentatória à dignidade da justiça** a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;

IV - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.” (Grifo nosso).

Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

Uma vez, criado obstáculo ao cumprimento de provimento jurisdicional de cunho antecipatório, configurado estará, portanto, o desrespeito ao órgão jurisdicional em particular e ao Poder Judiciário como um todo. Constrangimento esse que deverá levar o magistrado a aplicar a sanção pecuniária prevista no artigo 77 do CPC ao responsável pelo descumprimento do respectivo dever, em virtude da sua ação ou omissão em detrimento da concretização da tutela jurisdicional (TEIXEIRA *apud* DUARTE, 2007, p. 541).

O instrumento de coerção em tela é uma ferramenta que deve ser utilizada pelo magistrado com bem mais responsabilidade para punir os infratores, seja a requerimento do

¹⁷ Artigo 81 do CPC: “De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.”

prejudicado ou de ofício, que muito se assemelha ao instituto do *contempt of court* do Direito norte-americano, que, com propriedade, leciona Grinover (2000, p. 65):

[...] a origem do *contempt of court* está associada à ideia de que é inerente à própria existência do Poder Judiciário a utilização dos meios capazes de tornar eficazes as decisões emanadas. É inconcebível que o Poder Judiciário, destinado à solução de litígios, não tenha o condão de fazer valer os seus julgados. Nenhuma utilidade teriam as decisões, sem cumprimento ou efetividade. Negar instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar sua existência. Atualmente, todos os atos tendentes a obstruir o cumprimento das funções de um juízo, envolvendo uma afronta, podem constituir desacato. Inclui-se no conceito atual de abuso do processo. Assim, na definição de Swayzee, *contempt of court* é a prática de qualquer ato que tende a ofender um tribunal na administração de justiça ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem. Com base nessa ampla esfera conceitual, o *contempt* hoje se divide em criminal e civil. O criminal destina-se à punição pela conduta atentatória praticada. O civil destina-se ao cumprimento da decisão judicial, usando para tanto meios coercitivos. Uma conduta desrespeitosa pode ser passível, ao mesmo tempo, de *contempt* civil e criminal, seja no processo civil, seja no processo penal. No *contempt* criminal (punitivo), o processo, autônomo, sumário, é instaurado de ofício ou por provação da parte interessada; no civil (coercitivo), a aplicação ocorre nos mesmo autos, mediante provocação do interessado, garantida a ampla defesa.

Por fim, o referido instrumento punitivo do *contempt of court* no âmbito do modelo processual brasileiro, assim, encontra-se à disposição dos juízes para auxiliar na missão de proporcionar o efetivo acesso à justiça. Enquanto não for desenvolvida uma autêntica cultura de respeito e consideração às decisões judiciais, seja de natureza antecipatória ou final, e de cumprimento espontâneo dos provimentos jurisdicionais, tal instituto poderá ser de grande utilidade para os operadores do direito realmente comprometidos com o aperfeiçoamento do sistema processual.

Ante o esposado, para que realmente se concretize o direito de acesso à justiça, o direito fundamental a uma duração razoável do processo, a imperiosa efetividade do modelo processual brasileiro, por mais eficiente que seja o sistema processual, a sua eficácia prática estará condicionada à atuação e a um grau de conscientização dos seus usuários, operadores do direito, destinatários dos serviços jurisdicionais, e especialmente dos magistrados, os quais incumbem explorar adequadamente os instrumentos e, principalmente, cumprir os deveres impostos pelas diretrizes da legislação processual.

5 APLICAÇÃO JURISPRUDENCIAL

Neste tópico, achou-se oportuno trazer à colação, ainda, trechos de relevantes decisões em que julgadores examinaram o tema da tutela antecipada de ofício.

Acórdão AC 297210/AL

Origem - Tribunal Regional Federal - 5ª Região
 Classe: AC - Apelação Cível
 Número do Processo: 0005226-32.2001.4.05.8000
 Órgão Julgador: Terceira Turma
 Relator: Desembargador Federal GERALDO APOLIANO
 Data Julgamento: 06/03/2008
 Documento nº: 159993
 Publicações: Fonte: Diário Da Justiça - DATA: 05/06/2008 - Página: 367 - Nº: 106 -
 Ano: 2008

Decisão: UNÂNIME - PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRA. PROVA DA CONVIVÊNCIA E DA DEPENDÊNCIA ECONÔMICA. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA DE OFÍCIO NA SENTENÇA. POSSIBILIDADE.

1. Pretensão autoral de concessão de pensão por morte, na qualidade de companheira do de cujus, e que vem sendo paga à esposa do segurado falecido.
2. Competente a justiça federal para apreciar o caso, uma vez que o pedido da autora transcendeu ao requerimento de declaração de existência de união estável entre ela o instituidor da pensão, pleiteando também a concessão do benéfico de pensão por morte.
3. Por se cuidar de matéria com caráter alimentício e de difícil reparação ulterior, é permitido ao magistrado conceder *ex officio* a antecipação dos efeitos da tutela.
4. A autora faz jus à percepção do benefício pleiteado, eis que logrou comprovar que conviveu maritalmente com o segurado falecido, o que evidencia a caracterização de união estável. apelação e remessa necessária improvidas. (TRF, 2008, *online*)

Acórdão -Origem: TRF-2
 Classe: AC - APELAÇÃO CIVEL – 331031
 Processo: 1995.50.01.006672-8 UF : ES Orgão Julgador: sexta turma
 Relator: Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE
 Data Decisão: 28/09/2004 Documento: TRF-200131934
 Fonte: DJU - Data::26/10/2004 - Página::197

Ementa - APELAÇÃO CÍVEL. PERÍCIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DA UNIÃO FEDERAL. NULIDADE. A apreciação da Apelação interposta concomitantemente ao Agravo retido, torna-o prejudicado quando abordadas as mesmas alegações e fundamentação em ambos os recursos. É obrigatória a intimação pessoal da União, o que não se supre com a publicação do despacho no Diário Oficial, constituindo, destarte, nulidade a inexistência de intimação do ente público para ciência do laudo pericial

Decisão - A Turma, por unanimidade, deu parcial provimento ao recurso e à remessa necessária, julgou prejudicado o agravo retido, bem como **concedeu de ofício a tutela antecipada**, tudo nos termos do voto da Relatora. (TRF, 2004, *online*). (Grifo nosso).

Nesse sentido ainda é a decisão do STJ:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE. TUTELA ANTECIPADA CONCEDIDA QUANDO DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DA CONCESSÃO DA TUTELA ANTECIPADA. EFEITO DEVOLUTIVO. CONSONÂNCIA DO ACORDÃO RECORRIDO COM A JURISPRUDENCIA DO STJ.

A antecipação da tutela pode ser deferida quando da prolação da sentença, sendo que em tais hipóteses, a apelação contra esta interposta deverá ser recebida

apenas no efeito devolutivo quanto à parte em que foi concedida a **tutela**. Precedentes.

- Inviável o recurso especial quando o acórdão impugnado encontra-se em consonância com a jurisprudência do STJ.

Agravo no agravo de instrumento não provido.

(AgRg no Ag 940317/SC Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2007/0190622-5. Relatora: Ministra Nancy Andrigli, Órgão Julgador: 3ª Turma. Data do Julgamento: 19/12/2007 (grifado). (STJ, 2007, *online*). (Grifo nosso).

Ademais, o Informativo 532 STJ explica a tutela antecipada prevista no § 6º do art. 273 do CPC 1973: o STJ entendeu que a decisão a que se refere o § 6º do art. 273 do CPC 1973, apesar de ser concedida mediante técnica de cognição exauriente, continua sendo, por opção legislativa, uma hipótese de tutela antecipada. Logo, por questão de política legislativa, não é apta a fazer coisa julgada material. Assim, o valor correspondente à parte incontroversa do pedido pode ser levantado pelo beneficiado por decisão que antecipa os efeitos da tutela (art. 273, § 6º, do CPC 1973), mas o montante não deve ser acrescido dos respectivos honorários advocatícios e juros de mora, os quais deverão ser fixados pelo juiz na sentença. CPC/15: considera-se que o entendimento acima não permanece mais válido. Isso porque o CPC 2015 introduziu no sistema processual civil brasileiro a permissão para que o juiz profira julgamento parcial de mérito. STJ. 3ª Turma. REsp 1234887-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/9/2013. (STJ, 2013, *online*)

Informativo 766 STJ sedimenta a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública: O art. 1º da Lei nº 9.494/97 determina, entre outras vedações, que não será cabível tutela antecipada contra o Poder Público visando obter a reclassificação ou equiparação de servidores públicos ou a concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias. O STF declarou que esse dispositivo é constitucional (ADC 4). Vale ressaltar, no entanto, que a decisão proferida na referida ADC 4 não impede toda e qualquer antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Somente está proibida a concessão de tutela antecipada nas hipóteses listadas no art. 1º da Lei nº 9.494/97, que deve ser interpretado restritivamente. No presente julgado, o STF afirmou que seria possível a concessão de tutela antecipada tratando sobre férias de servidores públicos, considerando que isso não envolve a reclassificação ou equiparação de servidores públicos nem a concessão de aumento ou extensão de vantagens. STF. Plenário. Rel 4311/DF, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 6/11/2014. (STF, 2014, *online*)

Informativo 532 STJ reverbera em recurso repetitivo a possibilidade do bloqueio e sequestro de verbas públicas: Em ação para fornecimento de medicamentos, o juiz pode determinar o bloqueio e sequestro de verbas públicas em caso de descumprimento da decisão.

Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar, até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação. STJ. 1ª Seção. REsp 1069810-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23/10/2013. (STJ, 2013, *online*)

Por fim, no Informativo 517 STJ consolida acerca da impossibilidade de prisão em jurisdição cível, salvo no caso de obrigação alimentícia: Não é possível que o magistrado, ao conceder tutela antecipada no âmbito de processo cível cujo objeto não consista em obrigação de natureza alimentícia, efetue ameaça de decretação de prisão para o caso de eventual descumprimento dessa ordem judicial, sob a justificativa de que, nesse caso, configurar-se-ia crime de desobediência (art. 330 do CP). STJ. 3ª Turma. RHC 35253-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 5/3/2013. (STJ, 2013, *online*).

6 CONCLUSÃO

No que pertine ao estudo da concessão da antecipação dos efeitos da tutela de ofício pelo juiz, ofereceu-se outras formas de se interpretar o instituto da tutela antecipada, quando não houver o requerimento expresso da parte. Neste artigo, tratou, portanto, da atuação do Estado na garantia da satisfação do provimento final, tutela antecipada de ofício, responsabilidade por eventual dano causado (à parte adversa) pela medida concedida de ofício.

Diante das considerações deste trabalho, sendo a tutela antecipada, uma das ferramentas jurídicas hábeis a dar efetividade ao processo, desde a EC nº 45/2004, passou a necessitar de uma visão mais alargada de seu conteúdo semântico-jurídico-impositivo, denotando-se o dever de o Estado tutelar antecipadamente o pedido evidenciado na petição inicial, quando presentes seus requisitos, concluindo-se pela verdadeira obrigação estatal e não mais mera faculdade do juiz.

Desse modo, se diante de um caso concreto, o juiz evidenciar os requisitos para concessão da tutela antecipada, obrigado está a outorgar antecipadamente os efeitos do pretendido na inicial, ou melhor, é dever constitucional do Estado, de conceder uma proteção ao pedido expressamente solicitado ou até mesmo sem requerimento, de ofício mesmo, de modo célere, sob pena de ferir preceito constitucional de índole fundamental, conforme extrai-se expressamente do art. 5º da Constituição, disposto no seu inciso LXXVIII, acrescentado com a edição da EC nº45/2004, formulando o princípio da duração razoável do

processo, e também do seu parágrafo primeiro, pertinente à sua aplicabilidade imediata.

Portanto, defende-se neste trabalho a possibilidade do magistrado conceder a tutela antecipada de ofício, ou seja, sem mesmo o expresso requerimento da parte, a depender do caso concreto, desde que presentes os demais requisitos para sua concessão, quando esta atuação de ofício do juiz, apresentar-se a única forma de assegurar a efetividade do direito material e do modelo processual.

Ressalte-se que, não se está pugnando a necessidade de dar superpoderes ao magistrado. Apenas de equipá-lo com as ferramentas necessárias ao cumprimento do seu dever de entregar uma adequada e justa tutela jurisdicional. Assim, o magistrado poderá antecipar de ofício os efeitos da tutela final pretendida, quando diante de uma situação emergencial no processo, e se entender como sendo o melhor instrumento de efetividade processual, pois triste seria presenciar um juiz inerte, sem poder agir para resguardar o direito ao acesso à justiça do jurisdicionado, sem realizar a justiça do caso concreto, portanto.

Ante o exposto, de acordo com a nova visão constitucional do processo, essa é a interpretação que mais se apropria com os princípios da razoável duração do processo e da efetividade processual.

7 REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Tutela cautelar e tutela antecipada: tutelas sumárias e de urgência (tentativa de sistematização)**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. Vol. III. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DIDIER JUNIOR, Fredie (org.) **Leituras Complementares de Processo Civil**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2007.

DUARTE, Bento Herculano; Duarte, Ronnie Preuss (coord.). **Processo Civil: aspectos relevantes**, v. 2: estudos em homenagem ao prof^o Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Método, 2007.

FONSECA, Sílvia Ferraz Sobreira. **A Concessão da Tutela Antecipada em Face de Sua Postulação Implícita**. Dissertação de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco. Recife: 2007.

FRANÇA, Fernando Luís. **A Antecipação da tutela ex officio**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A Marcha do Processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

LIMA, George Marmelstein. Antecipação de tutela de ofício? **Jus Navegandi**, Teresina, a. 6, n. 57, jul. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/texto.asp?id=2930>>. Acesso em: 19 de maio de 2018.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Técnica processual e tutela de direitos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEREIRA FILHO, Benedito. Tutela Antecipada: Concessão de ofício? **Gênesis – Revista de Processo Civil**. Curitiba. n. 32, abril/junho de 2004. Disponível em: <<file:///C:/Users/mayre/Downloads/14-30-1-PB.pdf>>. Acesso em 12 jun 2018.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STJ. **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**: AgRg no Ag 940317/SC - 2007/0190622-5. Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Órgão Julgador: 3ª Turma. Data do Julgamento: 19/12/2007. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/649476/tutela-antecipada-concedida-de-oficio-na-sentenca>. Acesso em: 12 jun 2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL**. REsp 1234887-RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 19/9/2013. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 dez 2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL**: REsp1069810-RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 23/10/2013. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 dez 2018.

STJ. **RECURSO EM HABEAS CORPUS**: RHC 35253-RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 5/3/2013. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 dez 2018.

STF. **RECLAMAÇÃO**: Rcl 4311/DF, red. p/ o acórdão Min. Dias Toffoli, julgado em 6/11/2014. Disponível em: <<https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia>>. Acesso em: 23 dez 2018.

TARDIN, Luiz Gustavo. **Fungibilidade das tutelas de urgência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 129.

TEIXEIRA, Sergio Torres. Instrumentalidade do modelo processual trabalhista e efetividade da tutela jurisdicional reintegratória: Concretização do direito de acesso à Justiça e a reintegração no emprego. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 52, abr 2008. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=

2500>. Acesso em fev 2019.

TRF. **APELAÇÃO**: AC nº 345950 (2000.81.00.001652-0). Relator: Desembargador Luiz Alberto Gurgel de Faria. Disponível em:

<<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=RELATOR+JUIZ+LUIZ+ALBERTO+GURGEL+DE+FARIA.>>. Acesso em: 10 out 2018

TRF 5. **APELAÇÃO**: AC nº 0005226-32.2001.4.05.8000. Relator: Desembargador Federal GERALDO APOLIANO. Data Julgamento: 06/03/2008. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/649476/tutela-antecipada-concedida-de-oficio-na-sentenca>. Acesso em: 12 jun 2018.

TRF 2. **APELAÇÃO**: AC nº 1995.50.01.006672-8. Relator: Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE. Data Julgamento: 28/09/2004. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/649476/tutela-antecipada-concedida-de-oficio-na-sentenca>. Acesso em: 12 jun 2018.

**Submetido em 17 fev. 2019. Aceito em 11 jun. 2019.*



DIREITO AO PATRIMÔNIO MÍNIMO E SEU IMPACTO NA EFETIVIDADE DAS EXECUÇÕES

Mayrenne Trigueiro Pereira Loureiro*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Estado e a Despatrimonialização do Direito Civil; 3 O Estatuto do Patrimônio Mínimo; 4 O Princípio da Subsistência Digna; 5 Nulidade da doação da totalidade de bens; 6 A Cláusula de inalienabilidade do bem testado; 7 Do Bem de Família: evolução conceitual e jurisprudencial; 8 Reflexos no direito ao crédito e na execução civil; 9 Conclusão; 10 Referencias.

RESUMO

Este trabalho procura estudar a garantia a um estatuto do patrimônio mínimo, que cada cidadão teria direito de exigir a sua efetivação no plano prático, acaso esteja diante de uma situação de precariedade financeira, possibilitando, então, o resguardo de um patrimônio essencial, que não possa ser abalado, como garantia constitucional de uma existência digna. O ponto nodal encontra-se na Carta Política brasileira de 1988 a qual estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, em seu primeiro dispositivo textual. Pois, ao equalizar execuções, o Estatuto do Patrimônio mínimo protege dignidade.

Palavras-Chave: Dignidade da pessoa humana. Estatuto do Patrimônio mínimo. Bem família.

ABSTRACT

This paper seeks to study the guarantee of a minimum assets statute, which every citizen would have the right to demand in practice, may be in a situation of financial precariousness, thus enabling the safeguarding of an essential property, which can not be shaken, as a constitutional guarantee of a dignified existence. The nodal point is found in the Brazilian Political Charter of 1988 which establishes as one of the foundations of the Federative Republic of Brazil the dignity of the human person, in its first textual device. For, by equalizing executions, the Minimum Patrimony Statute protects dignity.

Keywords: Dignity of human person. Statutory Minimum Capital. Well, family.

1 INTRODUÇÃO

O tema do direito ao patrimônio mínimo e seu impacto na efetividade das execuções

* Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar (UNP). Aluna do Programa de Doutorado Intensivo em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires - UBA. Co-autora do livro *Efetividade Constitucional* da editora Juspodium e do livro *Reflexiones Sobre Derecho Latino Americano*. Atuou como Professora Universitária da Graduação em Direito. Advogada. Email: mayrennetrigueiro@hotmail.com

tem relevante aplicação prática no direito brasileiro. O Direito Civil voltado inicialmente para o aspecto patrimonial do regime jurídicos dos bens, tem se adequado às determinações constitucionais. O patrimônio, sem controvérsias deve ser garantido, entretanto, o próprio patrimônio está submetido à sua função social.

Neste contexto, estuda-se a existência de uma garantia a um estatuto do patrimônio mínimo, que cada cidadão teria direito de exigir a sua efetivação no plano prático, em existindo uma situação de precariedade financeira, possibilitando, então, o resguardo de um patrimônio essencial, que não possa ser abalado, como garantia constitucional de uma existência digna.

A Carta Política brasileira de 1988 estabelece como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, em seu primeiro dispositivo textual.¹

Por fundamento jurídico, pode-se definir como sendo “o motivo ou a justificativa da ação baseado na lei ou nos princípios da ordem jurídica, e nos fatos que evidenciem uma relação de direito violada ou ameaçada de violação, a merecer tutela judicial.” (SIDOU, 2016, p.362).

Desta feita entende-se que um dos fundamentos, um dos motivos da República Federativa do Brasil é buscar atender a dignidade da pessoa humana. Outrossim, entende-se por fundamento como algo que dá o alicerce de uma obra, tem caráter básico e se entende por indispensável.

Neste diapasão, existe doutrina especializada defendendo um estatuto jurídico do patrimônio mínimo a todos aqueles que compõem a sociedade.

A lição do autor Luiz Edson Fachin (2006) ao elaborar a relevante obra da Teoria do Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo, é no sentido de que o ordenamento jurídico deve sempre procurar garantir um mínimo de patrimônio, considerado um mínimo existencial, ao indivíduo como forma de garantir-lhe a sua dignidade, assegurando assim princípios constitucionais.

A título introdutório, buscar-se-á neste trabalho verificar os contornos jurídicos cabíveis à defesa do patrimônio mínimo, a exemplo das determinações legais positivadas, a posição da doutrina e da jurisprudência correlata, e, por fim, fazer uma verificação no contraponto, qual seja, analisar os reflexos deste tratamento sobre a execução judicial patrimonial.

¹ Art. 1º, Constituição federal: 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: I - a soberania; II - a cidadania; **III - a dignidade da pessoa humana**; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. (grifo nosso)

2 O ESTADO E A DESPATRIMONIALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL

O Direito Civil experimenta um processo de repersonalização ou despatrimonialização das suas relações jurídicas. Nesse contexto, importa analisar o modelo de Estado em que está inserido o próprio Direito de um modo geral.

Importante a elucidação dessa interferência nas formas de direção do Estado concomitante com a variação dos interesses econômicos. Passa-se, então, a analisar os diversos modelos de Estado sob este enfoque político-econômico, e a posição estatal na economia.

O Estado absolutista foi fundamental para o nascedouro do capitalismo, sob os propósitos da burguesia nascente. A unificação territorial e centralização administrativa governamental são importantes para esta nova classe social.

Por isto, o Absolutismo é marcado pela existência do retorno ao Estado nacional centralizador, ao revés da Idade Média em que imperava a descentralização do poder com a convivência dos senhores feudais, grandes proprietários de terras, integrantes de uma Nobreza feudal, e de uma Monarquia pouco atuante.

A partir daí, no lecionar de Streck (2014, p.51), a burguesia capitalista fortalecida, não “mais se contentava em ter o poder econômico; queria sim, agora, tomar para si o poder político”. Poder este que até então se justificava a sua titularidade ao Monarca, eis que representava a centralização do anterior regime feudal descentralizado. Essa nova classe social, então, impulsiona uma nova configuração estatal.

A burguesia, como classe promotora do desenvolvimento, e proprietária dos grandes meios de produção e de circulação de receitas, passa a reclamar uma maior participação nas decisões estatais e pela democratização do governo e do poder.

Com isso, ainda a burguesia, grande empresária capitalista, busca a participação no poder político, “legitimando-a no poder legal-racional, sustentado em sua estrutura normativa a partir de uma ‘Constituição’ – no sentido moderno do termo – como expressão jurídica do acordo político fundante do Estado.” (STRECK, 2014, p.51)

As grandes transformações estatais, advindas nos séculos seguintes, quais sejam XIX e metade inicial do século XX, buscaram a realização desses princípios, e sobrepujou a preponderância do individualismo e redução do controle estatal direto.

No Brasil, o liberalismo evidencia-se em determinado período histórico. Através da exploração econômica da metrópole portuguesa, durante o período colonial (1530–1889), o

país apresenta uma exploração econômica cíclica de extrativismo, da agricultura de exportação, atividade mineradora e pecuária. Segue-se a Proclamação da República e no âmbito jurídico, a edição do Código Civil de 1916, cujo projeto teve origem um século antes, prevendo o conceito liberal de propriedade, existente e formulado no contexto liberal do Estado, ligados aos princípios da liberdade de propriedade e de contrato, com caráter eminentemente individualista.

O modelo de Estado Liberal entra em crise, sobretudo pela crescente onda de desigualdades sociais imperantes no sistema, de péssimas condições de vida, de elevados impostos sobre mercado e capital, sobretudo, após a deflagração da Revolução Industrial. Evidenciam-se as teorias sociais.

O Estado, então, a teor da crescente questão social e da pressão política, social e doutrinária emergente torna a reposicionar-se na sua posição de atuação e intervenção.

O Estado passa a preocupar-se com o bem-estar social e com a intervenção na economia e no domínio econômico e social.

Por conseguinte, na visão de Bercovici (2005, p.11), a grande influência transformadora do papel estatal adveio da Primeira Guerra Mundial, com reflexos através da Revolução Russa, das Constituições adjetivadas de sociais ou econômicas de Weimar (1919), e Constituição Mexicana (1917); e da Quebra da Bolsa de Valores de Nova Iorque de 1929; bem como da segunda Guerra Mundial, que impõem, sobremaneira a atuação estatal controladora e incentivadora dos recursos sociais, mantendo a produção, distribuição e controle da economia.

E assim, o Brasil implementou a sua Constituição federal de 1988, devendo o Estado brasileiro buscar o cumprimento das diretrizes e objetivos fundamentais da República.

Rodrigues Junior (2006, p.30) assevera que a Constituição federal de 1988 tornou-se o centro do ordenamento jurídico pátrio, passando a regular tanto os contratos, quanto a propriedade, no esteio de buscar, em ambos, o interesse coletivo, ou seja, a sua função social.

A autonomia da vontade, absoluta que era, então, durante o modelo de Estado Liberal, cede lugar aos princípios sociais, à dignidade da pessoa humana, inseridos na Constituição econômica brasileira.

Por conta deste (re)posicionamento da pessoa humana como verdadeiro alvo das normas jurídicas de Direito Civil, sob o foco do Direito Constitucional, os bens, mais do que nunca, reafirmam-se como objetos de direito, no sentido de que somente podem ser entendidos como instrumentos de realização da dignidade dos seus titulares.

O paradigma do ter sede lugar a nova concepção do ser. Isto não significa que a propriedade privada não é importante ou que fora abolida, mas que a propriedade privada atenderá a sua função social (art. 5º, inciso XXIII, da CF/88).

Esse é o fenômeno da repersonalização ou da despatrimonialização do direito civil, como consequência da sua constitucionalização.

3 O ESTATUTO DO PATRIMÔNIO MÍNIMO

Com esteio nessa ordem, surge a teoria do Patrimônio Mínimo, tese defendida por Luiz Edson Fachin e ora passa-se a estudar alguns pontos pertinentes.

O Estatuto Jurídico do Patrimônio mínimo seria uma exegese extraída do ordenamento jurídico quando se afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio estruturante do ordenamento jurídico nacional inaugura o fenômeno da repersonalização ou despatrimonialização do Direito Civil.

Assim, por esse Estatuto o ordenamento jurídico deve sempre procurar garantir um mínimo de patrimônio, considerado um mínimo existencial, aos indivíduos. Uma parcela essencial do patrimônio de qualquer pessoa deverá estar protegida contra a influência de quem quer que seja, eis que afetada para o atendimento das necessidades básicas da pessoa humana.

Por este estudo, direitos antes reconhecidos apenas para garantia do crédito são revisitados e postos a disposição da valorização e da garantia da dignidade da pessoa humana, pondo em primeiro plano a pessoa e suas necessidades fundamentais.

Adiante, pode-se explicitar três grandes embasamentos positivos para se extrair essa proteção do patrimônio mínimo do ordenamento jurídico brasileiro, mas afirmando expressamente que a teoria não se resume ou se limita a estes três elementos, somente se reflete e corrobora a existência através dos mesmos.

Trata-se da efetivação do princípio da subsistência digna, que pode ser constatado de forma positivada, primeiro, na Cláusula de inalienabilidade Voluntária; segundo, na inalienabilidade do bem do testador; e terceiro, mais explorado juridicamente, a questão do bem de família.

4 O PRINCÍPIO DA SUBSISTÊNCIA DIGNA

O artigo 5º do texto Constitucional brasileiro de 1988 prevê expressamente o direito à vida como direito e garantia fundamental:

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: (Grifo nosso).

Nesse contexto, a Carta política vai além declarando que a vida deve ser digna. Com isto, alguns postulados se extraem diretamente no ordenamento jurídico, constante que são da teoria e Estatuto do Patrimônio Mínimo.

Passa-se a verificar, então, três grandes delineadores dessa Teoria, nos quais também são analisados seus elementos.

5 NULIDADE DA DOAÇÃO DA TOTALIDADE DE BENS

O ordenamento civil brasileiro estabelece a cláusula de inalienabilidade voluntária de todos os seus bens. É a vedação à alienabilidade de bens, sem deixar reserva.

O artigo 548 do Código Civil brasileiro² estabelece que é nula a doação de todos os bens sem reserva de uma parte para subsistência.

Com isso, a norma protetiva do Código Civil não pode ser afastada para vontade da parte que se choca com a hipótese nela prevista. E que a partir daí, pode-se considerar um conjunto de valores articulados em volta da pessoa e de sua respectiva proteção.

A nulidade de doação voluntária espelha uma “hipótese que, obstando a auto-redução à miséria, prevê limites à liberalidades *inter vivos*.” (FACHIN, 2006, p. 94)

E prossegue descrevendo que (FACHIN, 2006, p. 94):

[...] ao afirmar nula a doação universal dos bens, sem reserva de parte ou de renda que garanta a subsistência do doador, a lei pode ter como objetivo a proteção da pessoa. Pode ter proteção de menor escala, mas é indicativo interessante e fértil para o exame na garimpagem de sentidos, inclusive à luz da formação do preceito (sic) obstativo.

De acrescentar-se que Fachin (2006, p.95) realizou pesquisa no direito português e verificou que o Código Civil lusitano, no tocante à doação de todos os bens, asseverou que seria possível desde que haja reserva de usufruto, no entanto, isso é diverso do estabelecido no ordenamento brasileiro. Pois, reserva de usufruto não é idêntico à reserva de parte do patrimônio, haja vista está-se a valorizar a personalização do Direito Civil e não a patrimonialização liberal.

² Art. 548, CC. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

6 A CLÁUSULA DE INALIENABILIDADE DO BEM TESTADO

Convém anotar que outra norma muito importante no ordenamento jurídico brasileiro é a inalienabilidade do bem do testador. O artigo 1911 do Código Civil brasileiro estabelece que “A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.”

É lícita a instituição de inalienabilidade, por ato de liberalidade, o que implica a sua impenhorabilidade e a sua incomunicabilidade.

O dispositivo está inserido no tocante a possibilidade daquele que faz testamento, e inclui, para os bens indicados, a cláusula de inalienabilidade. Ou seja, o interessado não terá penhorado o bem e este patrimônio não se comunica.

Nesse particular, a garantia do patrimônio mínimo é destinada à pessoa, garantindo-lhe dignidade, e por oportuno destina-se também a tutela de tais valores à coletividade (FACHIN, 2006, p. 114):

O valor “pessoa” abarca a possibilidade de se lhe garantir um patrimônio mínimo, a fim de que seja resguardada a dignidade em razão da qual os indivíduos merecem proteção e amparo. A tutela desses valores não preserva apenas a individualidade, como também se projeta para a coletividade.

Assim, essa proteção que faz o testador para pessoa indicada no testamento e com a ressalva clausular de inalienabilidade, pode proteger tanto uma pessoa inexperiente, ou até mesmo uma família, ou mesmo para evitar a dilapidação do patrimônio do pródigo (FACHIN, 2006, p. 117):

A proibição de alienar, determina pela vontade do particular, pode ser estabelecida com o fito de proteger o indivíduo que recebe o bem clausurado de sua inexperiência, de assegurar a moradia e a existência digna de uma família, ou de impedir a dilapidação do patrimônio do pródigo.

Nesse pormenor, deve-se ressaltar ainda o fato de que o Supremo Tribunal Federal sumulou que a inalienabilidade implica em incomunicabilidade, é o que preceitua a Súmula 49 “A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens.”

A inalienabilidade poderia ser frustrada pelo interessado caso não houvesse a incomunicabilidade. Assim, se o interessado simular ter contraído dívida em virtude da qual teria aquele respectivo bem penhorado, verifica-se que os efeitos dessa manobra são nulos, devendo com isso um possível e futuro credor observar tais dados e circunstâncias.

Nessa quadra, a referida cláusula de inalienabilidade leva à proibição de alienação a qualquer título, gratuito ou oneroso, não podendo ser objeto de garantia real, e nem pode sofrer renúncia por parte do interessado.

A usucapião de tais bens pode ser até ser possível, mas com ressalva. Se for utilizado para burlar a lei, e isso deve ser visto no caso concreto, será inválida, por outro lado, poderá ser válida, tendo em vista a realização do cumprimento da ordem jurídica, com a proteção da posse e ao trabalho, do diverso interessado. (FACHIN, 2006, p.122)

Por conseguinte, acaso a cláusula for instituída por mera vontade injustificada do instituir, por um capricho seu, e em especial desvantagem para o interessado, não podendo ela prevalecer (FACHIN, 2006, p.124-125).

Essa assertiva acima evidencia que seria o caso de revisão por decisão judicial, pois.

7 DO BEM DE FAMÍLIA: EVOLUÇÃO CONCEITUAL E JURISPRUDENCIAL

O estudo do bem de família corresponde a uma farta possibilidade de explanação no tocante ao tema do patrimônio mínimo. Várias são as possibilidades de entendimento que têm surgido no cotidiano da aplicação desse direito.

A doutrina e, sobretudo, a jurisprudência brasileira têm trazido contribuições ao tratar do assunto.

O bem de família é o bem ou conjunto de bens impenhoráveis que se constituam para fins de moradia, incluindo os bens que guarnecem essa moradia. Ademais, o conceito dado pelo jurista Pablo Stolze (2017, p.357), bem de família é “o bem jurídico cuja titularidade se protege em benefício do devedor por si ou como integrante de um núcleo existencial, visando à preservação do mínimo patrimonial para uma vida digna.”

A Lei federal 8.009/90 disciplina o instituto, sendo objeto de diversas interpretações judiciais e doutrinárias. Destaca-se de imediato o disposto em seu dispositivo inaugural:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.
Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

Essa modalidade de bem de família legal deriva diretamente da própria lei,

independentemente de instituição em cartório e registro, garantindo a impenhorabilidade do bem de família e isentando-o de dívidas, salvo algumas hipóteses previstas em lei.

Outrossim, percebe-se que são impenhoráveis o imóvel familiar e os bens que guarnecem a residência, além das plantações, benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, como a garagem do apartamento residencial, o freezer, máquinas de lavar e secar roupas, o teclado musical, o computador, o televisor, o videocassete, o ar condicionado e, até mesmo, a antena parabólica. Com isso, o bem de família legal pode ser também móvel também.

A partir daí, surgem várias aplicações da lei, por força direta dos seus dispositivos ou por interpretação jurídica aplicada a ela, dando-lhe amparo de como o bem de família se faz necessário para uma vida familiar digna, sem luxo.

Inicialmente destaca-se a questão relacionada a penhora de bem de solteiro. O problema residia em saber se a pessoa que não era casada, e mora sozinha teria ou não a proteção da lei.

A princípio, percebeu-se que o Superior Tribunal de Justiça entendia que a lei 8.009/90 destinava-se a proteger não o devedor, mas a família e a impenhorabilidade se compreende no bem do casal ou da entidade familiar e o indivíduo que mora sozinho não teria estes requisitos.

Entretanto, a jurisprudência daquela Corte asseverou em julgado que o escopo definitivo da Lei 8.009/90 é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana, qual seja, o direito à moradia, e conseqüentemente, o solteiro teve assegurado o benefício da impenhorabilidade da sua residência. Veja-se, igualmente, o acórdão ementado abaixo (STJ, 2003, *online*):

PROCESSUAL – EXECUÇÃO - IMPENHORABILIDADE – IMÓVEL - RESIDÊNCIA – DEVEDOR SOLTEIRO E SOLITÁRIO – LEI 8.009/90. - A interpretação teleológica do Art. 1º, da Lei 8.009/90, revela que a norma não se limita ao resguardo da família. Seu escopo definitivo é a proteção de um direito fundamental da pessoa humana: o direito à moradia. Se assim ocorre, não faz sentido proteger quem vive em grupo e abandonar o indivíduo que sofre o mais doloroso dos sentimentos: a solidão. - É impenhorável, por efeito do preceito contido no Art. 1º da Lei 8.009/90, o imóvel em que reside, sozinho, o devedor celibatário.

Assim, de acordo a interpretação jurisdicional demonstrada, permite-se a aplicação da Lei 8.009/90, qual seja, a impenhorabilidade do bem de família para o solteiro, o que residente sozinho³. Inclusive, trata-se de matéria já sumulada conforme extrai-se da Sumula

³ Extrai-se de Domingo Pietrangelo Ritondo (2008, p.12) a assertiva de que isto não é novidade no direito

364, STJ “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.”

Outro ponto, que por motivo jurídico deve ser descrito, é que a companheira tem legitimidade ativa dentro dos limites subjetivos para ajuizar embargos de terceiro e requerer aplicação da lei 8.009/90, mesmo com o trânsito em julgado de decisão que indeferiu o pedido ao varão solteiro em Embargos à Execução, não ferindo a coisa julgada (STJ, 2005,*online*):

PROCESSUAL CIVIL. COISA JULGADA. LIMITES SUBJETIVOS. Nada importa que a sentença proferida nos embargos do devedor tenha recusado ao varão, por ser solteiro, o reconhecimento da impenhorabilidade do imóvel que lhe servia de residência; a companheira pode, sem ofensa à coisa julgada, que tem limites subjetivos, ajuizar embargos de terceiro para proteger o bem de família. Agravo regimental não provido.

Acertada é o que parece decisão prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça, que assevera a impenhorabilidade a imóvel único de casal que o utiliza para o seu mister, a sua sobrevivência, – o trabalho – e também para a sua residência, ainda que formalmente inscrito o imóvel como pertencente à sociedade empresarial, máxime ambos os cônjuges sejam sócios exclusivos (STJ, 2002, *online*):

Processual Civil. Civil. Recurso Especial. Dissídio jurisprudencial. Comprovação. Bem de família. Impenhorabilidade. Imóvel de propriedade de sociedade comercial familiar. Residência do casal. - Para a comprovação do dissídio jurisprudencial, é necessário realizar o cotejo analítico entre os acórdãos tidos como divergentes. - É impenhorável a residência do casal, ainda que de propriedade de sociedade comercial, da qual os cônjuges são sócios exclusivos. - Recurso Especial provido na parte em que conhecido.

Para Ritondo (2008, p.51) a possibilidade de instituir diversos imóveis não está de acordo com o instituto do bem de família.

Parece, no entanto, que a generalização da possibilidade de se instituir como bem de família uma pluralidade de imóveis não está de acordo com os objetivos do instituto. A reserva de somente um prédio para abrigar a entidade familiar já é suficiente para satisfazer o seu direito fundamental à moradia, sem necessidade de se incluir um segundo imóvel.

Nesse sentido, explicita o artigo 5º, da Lei 8.009/90, senão veja (grifo nosso):

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência **UM ÚNICO IMÓVEL** utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente. Parágrafo único. Na hipótese de o casal, ou entidade familiar,

brasileiro: “Buscando-se um paralelismo no Direito Empresarial, observa-se que a figura da sociedade de um só sócio não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro.”

ser possuidor de vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de **menor valor, salvo se outro tiver sido registrado, para esse fim, no Registro de Imóveis** e na forma do art. 70 do Código Civil.

Do mesmo modo, contrário a impenhorabilidade e em favor do credor de uma possível execução, interessante é destacar a decisão do Supremo Tribunal Federal ao tratar da impenhorabilidade do bem de família quanto ao fiador de imóvel de locação. Expressamente decidiu a Suprema Corte brasileira que a Lei 8.009/90 não violou o artigo 6º da Constituição Federal ao excluir o fiador do benefício da impenhorabilidade do seu imóvel. Permanece válida e vigente a possibilidade de penhora do imóvel residencial do fiador no contrato de locação de imóvel. Veja-se o acórdão (STF, 2006, *online*):

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art.3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.

A impenhorabilidade não isentará, contudo, as dívidas do próprio imóvel ou despesas condominiais. Por se ventilar as hipóteses da qual não se isenta, ou melhor, hipóteses das quais são afastadas da proteção do bem de família legal, podendo portanto ser penhoradas, eis que o artigo 3º da narrada Lei 8.009/90, exclui expressamente da impenhorabilidade:

Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

~~**I** – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias; (Revogado pela LC150, de 2015)~~

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III – pelo credor da pensão alimentícia, resguardados os direitos, sobre o bem, do seu coproprietário que, com o devedor, integre união estável ou conjugal, observadas as hipóteses em que ambos responderão pela dívida;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação; e

(Redação dada pela Medida Provisória nº 871, de 2019)

VIII - para cobrança de crédito constituído pela Procuradoria-Geral Federal em decorrência de benefício previdenciário ou assistencial recebido indevidamente por dolo, fraude ou coação, inclusive por terceiro que sabia ou deveria saber da origem ilícita dos recursos. (Incluído pela Medida Provisória nº 871, de 2019)

Há, igualmente, a possibilidade de convencionar o bem de família. Trata-se do bem de família convencional, tendo fundamento diverso do bem de família legal regido pela Lei 8.009/90. Com isso, percebe-se que, no ordenamento jurídico brasileiro o bem de família é classificado em duas modalidades: o bem de família voluntário e o bem de família legal.

Os artigos 1711 a 1722 do vigente Código Civil brasileiro asseguram a instituição do bem de família referido. A instituição poderá ser de até um terço do patrimônio do instituidor, extinguindo-se com o falecimento de ambos os cônjuges e a maioridade dos filhos, desde que não submetidos à curatela.

Não constituindo bens de família, mas também sendo declarados impenhoráveis em execução por força da Lei processual civil os bens adiante descritos.

São igualmente impenhoráveis, além dos bens de família, os bens arrolados por ato voluntário válido ou por força da lei processual civil no artigo 833 do CPC/15:

Art. 833. São impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;⁴
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;⁵
- V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
- VI - o seguro de vida;
- VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;

⁴ Sob este aspecto, várias são as interpretações e discussões a respeito. Exemplificativamente, debate-se a possibilidade ou não de penhora de microcomputadores, aparelhos de ar condicionado, freezer, TV, e outros eletrodomésticos considerados dispensáveis.

⁵ A jurisprudência tem entendido que os honorários advocatícios também têm natureza salarial não sendo passíveis de penhora, salvo a própria exceção legal de pagamento de pensão alimentícia, o que também é válido para os demais rendimentos.

SUMULA VINCULANTE 47 - Os honorários advocatícios incluídos na condenação ou destacados do montante principal devido ao credor consubstanciam verba de natureza alimentar cuja satisfação ocorrerá com a expedição de precatório ou requisição de pequeno valor, observada ordem especial restrita aos créditos dessa natureza. (Grifo nosso)

VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;

IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;⁶

XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;

XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1º A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

§ 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

Não se aplica a impenhorabilidade para cobrança de crédito para aquisição do próprio bem que se demande, nos termos do parágrafo primeiro do artigo 833 do Código processual civil brasileiro.

Reconhece-se que esses bens impenhoráveis também fundamentam a garantia e a instituição do Estatuto do patrimônio mínimo – sem esgotar o estatuto somente pelos casos acima citados, ou por outros eventualmente não mencionados, pois esses casos constituem apenas identificação do estatuto.

Ademais, é permitida a penhora eletrônica, conhecida como penhora on-line, através do bloqueio de numerário correspondente ao executado, nos termos da lei, proibindo-se, porém, o bloqueio de valores proveniente dos rendimentos do trabalho, e permitindo-se a penhora do faturamento da pessoa jurídica ou assemelhada, desde que lhe garanta o funcionamento.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça a penhora *online* em contas da empresa equivale a penhora da própria empresa, o que somente pode ocorrer em casos excepcionais (STJ, 2009, *online*):

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PENHORA SOBRE O FATURAMENTO DA EMPRESA. MEDIDA EXCEPCIONAL. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NOS ARTS.

⁶ Somente seriam penhoráveis, em regra, valores depositados além da referida quantia. Outrossim, já se verificou alegação e decisão judicial no sentido de que haveria impenhorabilidade de valores depositados em conta poupança, independentemente do valor, se comprovado que o valor era proveniente de rendimentos do salário. O que não se entende por razoável, pois, desta forma, difícil seria a efetividade das execuções, em prejuízo dos interessados credores, a quem também se aplica o princípio da dignidade humana.

677 E 678 DO CPC. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a penhora de faturamento não equivale à de dinheiro, mas à constrição da própria empresa, porquanto influi na administração de parte dos seus recursos, e, ante o princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), só pode ser deferida em caráter excepcional, quando preenchidas, cumulativamente, as seguintes condições: (a) inexistência de bens passíveis de constrições, suficientes a garantir a execução, ou, caso existentes, sejam tais bens de difícil alienação; (b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, caput, do CPC) ao qual incumbirá a apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento; (c) fixação de percentual que não inviabilize o próprio funcionamento da empresa. Precedentes. 2. A respeito do tema em discussão (possibilidade de penhora sobre o faturamento), o acórdão recorrido consignou que não houve comprovação, pela Exequente, de que não foram encontrados outros bens, livres e desembaraçados para a constrição, não se caracterizando a situação excepcional a justificar a determinação da incidência de penhora sobre o faturamento da executada. 3. Na esteira dos precedentes desta Corte, reexaminar o entendimento ora transcrito, conforme busca a ora agravante demanda o revolvimento de matéria fático-probatória dos autos, inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 4. Decisão agravada que se mantém por seus próprios fundamentos. 5. Agravo regimental não provido.

Pelo entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça esposado, fica constatado que as empresas têm também proteção a penhora de contas bancárias, dentro dos balizamentos destacados. As empresas, que igualmente são geradoras de emprego e renda a milhões de brasileiros também merecem a defesa, no que for pertinente. Contudo, nesse aspecto, não se estão defendendo os maus pagadores, mas exatamente o funcionamento empresarial que emprega e gera impostos ao poder Público, ou seja, exatamente na busca do atendimento ao aludido interesse público ou coletivo.

Passar-se-á a estudar as consequências na execução patrimonial.

8 REFLEXOS NO DIREITO AO CRÉDITO E NA EXECUÇÃO CIVIL

A execução deve recair sobre o patrimônio disponível do devedor.

A norma é extraída dos artigos 789, 824 e 825 do Código de Processo Civil, que determinam ao devedor responder, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Esta é a dicção legal:

Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Art. 824. A execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais.

Art. 825. A expropriação consiste em:

I - adjudicação;

II - alienação;

III - apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens.

Evidente, portanto, que os bens impenhoráveis estão excluídos da execução patrimonial, e não poderão ser expropriados para satisfazer o credor nas execuções judiciais.

É cediço que a execução não incide sobre a pessoa do devedor, por questões políticas, não admitindo-se logo a prisão por dívida, salvo nos casos de inadimplemento voluntário ou inescusável de pensão alimentícia, eis que o Supremo Tribunal Federal julgou inconstitucional a prisão civil do depositário infiel, editando inclusive a Súmula Vinculante nº 25: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.”

Inexistindo bens à penhora, e tendo em vista que a execução é patrimonial e não pessoal, como regra, eis que a execução tramita com o objetivo de expropriar bens do devedor ou alienação dos mesmos, conforme a dicção do artigo 824 e 825 do CPC, para que tais bens possam servir ao pagamento do credor, alcançando com isso a satisfação do direito do credor.

A execução civil poderá ser suspensa nos casos do procedimento processual do Código de Processo Civil (artigo 921, CPC)⁷, aguardando-se a localização de bens do devedor, por exemplo. Pode ser também suspensa pelo período de 01 ano no processo executivo fiscal, nos termos do § 2º do artigo 40 da Lei 6830/80, e arquivado se decorrido o prazo prescricional; ou pode ser extinto o processo nos casos submetidos aos Juizados Especiais Cíveis (nos termos do artigo 53, § 4º da Lei 9.099/95), em prejuízo a imediata efetividade processual.

O acolhimento de elementos da tese do patrimônio mínimo trará, portanto, repercussões na seara das execuções, e, por conseguinte, na efetividade processual imediata.

⁷ Art. 921. Suspende-se a execução:

I - nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber;

II - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução;

III - quando o executado não possuir bens penhoráveis;

IV - **se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes** e o exequente, em 15 (quinze) dias, **não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis;**

V - quando concedido o parcelamento de que trata o art. 916.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o **juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano**, durante o qual se suspenderá a prescrição.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano sem que seja localizado o executado ou que sejam encontrados bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis.

§ 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente.

§ 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.

Isto porque certamente pela vedação da disponibilidade de um patrimônio mínimo reservado, haverá afetação à satisfação de créditos judiciais, e, dessarte, afetação ao direito de crédito em geral e de sua garantia.

Importante perceber que, há patrimônio do devedor que é considerado um óbice à satisfação do crédito, isto porque existem bens indispensáveis à vida digna, e também um óbice à execução no que tange ao interesse do credor, que neste ponto, vale lembrar, não pode suplantar (DONIZETTI, 2017, p. 596):

O patrimônio do devedor, em alguns casos, também representa óbice legítimo à ampla atuação da execução forçada, pois existem certos bens indispensáveis à vida digna do executado que não pode ser objeto de penhora, sob pena de frustrarem direitos fundamentais em prol de direitos patrimoniais do credor.

De frisar-se ainda que a efetivação do direito ao crédito não pode ser feita de toda forma, sobressaltando direitos sociais e garantias constitucionais, devendo portanto, ser respeitado o princípio da menor onerosidade do demandado⁸ (DONIZETTI, 2017, p. 596):

Por fim, embora a satisfação do crédito exequendo não deva ceder perante atitudes protelatórias do mau pagador, não se pode alcançar tal objetivo a todo custo. Também na execução faz-se necessária a observância do devido processo legal, devendo os meios processuais serem empregados, quando possível, do modo menos gravoso ao devedor.

Neste sentido, identifica-se que há a necessidade de fazer a diferença entre o devedor pontual e ocasional, que, sobretudo, não teve expressa má-fé na constituição do débito, com os que se utilizam indevidamente de legítimos direitos conferidos pelo ordenamento jurídico para praticarem o inadimplemento (DONIZETTI, 2017, p.597).

Especialmente quanto ao bem de família – um dos elementos que demonstram a existência do Estatuto do patrimônio mínimo – Ritondo (2008, p.140) explicita que o Estado tem sensibilidade aos enfrentamentos econômicos das famílias brasileiras, proporcionando desde a Lei 8.009/90 o que denomina de política de proteção ao grupo familiar (RITONDO, 2008, p. 140):

Diante desse quadro, é inegável a sensibilidade do Estado aos percalços econômicos enfrentados pelas famílias brasileiras, tendo em vista as diversas adaptações implementadas no instituto do bem de família, seja facilitando-lhe o acesso, seja

⁸ Art. 805, CPC. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

ampliando seu objeto ou propiciando sua extensão às diversas formas de entidades familiares. A impenhorabilidade outorgada pela Lei nº 8009/1990 é o instrumento mais representativo dessa política de proteção do grupo familiar e, conseqüentemente, de seus membros, fruto da valoração consolidada na Constituição Federal de 1988.

Em menção a esse tópico, não se pode olvidar que, a ponderação entre os princípios em debate é medida que se faz necessária, cabendo ao intérprete a sua implementação no caso concreto. De outro giro, importante também lembrar que o próprio credor pode atravessar períodos difíceis, cabendo a ele à proteção e à aplicação do princípio da dignidade humana.

Para Alexi (2008, p.87), não existe a visão de complementariedade dos princípios em relação às regras, pois “regras e princípios serão reunidos sob o conceito de norma.” Prossegue evidenciando o dever ser de ambos – isto é, que as regras e os princípios expressam (ALEXI, 2008, p. 93):

Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. (...) Toda norma é ou uma regra ou um princípio.

Por fim, quanto a colisão entre princípios, a solução é dada através de modo diverso. Se há a colisão entre dois princípios, um dos dois princípios terá que ceder. Ou melhor, um princípio terá precedência sobre o outro, em determinadas condições. E, sobre outras condições, aplicar-se-á o outro. Mas isso, “não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção.” (ALEXI, 2008, p.93)

9 CONCLUSÃO

Em se tratando do direito civil, pode ser denotada uma repersonalização ou despatrimonialização. Isto se dá a partir de uma mudança na forma no próprio Estado.

O Estado Liberal, identificador de um individualismo exacerbado, garantido da liberdade formal, atravessa uma mudança para a busca da concretização dos direitos sociais. Dentre estes direitos estão, a dignidade a pessoa humana, o direito à moradia, à satisfação de necessidades mínimas, na realização da República.

No contexto de um direito civil voltado mais propriamente para a pessoa e não somente para o patrimônio e o individualismo, é que se assevera o Estatuto do patrimônio mínimo. Denota-se com isso que o Estatuto do Patrimônio mínimo não se esgota pelos diversos institutos estudados, mas também se identifica por eles. Assim, a proteção ao patrimônio mínimo não está atrelada à exarcerbação do indivíduo. Não se entende por voltar a um direito solitário do individualismo, patrimonialista.

A estipulação do mínimo existencial, então, dirá respeito a sociedade e não se propõe aos extremos. O mínimo existencial não é menos e nem é ínfimo, seria então, um conceito apto a construção do razoável e do justo ao caso concreto.

O conflito deve ser resolvido por meio de um sopesamento entre os interesses conflitantes. É o que deve haver, portanto, no caso concreto, ao analisar o conflito entre o direito constitucional à dignidade humana, garantindo-se o Estatuto do patrimônio mínimo existencial e, de outro lado, o direito à satisfação do crédito e das execuções judiciais.

Enfim, não se pode olvidar que o Estatuto denotará reflexos no que pertine como consequências na execução judicial civil de créditos e direitos. Contudo, na ponderação entre esses valores deve ser exercida legitimamente pelo intérprete ou pelo jurista, desde que sem fraudes ou sem atos prejudiciais ao próprio ordenamento jurídico e à sociedade, e, em sendo o caso, devem buscar o favorecimento da satisfação de necessidades elementares, para atender aos fundamentos da República Federativa do Brasil.

10 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Consultado em: 28 Abr. 2018.

_____. **Lei 10.406 de 11 de janeiro de 2002**. Institui o Novo Código Civil brasileiro. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Consultado em 28 Abr. 2018.

_____. **Lei 8.009 de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8009.htm>. Consultado em: 28 Abr. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31.ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito processual Civil**. 20.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

RITONDO, Domingo Pietrangelo. **Bem de Família**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos**. Autonomia da Vontade e Teoria da Imprevisão. 2.ed.São Paulo: Atlas, 2006.

SIDOU, J. M. OTHON. **Dicionário jurídico**. 11.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

STF. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Consultado em: 28 Abr. 2018.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 199900393660, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, DJ DATA: 18/09/2000. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Consultado em: 28 Abr. 2018.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 199800226621, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, DJ DATA: 19/03/2001. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Consultado em: 28 Abr. 2018.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 199700466035, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ DATA: 05/08/2002. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Consultado em: 28 Abr. 2018.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. EREsp 199901103606, Corte Especial, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ DATA: 07/04/2003. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Consultado em: 28 Abr. 2018.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 200300303497, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJ DATA: 01/12/2009. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Consultado em: 28 Abr. 2018.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 199800877231, Rel. Min. ARI PARGENDLER, DJ DATA: 17/10/2005. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Consultado em: 28 Abr. 2018.

STJ. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp 200101316473, Rel. Min. NANCY ANDRIGUI ARI PARGENDLER, DJ DATA: 14/10/2002. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/>

Resposta>. Consultado em: 28 Abr. 2018.

STF. **Supremo Tribunal Federal**. RE 407688, DJ DATA: 08.02.2006. Disponível em: <<http://columbo2.cjf.jus.br/juris/unificada/Resposta>>. Consultado em: 28 Abr. 2018.

STOLZE, Pablo. **Direito Civil. Família**. Novo Curso de Direito Civil. Vol. VI, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

**Submetido em 17 fev. 2019. Aceito em 04 jun. 2019.*



ÉTICA MÉDICA E ERRO MÉDICO: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO E DA MEDICINA.

Mayrenne Trigueiro Pereira Loureiro*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Ética Médica e Erro Médico: Direito e Medicina; 3. Responsabilidade legal; 4. Jurisprudência acerca do Erro Médico e a Ética Profissional Médica; 5. Conclusão; 6. Referências.

RESUMO

O texto aborda a Ética Profissional Médica e o Erro Médico dentro do contexto da interdisciplinariedade do Direito e da Medicina. Inicialmente esboça a Ética Médica e o Erro Médico, tratando seus conceitos e pressupostos. Aborda espécies de responsabilidade civil, além da responsabilidade civil do médico, questionando a obrigação do médico como de meio ou resultado. Finaliza abordando as jurisprudências brasileiras acerca do Erro Médico e o entendimento da Ética Profissional Médica aplicadas como formas de reparação do dano causado pelo médico.

Palavras-chave: Ética Médica. Erro Médico. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

The text addresses the Professional Medical Ethics and the Medical Error within the context of the interdisciplinarity of Law and Medicine. Initially outlines the Medical Ethics and the Medical Error, treating its concepts and assumptions. It deals with species of civil liability, in addition to the civil liability of the physician, questioning the physician's obligation as a means or result. It ends by addressing the Brazilian Jurisprudence about the Medical Error and the understanding of the Medical Professional Ethics applied as ways of repairing the damage caused by the physician.

Keywords: Medical Ethics. Medical error. Civil responsibility.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre a Ética e a Medicina se assenta numa comunicação humanizada, com a observância do respeito à dignidade da pessoa humana que o paciente merece receber. Por

* Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Potiguar (UNP). Aluna do Programa de Doutorado Intensivo em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires - UBA. Co-autora do livro *Efetividade Constitucional* da editora Juspodium e do livro *Reflexiones Sobre Derecho Latino Americano*. Atuou como Professora Universitária da Graduação em Direito. Advogada. Email: mayrennetrigueiro@hotmail.com

outro lado, esse paciente e sua família também necessitam ser éticos e não cometer excessos em suas condutas.

Contudo, um resultado indesejável pode ocorrer em qualquer atividade humana, inclusive quando for praticado por profissionais competentes e renomados. Daí surge uma categoria particular de ato profissional que é o ato médico, podendo ocorrer nesse ato profissional do médico um resultado infeliz, como o denominado erro médico.

Nesse sentido, denota-se uma relação entre a ética médica e o erro médico. Malgrado, numa primeira visão possa aparentar que a relação entre as ciências médicas e jurídicas sejam ciências distintas, mas não é essa a melhor interpretação, haja vista elas em diversas ocasiões na verdade se suplementam e complementam.

Para tanto, doutrina e jurisprudência buscam encontrar um ponto de convergência, no qual, se garanta direitos fundamentais básicos aos seres humanos, e além disso, busca soluções para eventuais conflitos. Dessa forma, o médico que causar danos ou prejuízo ao paciente no exercício de sua profissão, sejam eles materiais, morais ou estéticos, faz surgir para si a obrigação de reparar o dano.

Constata-se que a responsabilização do médico é dita como subjetiva, portanto, sendo indispensável a comprovação de dolo ou culpa. Com isso, verifica-se a indispensabilidade de se apurar o elemento subjetivo.

E, malgrado se possa haver comportamento doloso por parte do médico, quando se aduz em erro médico, o enfoque se torna a imprudência, negligência ou imperícia.

Nesse diapasão, apresentando o presente trabalho como tema a ética profissional médica e o erro médico, buscar-se-á estudar como ponto nodal a responsabilidade civil do médico no exercício da sua profissão. Haja vista exercer uma atividade essencial de relevante interesse social, lidando com a vida, o maior patrimônio do ser humano e bem jurídico tutelado pelo Estado.

Por fim, sob tal panorama, enfatizando os deveres do médico para com seu paciente no exercício de sua profissão, acaso descumpra a obrigação da prestação de serviços médicos, abordar-se-á ainda neste trabalho as diferentes formas de reparação do dano ocasionado por erro médico.

2 ÉTICA MÉDICA E ERRO MÉDICO: DIREITO E MEDICINA

O primeiro passo para o conhecimento de algo é aproximar-se do objeto e adquirir dele uma noção adequada. Assim, o que é ética? Alguns doutrinadores fazem distinção entre ética e moral, outros não fazem essa diferença.

Numa visão pragmática, há quem sustente que a moral é ampla e abrangente. Quando suas normas são positivadas, está-se a falar de ética. Por isso é que existem Códigos de Ética e não Códigos de Moral.

No dizer de Vázquez (2017, p. 12), Ética é a ciência do comportamento moral dos homens em sociedade. E o objeto da ética é a moral, que é um dos aspectos do comportamento humano.

A célere e a profunda modificação do mundo comportamental não poderia deixar de alterar também o modo de se conceber e de se vivenciar a ética, tendo em vista que tudo se impregnou de atenção ética, seja diante da preocupação com o ambiente, ou poder das comunicações ou da vulnerabilidade da política, por exemplo.

Ou melhor, basta pensar no erro médico, no erro de engenharia ou no controle de voos, que não há pensador que não tenha deixado de pensar sobre o acerto ou desacerto dos atos humanos, portanto, desde os tempos mais remotos a ideia de ética é preocupante pelos resultados nefastos que pode gerar.

Toda pesquisa de opinião levada a efeito no Brasil neste século constata que uma das maiores preocupações do indivíduo é com a saúde, pois, a Constituição de 1988 assegurou a saúde como direito universal garantido a todos. Mas entre promessa e seu cumprimento há uma distancia incomensurável. Diante disso, as autoridades públicas necessitam se conscientizar de que a saúde é um bem da vida essencial (NALINI, 2016, p. 38).

Pode-se depreender que o século XXI se caracteriza pelo conhecimento da interdisciplinaridade, eis que não é suficiente conhecer profundamente um assunto, sem contextualizá-lo. Portanto, a Ética relaciona-se tanto com o Direito quanto a Medicina, dentre outras ciências.

A Ética na Medicina trata-se de uma questão muito simples e basilar ao considerar em qualquer hipótese o paciente como um ser humano, independentemente das sofisticações dos equipamentos, dos exames cada vez mais bem elaborados ou das certezas científicas dos diagnósticos.

A relação entre a Ética e a Medicina se assenta numa comunicação humanizada, com a observância do respeito à dignidade da pessoa humana que o paciente merece receber. Por outro lado, esse paciente e sua família também necessitam ser éticos e não cometer excessos em suas condutas.

Contudo, um resultado indesejável pode ocorrer em qualquer atividade humana, inclusive quando for praticado por profissionais competentes e renomados. Daí surge uma categoria particular de ato profissional que é o ato médico, podendo ocorrer nesse ato profissional do médico um resultado infeliz, como o denominado erro médico.

O erro médico pode ser expressado de várias maneiras: erro técnico ou má prática profissional, *mala praxis* médica, conduta imprópria ou inadequada, falha ou falta médica, podendo ocorrer por ato omissivo ou comissivo.

Do ponto de vista jurídico, o erro médico é o mau resultado involuntário do trabalho médico, sem a intenção de produzi-lo, isso é o que de fato interessa para o conceito do erro médico.

Gomes e França (1998, *online*) assevera com muita sensibilidade que, o “erro médico é a conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica capaz de produzir um dano à vida ou à saúde de outrem, caracterizada por imperícia, imprudência ou negligência”. Reiterando (GOMES; FRANÇA, 1998, *online*):

Erro médico é o dano provocado no paciente pela ação ou inação do médico, no exercício da profissão, e sem a intenção de cometê-lo. Há três possibilidades de suscitar o dano e alcançar o erro: imprudência, imperícia e negligência. Esta, a negligência, consiste em não fazer o que deveria ser feito; a imprudência consiste em fazer o que não deveria ser feito e a imperícia em fazer mal o que deveria ser bem feito. Isto traduzido em linguagem mais simples.

A expressão erro médico pode configurar, na verdade, um resumo do entendimento de erro profissional de médico, sendo, portanto, uma categoria particular de ato profissional.

O Conselho Federal de Medicina (2018, *online*) na exposição de motivos da Resolução n. 1627/2001, enfatiza que o erro médico “não é restrito aos médicos, ainda que estes sejam muito mais cobrados por sua prática”, logo, disciplina que, apesar de comumente se empregar a expressão erro médico, esse tipo de erro não é restrito a esses profissionais, eis que pode acolher outros da área de saúde.

Enquanto, para a Ciência do Direito, o erro médico ao se revelar passa a interessar ao campo do Direito Civil, no pertinente a responsabilização do causador do dano com vista ao ressarcimento do prejuízo causado, e ao campo do Direito Penal, para a penalização do culpado, face à conduta ilícita causadora de lesão física ou de homicídio culposo (POLICASTRO, 2013, p. 03).

Frente ao exposto, a Constituição do Brasil de 1988 explicita com veemência o princípio da moralidade, e um dos princípios regedores da República é o da dignidade da

pessoa humana, significando a impossibilidade de se desrespeitar qualquer ser humano, destarte, é este considerado como um princípio emblemático da moralidade.

3 RESPONSABILIDADE LEGAL

Aprioristicamente, importante frisar que, como regra, a atividade médica envolve obrigação de meios¹, ou seja, o médico tomará para si o dever de empregar todos os meios e recursos disponíveis ao seu alcance, para combater o mal ou atingir o melhor resultado possível, conforme previsto no artigo 32 do atual Código de Ética Médica brasileiro (2010, *online*).

Capítulo V - Relação com pacientes e familiares. É vedado ao médico:

Art. 31. 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.

Art. 32. Deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente. (grifo nosso)

É verdade que, nos contratos de prestação de serviços médicos, o profissional se compromete a cuidar do enfermo, empregar meios, conselhos e procedimentos adequados, porém sua ação não consiste em garantir a cura, ou seja, o médico não deve prometer o resultado, mas dedicação para melhorar a saúde do paciente, até porque, vale ressaltar, a Medicina é a arte do possível!

Nesse sentido, ratifica o que dispõe o Código de Ética Médica, no capítulo terceiro relativo à responsabilidade profissional, quando afirma que é vedado ao médico deixar de atender em setores de urgência e emergência, quando for de sua obrigação fazê-lo, expondo a risco a vida de pacientes; sendo ainda vedado atribuir seus insucessos a terceiros e a

¹ Na obrigação de meio, o devedor obriga-se a fornecer os meios necessários para a realização de um fim, sem se responsabilizar pelo resultado. Cabe ao devedor desenvolver todos os esforços e cuidados necessários à consecução do resultado, mas não se obriga ao resultado.

É polêmica a definição da natureza jurídica da cirurgia estética ou corretiva, quando o paciente busca apenas melhorar sua aparência. A doutrina majoritária e julgados entendem que trata-se de uma obrigação de resultado, seria então uma exceção.

CIVIL E PROCESSUAL - CIRURGIA ESTÉTICA OU PLÁSTICA - OBRIGAÇÃO DE RESULTADO (RESPONSABILIDADE CONTRATUAL OU OBJETIVA) - INDENIZAÇÃO - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. I - Contratada a realização da cirurgia estética embelezadora, o cirurgião assume obrigação de resultado (Responsabilidade contratual ou objetiva), devendo indenizar pelo não cumprimento da mesma, decorrente de eventual deformidade ou de alguma irregularidade. II - Cabível a inversão do ônus da prova. III - Recurso conhecido e provido. (TJPR, REsp 81.101/PR, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 13.04.1999, DJ 31.05.1999 p. 140) Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=CIRURGIA+EST%C3%89TICA+OU+PL%C3%81STICA>. Acesso em: 13 maio 2018.

circunstâncias ocasionais, exceto nos casos em que isso possa ser devidamente comprovado, pois a responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida. Nessa senda, a normatização referida proíbe ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência.

Diante dessas considerações, há julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP, 2017, *online*)² atribuindo falta culposa no desempenho do ofício, quando se revele erro grosseiro, seja no diagnóstico, seja no tratamento clínico ou cirúrgico, ou ainda no abandono do paciente, decidindo, todavia, que a conduta profissional suscetível de engendrar o dever de reparação se define com fundamento em prova pericial.

O surgimento da responsabilidade médica ocorre quando aparece a relação de confiança do doente no médico, seja essa relação contratual ou extracontratual. Assim, a responsabilidade se inicia quando o médico se dispõe a atender o paciente enfermo para encontrar a cura, tentar diminuir os efeitos da doença ou controlar a enfermidade.

Essa responsabilidade do médico quase sempre nasce natural e tacitamente por meio de contrato verbal, onde o médico se compromete a usar seus conhecimentos para diminuir os efeitos da enfermidade e procurar a cura, logo, raramente advém de acordo escrito.

Atente-se, inicialmente, para a regra de que, o profissional que comete ato ilícito, pela má prática de forma culposa, recairá sobre ele, como consequência, a responsabilidade legal, sempre que agir com imprudência, negligência ou imperícia, comprometendo a vida ou a saúde de seu paciente.

A responsabilidade legal do médico, ou melhor, dos profissionais de saúde, seja médicos, dentistas, veterinários, enfermeiros, entre outros, pela má prática, pode ser aquilatada em três campos distintos, ou seja, espraia-se por três ramos do Direito: Direito Penal, Direito Civil e Direito Administrativo, contudo, conforme dito, apesar de searas distintas, podem influenciar-se mutuamente. Assim, diante do *malpractice* surge para o profissional de saúde a responsabilidade penal, civil e administrativa.

É cediço que, civilmente, sem dano material, moral ou estético, não há o que reclamar, eis que a indenização sempre pressupõe a existência de dano ou prejuízo. Assim, havendo uma lesão, ela estará indissociavelmente ligada à reparação. Contudo, é fato que pode existir erro médico sem dano, pasmem!

Nas demandas indenizatórias baseadas no erro médico, cabe ao paciente ou a quem o representa, provar o fato e a conduta médica que o vitimou, pois é regra de direito que, os

² TJSP – APELAÇÃO: Ap nº 0136613.04.2012.8.26.0100. Relator: Des. Piva Rodrigues. DJ 10/08/17.

fatos afirmados em juízo devem ser provados por quem alega. Trata-se da norma do ônus *probandi*³ prevista no artigo 373, I, do Código de Processo Civil. E, como consequência lógica, incumbe ao réu, o imputado causador do dano, demonstrar a inexistência do direito invocado pelo autor ou a existência de qualquer acontecimento impeditivo do exercício daquele direito.

Não obstante, o Código de Defesa do Consumidor ter estabelecido a responsabilidade objetiva aos fornecedores de serviços, não abrangeu, quanto a isto, os profissionais liberais⁴, e aí estão os médicos, que respondem subjetivamente perante o paciente apenas quando a culpa estiver evidenciada.

Nesse caso, trata-se da regra consumerista prevista no artigo 14, §4º, responsável por afirmar que a relação de consumo será celebrada com profissional liberal, se o for *intuito personae*, pois nas palavras de Nery (2015, p. 196), se ocorrer a hipótese de o consumidor procurar os serviços de qualquer profissional liberal, não o contratando pela sua própria pessoa, a responsabilidade pelos danos causados ao consumidor será objetiva.

O Código de Ética Médica (CEM), em seu capítulo 1 referente aos Princípios Fundamentais XIX e XX, e Parágrafo único do artigo 1º, enfatiza que no caso da atividade médica de natureza personalíssima, a responsabilidade será subjetiva, sendo necessário ser provada, senão anote-se:

Capítulo I - PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

XIX - O médico se responsabilizará, em caráter pessoal e nunca presumido, pelos seus atos profissionais, resultantes de relação particular de confiança e executados com diligência, competência e prudência.

XX - A natureza personalíssima da atuação profissional do médico não caracteriza relação de consumo.

Art.1º, Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.

A teor do Código de Ética Médica declarar que a atividade médica não encerra relação de consumo, o entendimento jurisprudencial do STJ é no sentido de que não exclui a Lei 8.078/90, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor, e este se aplica aos profissionais liberais, é o que se pode extrair de julgados desse tribunal superior. De acordo com o CDC, a responsabilidade destes profissionais é subjetiva, e isto não exclui a aplicação de igual modo dos demais preceitos legais consumeristas a tal atividade, a exemplo da prescrição do art. 14,

³ Prova é o conjunto dos meios empregados para demonstrar a existência de um ato jurídico.

⁴ Profissional liberal é o não-empregado, ou não deve exercer sua atividade mediante vínculo empregatício, com subordinação hierárquica. É aquele que trabalha por conta própria, geralmente autônomo, exercendo sua atividade por livre opção e livre escolha do cliente.

§4º do mesmo *Codex* “§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.”.

Assim, a responsabilidade do médico pressupõe o estabelecimento do nexo causal entre a causa e efeito da alegada falta médica, tendo em vista que, embora se trate de responsabilidade contratual – cuja obrigação é de meio –, é subjetiva, devendo ser comprovada ainda a culpa do profissional, conforme verberou o TJMS no processo em andamento de Indenização por Dano Moral – DJ 20/08/2018 (TJMS, 2018, *online*).

Por conseguinte, “Este é, sem dúvida, o ponto nodal do debate judiciário sobre a responsabilidade médica: quem deve provar o que? A situação é delicada, pois as duas partes não estão em pé de igualdade: o paciente nada sabe de medicina.” (KFOURI NETO, 2002, p. 39).

Sendo o médico detentor do saber técnico-científico necessário ao tratamento do enfermo, e em melhor situação para abonar o acerto da sua conduta profissional, a regra do ônus da prova pode ser invertida.

O Código de Defesa do Consumidor coloca entre os direitos básicos do consumidor a facilitação da defesa de seus direitos possibilitando, destarte, a inversão do ônus da prova (art.6º, VIII), de modo que o prejudicado apenas precisará revelar o resultado danoso causado pela atividade médica a que se submeteu.

Para se livrar da responsabilidade, caberá ao médico, provar não ter sido o culpado pelo dano, demonstrando que prestou o serviço adequadamente com os meios ao seu alcance; que aplicou corretamente os conhecimentos e técnicas disponíveis; que não descuidou do paciente, dentre outras formas contundentes de demonstração do cumprimento do seu dever (POLICASTRO, 2013, p. 130).

Consectário legal é simples no sentido de que o juiz não está obrigado a inverter o ônus da prova; poderá sim, fazer uso da inversão descrita no CDC, por exemplo, quando o prejudicado for hipossuficiente. Sendo neste momento importante se frisar que, a hipossuficiência respeita tanto à dificuldade econômica quanto à dificuldade em produzir e obter provas frente a alguém mais favorecido pelos conhecimentos técnicos. É a vulnerabilidade, que deve ser mais destacada.

Assim, o profissional liberal médico somente será responsabilizado por atos pessoais na Medicina se for verificada a existência de culpa. Porém, o magistrado poderá inverter o ônus da prova, fazendo com que o profissional demonstre ter agido com respeito às mais indicadas orientações técnicas. Neste sentido, vejamos a jurisprudência brasileira.

4 JURISPRUDÊNCIA ACERCA DO ERRO MÉDICO E A ÉTICA PROFISSIONAL MÉDICA

Em menção a este tópico, referente à ética profissional médica e jurisprudência acerca de erro médico, avultam alguns aspectos particulares que devem ser postos em destaque. Importante perceber que acaso o médico incorra na má prática e cause dano a paciente, deverá responder ou reparar o prejuízo, eis que cometeu um ato ilícito.

A reparação do prejuízo decorrente de erro médico ocorrerá mesmo que seja essa consequência proveniente de assistência médica paga ou mesmo diante da prestação de serviço gratuita, ou seja, independente da forma de remuneração da prestação de serviço, ou mesmo qual seja a natureza da atividade profissional, tendo em vista que o direito à vida e à incolumidade pessoal são bens essenciais do ser humano.

O trabalho do médico, ainda que gratuito, deve respeito ao zelo profissional, e é vedado ao médico causar dano, por imprudência, negligência e imperícia.

Pode-se encontrar raízes para o ajuizamento das ações indenizatórias pelos danos decorrentes de erro médico, tanto no artigo 5º, inciso X, da atual Constituição federal brasileira, como no Código Civil que também agasalha a reparabilidade dos danos, definindo o ato ilícito previsto no artigo 186, e consequentemente disciplina o dever de indenizar, sendo o caso de matéria tratada sobre responsabilidade civil no art. 927 do mesmo Código⁵.

Nesse norte, o Código de Ética Médica (CEM, 2010) também disciplina essa temática como descrito no seu Capítulo III - Responsabilidade profissional, quando diz que “é vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. Parágrafo único. A responsabilidade médica é sempre pessoal e não pode ser presumida.” O CEM ainda prescreve que o médico deve oferecer ao doente em seu tratamento o melhor de sua capacidade para salvar-lhe a vida, devolver-lhe a saúde ou manter sua integridade física, mas se por culpa causar dano ao paciente, deverá responder.

No mais, no que tange à competência⁶, a ação de reparação de dano, ocasionado por falhas em serviços médicos, hospitalares ou laboratoriais, poderá ser ajuizada tanto no foro do

⁵ Artigo 186, CC: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” E, ainda o artigo 927, CC: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.”

⁶ No que pertine à competência, tem-se alguns dispositivos correlatos no CPC e no CDC. Neste CDC, existe o CAPÍTULO III - Das Ações de Responsabilidade do Fornecedor de Produtos e Serviços - Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas: **I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;** Já em relação ao Código de Processo Civil tem-se o **Artigo 53, IV, CPC- “É competente o foro do lugar do ato ou fato para a ação: a) de reparação de dano;” (grifo nosso).**

domicílio do prejudicado como no foro do lugar em que o dano aconteceu, tudo conforme for mais conveniente à vítima, a fim de facilitar a defesa de seu direito, em respeito ao regramento do Código de Defesa do Consumidor.

Ementa: COMPETÊNCIA. Indenização. Danos. Profissional liberal. Prestação deficiente de serviços médicos. Relação de consumo. Ajuizamento no domicílio do autor. Possibilidade ainda que a responsabilidade dependa de apuração de culpa. Prevalência do artigo 101, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor, sobre o artigo 100, inciso V, "a", do Código de Processo Civil. Exceção rejeitada. Recurso não provido. (TJSP - 7ª Câm. de Direito Privado; AI nº 110.894-4-Bebedouro; Rel. Des. Oswaldo Breviglieri; 26.3.2001. (TJSP, 2001, *online*).

No que tange ao erro médico, exemplifica-se com os seguintes relevantes julgados:

Ementa: DANO MORAL. **ERRO MÉDICO**. FALSO DIAGNÓSTICO. CIRURGIAS INDEVIDAS. PARAPLEGIA. QUANTUM COMPENSATÓRIO MANTIDO. MESMO QUE SE TENHA COMO CERTO QUE A PARAPLEGIA DECORREU DO NÃO TRATAMENTO IMEDIATO À DOENÇA DE QUE A PACIENTE ERA PORTADORA, EM FACE DE DIAGNÓSTICO ERRADO E SUBMISSÃO A CIRURGIAS INDEVIDAS, EVIDENCIA-SE O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O ERRO MÉDICO E AS DESASTROSAS CONSEQUÊNCIAS HAVIDAS. PARA A FIXAÇÃO DO QUANTUM DEVIDO A TÍTULO DE DANOS MORAIS, A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA TEM CONSAGRADO A DUPLA FUNÇÃO: COMPENSATÓRIA E PENALIZANTE, ALÉM DO FATO DE QUE A INDENIZAÇÃO NÃO SE PRESTA A PROPICIAR O ENRIQUECIMENTO DO LESADO. (Processo: APC 20030110878119 DF - Relator(a): CARMELITA BRASIL - Órgão Julgador: 2ª Turma Cível; Julgamento: 26/09/2007 - Publicação: DJU 02/10/2007) (TJDF, 2007, *online*).

Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL - CIRURGIA MAL SUCEDIDA - ERRO MÉDICO - DANO MORAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - Responsabilidade civil. Indenização devida em decorrência de falha médica que resultou na obrigatoriedade da autora de se submeter a nova cirurgia. Dano moral. O sofrimento e a angústia sofridos pelos transtornos que ocorreram após a internação cirúrgica autorizam a indenização pleiteada. (TJRJ - AC 660/97 - (Reg. 090697) - Cód. 97.001.00660 - RJ - 3ª Cív. - Rel. Des. Humberto Perri - J. 15.04.1997)" (TJRJ - Número do Acórdão: AC 660/97 - Código: 97.001.00660 - 3ª Câmara Cível. - Relator: Des. HUMBERTO PERRI - Data de Julgamento: 15/04/1997) (TJRJ, 1997, *online*).

LABORATÓRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RISCO INERENTE. O serviço prestado pelo laboratório fabricante de medicamento insere-se na relação de consumo, e a responsabilidade é objetiva. Situação em que os danos decorrentes da periculosidade inerente não dão ensejo ao dever de indenizar, uma vez que o laboratório fabricante do medicamento ingerido pela autora fez constar, da bula do remédio, todas as possíveis reações alérgicas que eventualmente poderiam ser sentidas pelos usuários. Orientação doutrinária. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70030952246, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 09/12/2009) (TJRS, 2009, *online*).

Responsabilidade civil. Cirurgia de joelho. Queimadura do paciente provocada pela placa de isolamento do bisturi elétrico. Lesões pericialmente constatadas, com seqüela cicatricial. Responsabilidade solidária do hospital e do cirurgião chefe, vinculada à narrativa da inicial. Ausência de quebra ao princípio da congruência. Indenização moral bem arbitrada, tanto quanto os honorários. Juros moratórios

incidentes nos termos da Súmula 54 do STJ. Recursos de apelação e adesivo desprovidos. (70237320058260114 SP 0007023-73.2005.8.26.0114, Relator: Claudio Godoy, Data de Julgamento: 07/02/2012, 1ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/02/2012, grifo nosso) (TJSP, 2012, *online*).

E ainda há outras posições dignas de nota, quando se atender o interesse público, e se verificar a inexistência de prejuízo, senão anote-se:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS DECORRENTES DA REALIZAÇÃO DE EXAME DE HIV NÃO SOLICITADO, POR MEIO DO QUAL O PACIENTE OBTVEVE A INFORMAÇÃO DE SER SOROPOSITIVO - VIOLAÇÃO AO DIREITO À INTIMIDADE - NÃO OCORRÊNCIA – INFORMAÇÃO CORRETA E SIGILOSA SOBRE SEU ESTADO DE SAÚDE - FATO QUE PROPORCIONA AO PACIENTE A PROTEÇÃO A UM DIREITO MAIOR, SOB O ENFOQUE INDIVIDUAL E PÚBLICO - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - O direito à intimidade, não é absoluto, aliás, como todo e qualquer direito individual. Na verdade, é de se admitir, excepcionalmente, a tangibilidade ao direito à intimidade, em hipóteses em que esta se revele necessária à preservação de um direito maior, seja sob o prisma individual, seja sob o enfoque do interesse público. Tal exame, é certo, não prescinde, em hipótese

alguma, da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio basilar e norteador do Estado Democrático de Direito, e da razoabilidade, como critério axiológico;

II - Sob o prisma individual, o direito de o indivíduo não saber que é portador do vírus HIV (caso se entenda que este seja um direito seu, decorrente da sua intimidade), sucumbe, é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida, o direito à vida com mais saúde, o direito à vida mais longa e saudável;

III - Mesmo que o indivíduo não tenha interesse ou não queira ter conhecimento sobre a enfermidade que lhe acomete (seja qual for a razão), a informação correta e sigilosa sobre seu estado de saúde dada pelo Hospital ou Laboratório, ainda que de forma involuntária, tal como ocorrera na hipótese dos autos, não tem o condão de afrontar sua intimidade, na medida em que lhe proporciona a proteção a um direito maior;

IV - Não se afigura permitido, tão-pouco razoável que o indivíduo, com o desiderato inequívoco de resguardar sua saúde, após recorrer ao seu médico, que lhe determinou a realização de uma série de exames, vir à juízo aduzir justamente que tinha o direito de não saber que é portador de determinada doença, ainda que o conhecimento desta tenha se dado de forma involuntária. Tal proceder aproxima-se, em muito, da defesa em juízo da própria torpeza, não merecendo, por isso, guarida do Poder Judiciário;

V - No caso dos autos, o exame efetuado pelo Hospital não contém equívoco, o que permite concluir que o abalo psíquico suportado pelo ora recorrente não decorre da conduta do Hospital, mas sim do fato de o recorrente ser portador do vírus HIV, no que o Hospital-recorrido, é certo, não possui qualquer responsabilidade;

VI - Sob o enfoque do interesse público, assinala-se que a opção de o paciente se submeter ou não a um tratamento de combate ao vírus HIV, que, ressalte-se, somente se tornou possível e, certamente, mais eficaz graças ao conhecimento da doença, dado por ato involuntário do Hospital, é de seu exclusivo arbítrio. Entretanto, o comportamento destinado a omitir-se sobre o conhecimento da doença, que, em última análise, gera condutas igualmente omissivas quanto à prevenção e disseminação do vírus HIV, vai de encontro aos anseios sociais; (STJ, 2011, *online*).

Por fim, é certo que a todo direito corresponde uma ação que o assegura. Mas a reivindicação do direito precisa ser exercida dentro de certo prazo, que no caso de obrigação

derivada de erro médico, toma-se como marco inicial o momento do conhecimento do dano e do seu autor, instante este que o titular do direito poderá reclamar contra a situação injurídica de que foi vitimado, e além de tudo pela gravidade da falta de ética médica.

5 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, pode-se ratificar os princípios fundamentais da ética médica, os quais afirmam que a medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade, a qual será exercida sem discriminação de nenhuma natureza. Pois, para exercer a medicina com honra e dignidade, o médico necessita ter boas condições de trabalho e ser remunerado de forma justa.

Ao médico cabe zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da medicina, bem como pelo prestígio e bom conceito da profissão, competindo a ele ainda aprimorar continuamente seus conhecimentos e usar o melhor do progresso científico em benefício do paciente. E ainda, o médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade, sob pena de sofrer a devida responsabilização dos seus atos.

Com isso, à vista das informações, o alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional. Embora, muitas das vezes não é assim que ocorre na prática.

Pasmem! Enquanto a ciência avança e a cada instante surpreende, o campo moral parece mergulhar em penumbra, senão em completa escuridão. Mesmo assim, mister caminhar e prosseguir a jornada, pois viver eticamente deverá ser um compromisso a ser renovado constantemente.

6 REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CHALITA, Gabriel. **Os dez mandamentos da ética**. 2. ed. São Paulo: Nova Fronteira, 2009.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Anexo à Resolução CFM nº 1.627/2001**, exposição de motivos. Disponível em: <www.cfm.org.br>. Acesso em: 07 jan 2018

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Moral Médica**. Disponível em:

<<http://www.portalmedico.org.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica**: resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) / Conselho Federal de Medicina – Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução CFM Nº 1931/2009**. Publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2009, Seção I, p. 90 e Retificação publicada no D.O.U. de 13 de outubro de 2009, Seção I, p.173. Aprova o Código de Ética Médica. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br>>. Acesso em: 13 fev. 2018.

D'ÁVILA, Roberto Luiz. **O ato médico e a relação médico-paciente**. O ato médico: aspectos éticos e legais. Rio de Janeiro: Rubio, 2002.

FRANCO A. **La seguridad clínica de los pacientes**: entendiendo el problema. Colomb Med [periódico na internet] 2005. Disponível em <<http://colombiamedica.univalle.edu.co/vol36no2/cm-36n2a10.pdf>>. Acesso: 13 fev. 2018.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito Médico**. 14. ed. São Paulo: Forense, 2017.

GOMES, Júlio Cezar Meirelles. FRANÇA, Genival Veloso. **Iniciação à Bioética**. Parte IV – Bioética Clínica. Erro Médico. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. Disponível em: <www.pucrs.br>. Acesso em: 07 jan. 2018.

KFOURI NETO, Miguel. **Culpa Médica e Ônus da prova**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NALINE, José Renato. **Ética geral e profissional**. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson e Rosa Maria de Andrade Nery. **Leis Civis e Processuais Civis Comentadas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

POLICASTRO, Décio. **Erro Médico e suas consequências jurídicas**. 4. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

SIQUEIRA, José Eduardo. A bioética e a revisão dos códigos de conduta moral dos médicos no Brasil. **Revista Bioética**, Brasília, 2008, p. 85-95, 2008. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/modificacaoem/arquivos/artigo_completo_jose_eduardo.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

STJ. **RECURSO ESPECIAL**: Processo: REsp 1195995 / SP - 2010/0098186-7. T3 - Terceira Turma Relator(a): Ministra NANCY ANDRIGHI (1118); Relator(a) p/ Acórdão: Ministro Massami Uyeda (1129). Data do Julgamento: **22/03/2011**; Data da Publicação/Fonte: DJe 06/04/2011. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18785345/recurso-especial-resp-1195995-sp-2010-0098186-7>>. Acesso em: 13 maio 2018.

TJMS. PROCEDIMENTO COMUM - Indenização por Dano Moral – Andamento do Processo n. 0049345-78.2007.8.12.0001 – Juízo de Direito da 4ª Vara Cível -Juiz(a) de Direito Vania de Paula Arantes. DJ 20/08/2018.

TJPR. RECURSO ESPECIAL: REsp 81.101/PR, Rel. Ministro Waldemar Zveiter, Terceira Turma, julgado em 13.04.1999, DJ 31.05.1999 p. 140) Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/busca?q=CIRURGIA+EST%C3%89TICA+OU+PL%C3%81STICA>>. Acesso em: 13 maio 2018.

TJSP. AGRAVO DE INSTRUMENTO: AI nº 110.894-4-Bebedouro; Rel. Des. Oswaldo Breviglieri; DJ 26.3.2001. Disponível em: <http://www.pinhoadvogados.com.br/jurisprudencia/defesa_do_consumidor.asp>. Acesso em: 13 maio 2018.

TJDF. APELAÇÃO CÍVEL: APC 20030110878119 DF - Relator(a): CARMELITA BRASIL - Órgão Julgador: 2ª Turma Cível; Julgamento: 26/09/2007 - Publicação: DJU 02/10/2007. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/busca?q=RELATOR+CARMELITA+BRASIL>>. Acesso em: 18 nov 2018.

TJRJ. APELAÇÃO CÍVEL: AC 660/97 - (Reg. 090697) - Cód. 97.001.00660 - RJ - 3ª C.Cív. - Rel. Des. Humberto Perri - DJ. 15.04.1997. Disponível em: <<https://www.portaldoholanda.com.br/sites/default/files/Indeniza%C3%A7%C3%A3o%20Do%20ris.pdf>>. Acesso em: 18 nov 2018.

TJSP. APELAÇÃO CÍVEL: Ap 70237320058260114 SP 0007023-73.2005.8.26.0114. Relator: Claudio Godoy, DJ: 07/02/2012. Disponível em: <<https://www.portaldoholanda.com.br/sites/default/files/Indeniza%C3%A7%C3%A3o%20Do%20ris.pdf>>. Acesso em: 18 nov 2018.

TJRS. APELAÇÃO CÍVEL. Ap Nº 70030952246, Nona Câmara Cível. Relator: Tasso Caubi Soares Delabary. DJ em 09/12/2009. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19804930/apelacao-civel-ac-70042101105-rs>>. Acesso em: 18 nov 2018.

VÁZQUES, Adolfo Sánchez. **Ética**. 37. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

**Submetido em 17 fev. 2019. Aceito em 11 jun. 2019.*



RECONHECIMENTO JURÍDICO DA MULTIPARENTALIDADE

Nathalie Celestino Ribeiro de Oliveira*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. As novas estruturas familiares; 3. Princípios constitucionais do Direito de Família; 3.1. Princípio da afetividade; 3.2. Princípio da dignidade da pessoa humana; 3.3. Princípio da solidariedade familiar; 3.4. Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; 3.5. Princípio da função social da família; 4. Filiação no direito brasileiro; 5. Reconhecimento jurídico da multiparentalidade; 5.1. A multiparentalidade; 5.2. Posicionamento jurisprudencial antes da decisão do Supremo Tribunal Federal; 5.3. Análise da decisão no Recurso Extraordinário nº 898060; 5.4. Possíveis reflexos jurídicos decorrentes da decisão do STF; 6. Considerações finais; 7. Referências Bibliográficas

RESUMO

A multiparentalidade é a possibilidade do reconhecimento de mais de uma parentalidade, ou seja, da filiação biológica e afetiva concomitantemente. O presente trabalho buscará analisar decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 898060, em que se decidiu pela dupla filiação, biológica e socioafetiva, de forma concomitante com os efeitos jurídicos próprios. Para isso, será realizado um panorama acerca das transformações que a família passou, ao longo dos anos, apresentando as novas estruturas familiares, os principais princípios constitucionais aplicados ao Direito de Família e os critérios de filiação, ademais, será feita uma análise especificada da decisão, bem como serão apresentados possíveis reflexos jurídicos que poderão advir com esse entendimento.

Palavras chaves: Família. Critérios de Filiação. Multiparentalidade. RE nº 898060.

RESUMEN

La multiparentalidad es la posibilidad del reconocimiento de más de una parentalidad, o sea, de la filiación biológica y afectiva, simultáneamente. Este trabajo tendrá como meta analizar la decisión del Plenario del Supremo Tribunal Federal, en el Recurso Extraordinario nº 898060, en que se decidió por dos filiaciones, biológica y afectiva, simultáneamente, con los efectos jurídicos propios. Para eso, será hecho un panorama a respecto de las transformaciones que la familia pasó a lo largo de los años, exponiendo las nuevas estructuras familiares, los principales principios de la Constitución del Brasil, aplicados al Derecho de la Familia y los criterios de filiación. Además, será hecha un análisis especificado de la decisión, bien como, serán presentados posibles reflejos jurídicos que podrán surgir con ese entendimiento.

Palabras clave: Familia. Criterios de Filiación. Multiparentalid. RE nº 898060.

1 INTRODUÇÃO

* Advogada, pós-graduada no curso de Direito de Família e das Sucessões da rede de ensino LFG/Anhanguera. Contato: nathalie.ribeiro@rocketmail.com

É certo que, nos últimos anos, o mundo passou por grandes transformações em diversas áreas, econômica, histórica e cultural. Esse contexto de certa forma refletiu na sociedade e conseqüentemente no ambiente familiar. Antes, a família era patriarcal, biológica e apenas era legitimada pelo matrimônio. Hoje o cenário é diferente, a família se mostra pluralizada, democrática, biológica e socioafetiva, em que se pode constatar a formação de outros arranjos familiares como a união estável, a famílias recompostas, a família monoparental, entre outros.

Nesse perspectiva dos novos arranjos familiares, surge então a tese, da multiparentalidade, em que se reconhece a dupla parentalidade, a filiação socioafetiva e biológica.

O exemplo comum desse fenômeno acontece quando o padrasto cria, educa e cuida do filho de sua companheira como se fosse seu e, em contrapartida, a criança não tem quase nenhum contato com seu pai biológico. Nesse sentido, reconhece-se a dupla paternidade, a filiação biológica, aquele que foi responsável pela parte genética e a filiação socioafetiva, aquele que de fato exerceu a figura paterna.

Nesse contexto, em 21 de setembro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal, analisando o Recurso Extraordinário nº 898060, decidiu pela dupla parentalidade, reconhecendo a tese da multiparentalidade, através do informativo 622 do STF.

Dessa forma, considerando a importância do tema para o Direito de Família, o objeto de estudo do presente trabalho se centrará na referida decisão da Corte, buscando analisar quais as limitações para se aplicar a mencionada tese, bem como os possíveis reflexos que ela possa acarretar.

Para tanto, por estarem envolvidas, ao longo da pesquisa, relações humanas, combinou-se estratégias da pesquisa qualitativa, além da pesquisa bibliográfica, fez-se a análise de fontes como artigos científicos, livros doutrinários e jurisprudência.

Para a realização de tal análise, em um primeiro momento, serão apresentadas as novas estruturas familiares. Após, será feita uma análise dos principais princípios constitucionais do direito de família. Logo depois, será analisado a filiação no direito brasileiro, apresentando os critérios da presunção legal, biológico e afetivo.

Em um segundo momento, será explorado o tema da multiparentalidade em si. Primeiro, será analisado alguns conceitos acerca do tema, após será apresentado um panorama jurisprudencial que existia antes da decisão do STF, em que vigorava posicionamentos favoráveis e contrários ao acolhimento da tese.

Passará então a uma análise da decisão da Suprema Corte do RE nº 898060, a qual fixou a tese na Repercussão Geral 622, que dispõe “paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios”.

Por fim, será analisado possíveis reflexos que surgirão a partir da mencionada decisão, de modo que como ela é recente, ainda não há como afirmar de fato quais serão os efeitos jurídicos decorrentes, pois isso só será constatado na prática, ao longo do estudo dos casos em concreto.

2 AS NOVAS ESTRUTURAS FAMILIARES

A palavra “família” vem do latim “familia” que significa “conjunto de escravos, pertencentes a um só indivíduo” (FIGUEIREDO, p. 886), isto é, um grupo de pessoas ligadas a um ancestral comum. O termo “família” possui muitas acepções em diferentes perspectivas, seja no campo social, biológico ou espiritual, o dificulta delimitá-lo em um conceito único. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 4) dizem haver a necessidade de “um enfoque multidisciplinar para uma compreensão global” do tema.

Antes a família era marcada por um modelo patriarcal, patrimonializado e hierarquizado, em que somente os filhos advindos do casamento eram considerados legítimos. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 12) ainda a caracterizam como heteroparental, biológica e de caráter institucional, eles afirmam (FARIAS, ROSENVALD 2015, p. 5):

Mais ainda, compreendia-se a família como unidade de produção, realçados os laços patrimoniais. As pessoas se uniam em família com vistas à formação de patrimônio, para sua posterior transmissão aos herdeiros, pouco importando os laços afetivos. Daí a impossibilidade de dissolução do vínculo, pois a desagregação da família corresponderia à desagregação da própria sociedade [...].

Assim, visualizava-se uma cultura “do ter” em detrimento “do ser”, em que, na maioria das vezes, os casamentos eram arrançados pelos familiares, não existindo a ideia do amor entre o casal. O que de fato valia era se a família tinha um vultuoso patrimônio, ou seja, nessa época, constituir uma família se mostrava a realização de um verdadeiro contrato entre os pares, o que institucionalizava a organização familiar.

Com a chegada da globalização, o mundo passou por uma série de transformações dentre elas o surgimento de novas tecnologias, o avanço na medicina e uma maior interligação cultural entre os diversos países e essas mudanças foram determinantes para formar esse

contexto atual, a chamada era da pós-modernidade.

Tal período é marcado por uma cultura do provisório, pela efemeridade e pelo relativismo. Conceitos e valores que antes imperavam na sociedade, hoje foram ultrapassados, cedendo espaço para um novo contexto social, cultural e religioso.

É nesse cenário que se pode constatar que a entidade familiar também foi modificada. Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 12) caracterizam a família atual como pluralizada, democrática, de caráter instrumental, igualitária substancialmente, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva. A família não é mais vista como um meio para formar patrimônio, mas é tida como um instrumento em busca da felicidade de seus membros, marcada por uma solidariedade recíproca.

Assim, o elo central que une a família atual é o afeto e não o patrimônio, as relações familiares deixaram de ter um caráter patrimonializado e adotaram um caráter socioafetivo. É nesse contexto que Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 592) constatarem existir o fenômeno da desbiologização da família, em que ela deixa de ser apenas “geneticamente” formada e passa a ser também constituída socioafetivamente, como os filhos adotados e aqueles vindos de outro relacionamento conjugal, por exemplo, o padrasto que tem o filho de sua companheira como seu e passa a criá-lo e educá-lo, surgindo uma relação de afeto entre eles. Maria Berenice Dias (2010, p.42) assevera:

Nos dias de hoje, o que identifica a família não é nem a celebração do casamento nem a diferença de sexo do par ou o envolvimento de caráter sexual. O elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns, gerando um comprometimento mútuo. Cada vez mais a ideia de família afasta-se da estrutura do casamento.

É nesse contexto em que a organização familiar não sendo mais, necessariamente, formada apenas pelo casamento, que surgem então, outras formas de arranjos familiares, o que caracteriza a atual família como pluralizada e não matrimonializada.

A Constituição Federal de 1988 viu a necessidade de proteger essas novas formas de organizações familiares, como se pode observar em seu artigo 226, §§ 3º e 4º (grifo nosso):

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Maria Berenice Dias (2010, p. 44-50) apresenta as seguintes formas de entidades familiares:

- Família matrimonial: aquela considerada tradicional, decorrente do casamento.
- Família informal: são as uniões estáveis, as sociedades de fato, reconhecidas como verdadeiras entidades familiares pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, §3º, conforme mencionado acima.
- Família homoafetiva: são as entidades familiares formadas por pessoas do mesmo sexo, o que caracteriza a família atual também como homoparental.
- Família Monoparental: é a entidade familiar formada por um dos genitores com seus filhos, na forma do artigo 226, §4º, indicado acima. “Tais entidades receberam em sede doutrinária o nome de família monoparental, como forma de ressaltar a presença de somente um dos pais na titularidade do vínculo familiar”. (DIAS, 2010, p. 48). É o exemplo da mãe solteira com seu filho.
- Família Parental ou Anaparental: Sérgio Resende de Barros (2017) explica que este tipo de arranjo familiar “se baseia no afeto familiar, mesmo sem contar com pai nem mãe. De origem grega, o prefixo ‘ana’ traduz ideia de privação (...) Esse prefixo me permitiu criar o termo ‘anaparental’ para designar família sem pais. Maria Berenice (2010, p. 48) afirma que é o exemplo da entidade formada por duas irmãs.
- Família Pluriparental: Paulo Lôbo (2009, p. 73) a conceitua como as estruturas familiares “assim entendidas as que se constituem entre um cônjuge ou companheiro e os filhos do outro, vindos de relacionamento anterior”, são as chamadas famílias recompostas ou reconstruídas.

Desse modo, visualiza-se que a família brasileira está mudando, ao legitimar outras formas de organização familiar, e não apenas a família tradicional constituída pelo casamento, pois o que vigora de fato é o afeto e a solidariedade mútua entre os seus membros, independentemente de grau parentesco ou sexo.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO DE FAMÍLIA

3.1 Princípio da afetividade

Diante da evolução do conceito de família, conforme já demonstrado, hoje o que vigora nas relações familiares é o afeto e não mais o patrimônio.

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão solidária e afetiva, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, traz consigo a afirmação de uma nova feição, agora fundada na ética e na solidariedade. E esse novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 31).

Assim, o afeto se mostra um elemento fundamental para o Direito de Família, norteando o julgador nas soluções dos dilemas familiares. Maria Berenice Dias (2010, p. 72) diz que “o novo olhar sobre a sexualidade valorizou os vínculos conjugais, sustentando-se no amor e no afeto. Na esteira dessa evolução, o direito das famílias instalou uma nova ordem jurídica para a família, atribuindo valor jurídico ao afeto”. Para ela, o princípio norteador do direito de família é o da afetividade.

No entanto, divergindo do posicionamento da nobre civilista, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 34) entendem que “o afeto é relevante para as relações de família, mas não é vinculante e obrigatório. Cuida-se, portanto, de um postulado – e não de um princípio fundamental (o que lhe daria força normativa)”. Eles explicam que o afeto não é um princípio, pois todo princípio jurídico possui força normativa e vinculante, e o afeto sendo um sentimento espontâneo e intrínseco às relações familiares, não caberia ao Poder Judiciário impô-lo, definindo-o como um princípio jurídico.

Nesse sentido, embora haja essa divergência doutrinária, é certo que o afeto é hoje um elemento jurídico fundamental no Direito de Família, solucionando vários conflitos inseridos nas relações familiares.

3.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011, p. 34) afirmam que é um *superprincípio*, sendo difícil conceituá-lo de forma exata, pois se trata de uma verdadeira cláusula geral, com variantes de interpretações.

Com efeito, verifica-se que na sua atuação como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade constitui fundamento e conteúdo de direitos fundamentais (negativos) contra atos que violem ou a exponham a ameaças e riscos, no sentido de posições subjetivas que têm por objeto a não intervenção por parte do Estado e de terceiros no âmbito de proteção da dignidade. (SARLET, 2016, p. 264).

Maria Berenice Dias (2010, p. 63) acrescenta que: “na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos à realização de sua personalidade”.

Hoje é possível encontrar na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, muitas decisões baseadas neste princípio constitucional como o próprio reconhecimento jurídico das novas entidades familiares, da união homoafetiva, família monoparental, recomposta, o abandono afetivo paterno-filial e também o reconhecimento da multiparentalidade.

3.3 Princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade social é previsto na Constituição Federal de 1988, vejamos:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; (Constituição Federal, 1988).

Tal princípio também é previsto no artigo 229, da CFRB/88, em que é imposto aos pais o dever de assistência aos filhos e no artigo 230, da CRFB/88, que dispõe acerca da proteção aos idosos. Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2011, p. 39) explanam que “esse princípio acaba repercutindo nas relações familiares, eis que a solidariedade deve existir nesses relacionamentos pessoais”.

Já Maria Berenice Dias (2010, p. 67) diz que “esse princípio, que tem origem nos vínculos afetivos, dispõe de acentuado conteúdo ético, pois contém em suas entranhas o próprio significado da expressão solidariedade, que compreende a fraternidade e a reciprocidade”. Paulo Lôbo assevera (2013):

O princípio da solidariedade incide permanentemente sobre a família, impondo deveres a ela enquanto ente coletivo e a cada um de seus membros, individualmente. Ao mesmo tempo, estabelece diretriz ao legislador, para que o densifique nas normas infraconstitucionais e para que estas não o violem; ao julgador, para que interprete as normas jurídicas e solucione os conflitos familiares contemplando as interferências profundamente humanas e sentimentais que encerraram.

É possível observar a consagração desse princípio no âmbito do Direito de Família, no artigo 1511, do Código Civil, o qual dispõe que o casamento estabelece plena comunhão de vidas, na obrigação alimentar entre parentes, no artigo 1594, do CC, na adoção, no artigo

1618, do CC, a mútua colaboração no sustento dos filhos, no artigo 1598, entre outros.

3.4 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

O artigo 227 da CRFB/88 prevê:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Maria Berenice Dias (2010, p. 48) explica que a doutrina da proteção integral se justifica pela maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até 18 anos, pessoas em desenvolvimento que merecem um tratamento especial.

Antes a criança era tida como uma “propriedade do pai”, um objeto, com a Constituição de 1988 e o ECA, ela passa a ser detentora de garantias fundamentais, possuindo prioridade absoluta quando da efetivação de seus direitos.

Esse princípio pode ser observado mais de perto no Direito de Família, nos artigos 1583 e 1584, do Código Civil, que tratam da guarda unilateral e compartilhada e consagram claramente o maior interesse da criança e do adolescente.

3.5 Princípio da função social da família

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 122) explicam que a função social da família é a garantia da funcionalidade dos institutos jurídicos do Direito de Família, ocorrendo quando as normas familiares são aplicadas em sintonia com o tom garantista e solidário da Constituição.

Assim, como a propriedade, o contrato e a empresa possuem uma função, a família também precisa cumprir seu propósito. Flávio Tartuce e José Fernando Simão (2012, p. 25) dissertam que

[...] as relações familiares devem ser analisadas dentro do contexto social e diante das diferenças regionais de cada localidade. Sem dúvida que a socialidade também deve ser aplicada aos institutos de Direito de Família, assim como ocorre com outros ramos do Direito Civil.

Dessa forma, evidencia-se que a família cumpre sua função social quando há um vínculo entre a aplicação das normas familiares e os valores constitucionais assegurados pela Carta Magna.

4 FILIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Filiação é a relação de parentesco existente entre o filho e o pai ou a mãe, seja por vínculo consanguíneo, seja por vínculo socioafetivo.

Maria Helena Diniz (2013, p. 495) define como o vínculo existente entre pais e filhos, uma relação de parentesco consanguíneo em linha de reta de primeiro grau entre uma pessoa e aqueles que lhe deram à vida ou a receberam como se a tivessem gerado.

Dentre os critérios de filiação, pode-se destacar o da presunção legal (*pater is est*), o biológico e o afetivo.

O primeiro, segundo Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 565), quer dizer que o pai é aquele iniciado pelo casamento. Assim, o estado de filiação está ligado ao matrimônio, isto é, o pai dos filhos será sempre o marido da mãe. O segundo é aquele que se utilizam métodos científicos para identificar a origem biológica, através do exame de DNA, que é possível ter uma certeza quase absoluta na determinação da filiação. O terceiro é determinado afeto, pelo vínculo emocional e psicológico que foi criado entre a criança e o pai ou mãe, ou seja, não será a presunção legal nem o nascimento da criança que irá determinar o estado de filiação. Aqui o afeto, o carinho, o amor são os fatores determinantes.

A filiação socioafetiva não está lastreada no nascimento (fato biológico), mas em ato de vontade, cimentada, cotidianamente, no tratamento e na publicidade, colocando em xeque, a um só tempo, a verdade biológica e as presunções jurídicas. Socioafetiva é aquela filiação que se constrói a partir de um respeito recíproco, de um tratamento em mão-dupla como pai e filho, inabalável na certeza de que aquelas pessoas, de fato, são pai e filho. Apresenta-se, desse modo, o critério socioafetivo de determinação do estado de filho como um tempero ao império da genética, representando uma verdadeira *desbiologização da filiação*, fazendo com que o vínculo paterno-filial não esteja aprisionado somente na transmissão de gens. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 592).

Vale destacar ainda a Teoria Tridimensional da Filiação desenvolvida por Belmiro Pedro Marx Welter (2009, p. 127), em que ele explica que, durante muito tempo, o ser humano somente foi visto sob o aspecto genético, influenciado, principalmente, pela sociedade patriarcal, marcada por uma linguagem normatizada e desumanizada. No entanto, o mencionado autor argumenta que o ser humano não é compreendido apenas pelo mundo

genético, mas pelo conjunto dos mundos genético, afetivo e ontológico (WELTER, 2009, p.134):

A compreensão do ser humano não é efetivada somente pelo comportamento com o mundo das coisas (mundo genético), como até agora tem sido sustentado na cultura jurídica do mundo ocidental, mas também pelo modo de ser-em-família e em sociedade (mundo afetivo) e pelo próprio modo de relacionar consigo mesmo (mundo ontológico).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 598) acrescentam que essa teoria configura “pela existência de uma “trilogia familiar” e, por conseguinte, pela possibilidade de estabelecimento de três vínculos paternos (e mais três, logicamente, maternos) para cada pessoa humana”.

Nesse toar, os referidos autores afirmam que, com esteio no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e da igualdade entre os filhos, alguns doutrinadores passaram a defender a teoria da *multiparentalidade* ou *pluriparentalidade*, isto é, “advogam a possibilidade de uma pessoa ter mais de um pai e/ou mais de uma mãe simultaneamente, produzindo efeitos jurídicos em relação a todos eles a um só tempo”. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 598).

5 RECONHECIMENTO JURÍDICO DA MULTIPARENTALIDADE

5.1 A multiparentalidade

A multiparentalidade ou pluriparentalidade se configura na possibilidade de um filho ter mais de um pai ou uma mãe ao mesmo tempo, ou seja, ocorre uma regularização jurídica de uma situação fática já existente naquele seio familiar. Como foi demonstrado, a família passou por muitas transformações, nos últimos anos, o que se tornou um ambiente propício para a formação de novos arranjos familiares, ensejando, portanto, o reconhecimento jurídico da multiparentalidade no contexto atual. Carlos Roberto Gonçalves (2016, p. 304) comenta:

Efetivamente, o deferimento da multiparentalidade deve ser reservada para situações especiais, de absoluta necessidade de harmonização da paternidade ou maternidade socioafetivas e biológicas, pelo menos até que a jurisprudência tenha encontrado, com o passar dos anos, solução para as consequências que fatalmente irão advir dessa nova realidade [...].

A multiparentalidade aparece como uma solução jurídica aos casos em que o julgador

se encontra num liame a definir qual paternidade, genética ou afetiva, deve prevalecer. Como não há uma hierarquia entre as parentalidades, cada caso deve ser analisado em concreto para que nenhum direito seja violado. Dessa forma, a multiplicidade de vínculos se apresenta como um caminho para o julgador regularizar uma situação fática já existente e preservar o melhor interesse da criança.

Os exemplos mais comuns desse fenômeno acontecem no caso do companheiro que tem o filho da sua companheira como seu, que passa a criá-lo, educá-lo e amá-lo, e que muitas vezes, esta criança tem pouco ou nenhum contato com seu pai biológico. Assim, ele cresce tendo como figura paterna o pai socioafetivo. Outro caso é na adoção à brasileira, quando o adotado deseja conhecer o seu pai biológico e expressa a vontade de alterar o seu registro civil, para incluir o nome dele.

Vale ressaltar que a paternidade socioafetiva não é exercida apenas por um “pai”, mas por qualquer parente que exerça a responsabilidade da figura paterna, qual seja, um tio, um avô ou um irmão mais velho, por exemplo.

5.2 Posicionamento jurisprudencial antes da decisão do STF

No dia 21 de setembro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu pela possibilidade de dupla parentalidade do filho, em que os pais biológicos e afetivos teriam as mesmas obrigações, reconhecendo o fenômeno da multiparentalidade no direito de família. Essa decisão vem servindo de parâmetro para o julgamento de casos semelhantes.

No entanto, antes da mencionada decisão, vigorava uma verdadeira divergência de posicionamentos, em que uns reconheciam a tese, outros não, a depender do caso concreto em análise.

Isso acontecia, de certa forma, pelo fato de haver uma omissão legislativa quanto ao reconhecimento da filiação socioafetiva. Como já foi mencionado, por muito tempo, apenas os filhos oriundos do casamento eram considerados legítimos, ou seja, somente o critério da presunção de paternidade e o biológico eram acolhidos. Uma prova de tal realidade é que o próprio Código de Civil de 2002 não traz expressamente a possibilidade da filiação afetiva.

Nesse sentido, a decisão do STF, reconhecendo a tese da multiparentalidade se apresenta também como um amparo legal ao acolhimento da filiação socioafetiva em nosso ordenamento jurídico.

Dentre os que se posicionavam contrariamente ao acolhimento da tese, estavam Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2015, p. 599), os quais explicam que admitir a tese da

multiparentalidade é reconhecer também a multi-hereditariedade, ou seja, o filho tem o direito de pleitear herança de todos os seus pais e todas as suas mães, podendo gerar uma possibilidade de estabelecimento da filiação para atender meramente a interesses patrimoniais.

É que seria possível ao filho socioafetivo buscar a determinação de sua filiação biológica, apenas, para fins sucessórios, reclamando a herança de seu genitor, muito embora não mantenha com ele qualquer vinculação, ou, sequer, aproximação. Ademais, poder-se-ia, com isso, fragilizar o vínculo socioafetivo estabelecido, permitindo uma busca inexorável do vínculo biológico. Até porque a concepção familiar que decorre da filiação não permite escolhas de ordem meramente patrimonial. (FARIAS; ROSENVALD 2015, p. 599).

Assim, para os mencionados autores, corria-se um risco de o filho somente requerer o reconhecimento das duas paternidades com o intuito de ordem patrimonial, sendo que isso geraria uma possível inconveniência na relação familiar, nos casos de duas parentalidades se deveria negar a tese da multiparentalidade e optar pela filiação biológica ou pela afetiva.

Dessa forma, foi possível constatar uma jurisprudência com posicionamentos divergentes. De um lado, aqueles que não acolhiam pelo fato de não existir um amparo na legislação brasileira e na jurisprudência, ou pelo risco de ser requerer a dupla parentalidade tão somente por interesse patrimonial.

A recente decisão da Corte chegou em um momento oportuno para unificar os posicionamentos nos diversos Tribunais do Brasil.

5.3 Análise do recurso extraordinário nº 898060

No dia 21 de setembro de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, em um julgamento histórico para o direito de família, analisando o recurso extraordinário nº 898069, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, fixou a tese na Repercussão Geral 622 que dispõe “a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com efeitos jurídicos próprios”.

O caso tratava de uma ação de investigação de paternidade cumulada com pedido de fixação de alimentos, tramitada na 2ª Vara de Família da Comarca de Florianópolis/SC, ajuizada por A.N. em face de F.G, em que a autora buscava o reconhecimento de seu pai biológico, com os efeitos jurídicos devidos. A sentença do Juízo de 1º grau determinou a retificação do registro da autora. Com isso, o pai biológico ingressou com o recurso de apelação no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que inverteu o resultado fixado pelo juízo

a quo, sob o fundamento de que o reconhecimento da paternidade socioafetiva não exime o acolhimento da paternidade biológica. Nesse sentido, o referido Tribunal determinou, em grau de embargos infringentes, o reconhecimento da paternidade biológica, comprovada via exame de DNA com os consectários legais decorrentes, mantendo a paternidade afetiva do pai registral.

Irresignado, o pai biológico ingressou com o recurso extraordinário contra a decisão do TJ/SC. Ele relatou que A.N. já tinha um pai socioafetivo, registrando-a como filha, e que pretendia apenas o reconhecimento da paternidade biológica sem as obrigações jurídicas decorrentes, que segundo ele, deveriam continuar sendo cumpridas pelo pai socioafetivo.

Dessa forma, o recorrente requereu a preponderância do vínculo afetivo em detrimento do genético, sob a justificativa de que ele não possuía vínculo afetivo com sua filha capaz de ensejar o reconhecimento da paternidade, de forma que apenas a comprovação da filiação via exame de DNA não seria suficiente para tanto. Para ele, seria necessário um mínimo de afeto na relação para que tal paternidade fosse determinada.

A decisão da Corte se dividiu em duas partes, na primeira, foi julgado o caso concreto, em que se negou provimento ao recurso extraordinário ajuizado pelo pai biológico e se manteve a decisão do TJ/SC, com orientação no sentido que o reconhecimento da paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade do pai biológico; na segunda, fixou a tese na Repercussão Geral 622, conforme mencionada acima, reconhecendo a tese da multiparentalidade.

O relator do processo, o Ministro Luiz Fux, iniciou a fundamentação do seu voto, cujo acórdão foi disponibilizado no site do STF, discorrendo acerca da grande revolução que a Constituição de 1988 realizou no Direito de Família. Ele citou as transformações que a família passou ao longo dos anos, antes, centrada no casamento, hoje, marcada pela formação de novos arranjos familiares como as uniões estáveis, as coabitações concubinárias, as famílias monoparentais, entre outras.

O Ministro explicou acerca do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, III, da Carta Magna, o qual exerce um papel importante no ordenamento jurídico brasileiro, em que as pessoas mudam o cerne de suas vidas, “do ter” para “o ser”, sendo o principal objetivo o direito à busca da felicidade. Acrescentou que trazendo para o direito de família, esse direito “funciona como um escudo do ser humano em face de tentativas do Estado de enquadrar a sua realidade familiar em modelos pré-concebidos pela lei” (Brasil, 2016, p. 16).

Luiz Fux esclareceu que, atualmente, vigora a concepção eudemonista de família, de

forma que não é mais o indivíduo que existe para a família e o casamento, mas a família e o casamento que existem para o indivíduo, na sua busca pela felicidade. Ele exemplificou que esse contexto é observado na Carta Magna, ao reconhecer como legítimas, famílias tais como, a união estável (art. 226, §3º) e a família monoparental, formada por qualquer um dos pais e seus descendentes (art. 226, §4º). O Ministro também destacou o princípio da igualdade de filiação (art. 227, §6º), trazido pela Constituição, em que as diversas espécies de filiação merecem equivalente tutela diante da lei.

Nesse toar, o relator afirmou que não deve haver hierarquização entre as paternidades, de modo que o espectro legal deve acolher tanto a paternidade socioafetiva como a paternidade biológica, sob o prisma do princípio da paternidade responsável, disposto no artigo 226, §7º, da Constituição Federal.

Fux sustentou que a “omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não poderia servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade” (Brasil, 2016, p. 23).

Nesse sentido, ele acolheu a tese da dupla parentalidade ao caso concreto, no sentido de que a paternidade socioafetiva não interfere no acolhimento da paternidade biológica, mantendo acórdão de origem que reconheceu os efeitos jurídicos do vínculo genético relativos ao nome, alimentos e herança.

Por fim, concluiu o seu voto, propondo a seguinte tese para aplicação aos casos semelhantes: “A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais” (Brasil, 2016, p. 24).

Dos dez Ministros presentes na sessão do dia 21 de setembro de 2016, oito deles acompanharam o voto do relator Luiz Fux.

5.4 Possíveis reflexos jurídicos decorrentes da decisão do STF

É certo que, nesse momento, ainda é cedo para afirmar com clareza quais os reflexos jurídicos decorrerão da decisão da Suprema Corte, tendo em vista que ela é recente. Outrossim, sabe-se que esses questionamentos apenas serão dirimidos, ao longo do tempo, quando do estudo dos casos em concreto.

No entanto, alguns especialistas da área do Direito de Família apontam possíveis consequências que esse julgamento acarretará, tais como, qual a limitação para a aplicabilidade da tese, se bastaria apenas a comprovação do vínculo biológico ou se seria

necessário um mínimo de vínculo afetivo do pai biológico com o filho; a possibilidade de tais ações serem ajuizadas com pretensões apenas de ordem patrimonial; consectários legais como alimentos, guarda, direito de visita e a distinção entre o direito à origem genética e o direito ao reconhecimento da filiação biológica.

Em uma leitura mais minuciosa da tese, percebe-se que não ficou claro qual a limitação para o reconhecimento da multiparentalidade, se bastaria apenas a comprovação do vínculo biológico via exame de DNA ou se seria necessário um mínimo de vínculo afetivo entre o pai biológico e o filho para que se pudesse reconhecer a dupla paternidade, o que acabou por ensejar diversas interpretações.

Nesse sentido, é preciso ter em vista a fundamentação dos votos vencidos dos Ministros Teori Zavascki e Edson Fachin, em que questionam justamente essa ausência do vínculo afetivo, de modo que o fato de se ter comprovada a filiação biológica não gera automaticamente o reconhecimento da dupla paternidade, pois, segundo argumentam, seria necessária a comprovação também de uma relação de afeto entre eles. Teori Zavascki explicou que pai biológico não é necessariamente pai socioafetivo, visto que é plenamente possível possuir a vinculação genética sem um mínimo de afeto.

O Procurador Geral da República Rodrigo Janot (BRÍGIDO, 2016) antes de começar a votação se manifestou no sentido de que “um exame de DNA, por si só, não pode indicar quem é o pai da criança, porque a circunstância socioafetiva deve ser levada em consideração”

Assim, nessa visão, seria necessária a comprovação também de uma relação de afeto, para reconhecer a paternidade biológica e a consequente dupla parentalidade. Por outro lado, alguns adotam outra visão interpretativa, como o Ministro Gilmar Mendes, que fundamentou o seu voto no princípio da paternidade responsável, de modo que, somente o fato de ser pai biológico, já geraria o dever de cuidado. Ele afirma que “se alguém assumiu a paternidade por conta das circunstâncias faltantes, agora se diz que o pai está livre de suas responsabilidades. O direito não pode ser essa armadilha, não pode validar esse argumento”. (BRÍGIDO, 2016). Nessa linha, não há necessidade da comprovação do afeto, apenas a prova da paternidade biológica, via exame de DNA, seria suficiente.

Nesse toar, infere-se a possibilidade de que as ações apenas serão propostas por interesses meramente patrimoniais. Se um filho já tem um pai socioafetivo que lhe supre emocional e materialmente, por que este filho desejaria ter o reconhecimento de um pai biológico, sem ter tido um mínimo de vínculo afetivo com ele? Está é uma pergunta que preocupa muitos especialistas da área, pois eles temem que as pessoas ingressem com as

ações movidas apenas por interesses financeiros que este reconhecimento proporcionará. A tese abrirá as portas para as ações argentárias em que o autor ingressa com a ação investigatória de paternidade, pretendendo a herança do ascendente genético e não o reconhecimento de um pai. (SIMÃO, 2017).

Como já mencionado, a tese multiparentalidade admitirá conseqüentemente o reconhecimento da multi-hereditariedade, em que será possível o filho reclamar herança de todos os seus pais.

O tema, portanto, exige cuidados e ponderações de ordem prática, uma vez que, admitida a pluripaternidade, estar-se-ia tolerando, por igual, a plurihereditariedade, gerando inconvenientes explícitos, como uma estranha possibilidade de estabelecimento da filiação para atender meramente a interesses patrimoniais. Mais ainda: uma pessoa poderia herdar várias vezes, de seus diferentes pais. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 599).

Todavia, Ricardo Calderón afirma que “essa possibilidade deverá merecer atenção especial por parte dos operadores do direito, mas não parece alarmante e, muitos menos, intransponível” (SIMÃO, 2017).

Assim, essa é uma questão que deverá ser analisada com cautela por parte dos juristas, pois, de fato, isto é uma realidade, mas só na prática se saberá como tudo irá proceder.

Nesse sentido, é importante ressaltar outros consectários legais, quais sejam, alimentos, direito de visita, guarda e como na prática se dará a organização do poder familiar.

Quanto aos alimentos, o filho poderá pleitear de ambos os pais, mas a partir daí surge o questionamento de quanto seria a porcentagem. Cada pai daria uma porcentagem integral ou seria dividida entre ambos?

Rodrigo Janot explica que “os riscos de indolência e excesso às questões alimentícias são controlados pelo binômio necessidade-possibilidade, que obsta o enriquecimento ilícito dos envolvidos na multiparentalidade. (...) Eventuais abusos podem e devem ser controlados no caso concreto.” (CALDERÓN, 2016).

Em relação ao direito de visita e de guarda, vigora, até então, o princípio do melhor interesse da criança. Entretanto, baseado nesse princípio e no fundamento de que o filho não tem nenhum vínculo afetivo com seu pai biológico, a probabilidade é que ele permaneça com seu pai socioafetivo, pois não seria razoável que o magistrado concedesse a guarda a um pai que não possui uma relação de afeto e proximidade com seu filho. Dessa forma, os juristas terão um árduo trabalho para dirimir esses pontos, de modo que, cada caso concreto, ditará a

forma como se deve proceder, visto que dúvidas e questões são próprias do Direito, principalmente, na área de família, onde se requer uma postura mais flexível.

Outro ponto que não ficou claro na referida tese foi a distinção entre o direito à origem genética e o direito ao reconhecimento da filiação biológica. O filho tem o direito de conhecer a sua ancestralidade genética, por meio da ação de investigação de origem genética, que permite a descoberta de sua origem biológica, sem, contudo, produzir qualquer efeito patrimonial. O que diverge do reconhecimento da paternidade biológica, que enseja os devidos consectários legais.

Ademais, não há que se pensar que multiparentalidade evitaria uma irresponsabilidade dos genitores, pois, efetivamente, o vínculo familiar não se confunde com os direitos da personalidade, como o direito à ancestralidade. Por isso, a decorrência de efeitos familiares (como herança, alimentos, sobrenome...) não pode estar atrelada a uma perspectiva biológica, mas, efetivamente, aos vínculos paterno-filiais estabelecidos pela vida. Até porque a filiação não pode ser reduzida, tão somente, ao desempenho de atividades sexuais. Com efeito, filiação é muito mais que isso. (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 599).

Nessa toada, Ricardo Calderón (2016, p. 13) observa que:

[...]não houve a distinção clara das diferentes situações que envolvem: estabelecer uma paternidade a quem não tem (o que exige alguns critérios); da situação de substituir uma paternidade ou agregar mais um pai para quem já possui um (o que pode envolver outros critérios).

A seguir, apresentam-se alguns acórdãos após a decisão da Suprema Corte:

DIREITO DE FAMÍLIA E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. VÍNCULO BIOLÓGICO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA PREEXISTENTE. MULTIPARENTALIDADE. POSSIBILIDADE. DECISÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL. 1. Provado nos autos o vínculo genético do Autor com o pai falecido, julga-se procedente o pedido de reconhecimento da paternidade biológica, ainda que com este não tenha convivido para formar laços de afeição, pois ainda em tenra idade quando do óbito do genitor. O interesse de postular cidadania estrangeira com o reconhecimento da paternidade, insere-se nos efeitos jurídicos próprios da filiação, não constituindo óbice ao direito de postular o reconhecimento da verdadeira ascendência genética - direito natural ínsito ao princípio da dignidade humana e da busca pela felicidade. 2. "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios". Tese fixada com repercussão geral no julgamento do RE 898060/SC - STF. 3. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. (TJ-DF 20151010004518 - Segredo de Justiça 0000439-87.2015.8.07.0010, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Data de Julgamento: 16/11/2016, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 29/11/2016 . Pág.: 294/341).

DIREITO DE FAMÍLIA E CONSTITUCIONAL. AÇÃO DE ADOÇÃO. MULTIPARENTALIDADE. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO BIOLÓGICO

PREEXISTENTE. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. DUPLA PARENTALIDADE. POSSIBILIDADE. DECISÃO DO STF COM REPERCUSSÃO GERAL. 1. A paternidade biológica declarada em registro público não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem socioafetiva, com os efeitos jurídicos próprios, como desdobramento do sobreprincípio da dignidade humana, na sua dimensão de tutela da felicidade e realização pessoal dos indivíduos a partir de suas próprias configurações existenciais. 2. "A omissão do legislador brasileiro quanto ao reconhecimento dos mais diversos arranjos familiares não pode servir de escusa para a negativa de proteção a situações de pluriparentalidade." Tese fixada com repercussão geral no julgamento do RE 898060/SC - STF. 3. Recurso conhecido e provido. (TJ-DF 20161410019827 - Segredo de Justiça 0001877-05.2016.8.07.0014, Relator: GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA, Data de Julgamento: 07/12/2016, 7ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 24/01/2017 . Pág.: 840/860).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ALIMENTOS. DEMANDA AJUIZADA CONTRA A GENITORA E O PAI SOCIOAFETIVO. PROVA PERICIAL (EXAME DE DNA). PATERNIDADE BIOLÓGICA DO AUTOR COMPROVADA. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. MAGISTRADO QUE ENTENDEU PELA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. RECURSO DO DEMANDANTE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE. VIABILIDADE. RECONHECIMENTO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO DA DUPLA PARENTALIDADE. DETERMINAÇÃO DE RETIFICAÇÃO DO REGISTRO CIVIL PARA CONSTAR O NOME DO PAI BIOLÓGICO COM A MANUTENÇÃO DO PAI SOCIOAFETIVO. VÍNCULO SOCIOAFETIVO QUE NÃO EXCLUI O BIOLÓGICO. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DE AMBOS. PREVALÊNCIA INTERESSE DA CRIANÇA. TESE FIRMADA EM REPERCUSSÃO GERAL. FIXAÇÃO DE ALIMENTOS A PEDIDO DO AUTOR. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "A paternidade responsável, enunciada expressamente no art. 226, § 7º, da Constituição, na perspectiva da dignidade humana e da busca pela felicidade, impõe o acolhimento, no espectro legal, tanto dos vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto daqueles originados da ascendência biológica, sem que seja necessário decidir entre um ou outro vínculo quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos" (STF, RE n. 898.060/SP. Rel. Min. Luiz Fux, j. 21.9.2016).

(TJSC, Apelação Cível n. 0302674-93.2015.8.24.0037, de Joaçaba, rel. Des. Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, j. 17-04-2018).

APELAÇÃO CÍVEL. INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO DO VÍNCULO BIOLÓGICO E PRESERVAÇÃO DA PATERNIDADE REGISTRAL PRÉ-EXISTENTE SOCIOAFETIVA. MULTIPARENTALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DEFEITO DE CONGRUÊNCIA ENTRE PEDIDO E SENTENÇA. Caso em que não há defeito de congruência entre o pedido e a sentença, pois o reconhecimento da multiparentalidade (dupla paternidade) se insere no âmbito do pedido do autor (pai biológico) que se limita à inclusão, no registro de nascimento da filha, da paternidade biológica, no qual já consta registrada uma paternidade socioafetiva. Nesse passo, estando bem provada a relação de afeto existente entre a menor e o pai registral socioafetivo, a sentença que reconheceu a paternidade biológica, preservando a paternidade registral pré-existente, julgou conforme a jurisprudência da Corte, pois possível e adequado o reconhecimento da dupla paternidade (multiparentalidade), em casos como o presente. NEGARAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70076327162, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 28/06/2018)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C RETIFICAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO. FILHO HAVIDO DE RELAÇÃO EXTRACONJUGAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADE

SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. MULTIPLICIDADE DE VÍNCULOS PARENTAIS. RECONHECIMENTO CONCOMITANTE. POSSIBILIDADE QUANDO ATENDER AO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. APLICAÇÃO DA RATIO ESSENDI DO PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL JULGADO COM REPERCUSSÃO GERAL. SOBREPOSIÇÃO DO INTERESSE DA GENITORA SOBRE O DA MENOR. RECURSO DESPROVIDO. 1. O propósito recursal diz respeito à possibilidade de concomitância das paternidades socioafetiva e biológica (multiparentalidade). 2. O reconhecimento dos mais variados modelos de família veda a hierarquia ou a diferença de qualidade jurídica entre as formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico (ADI n.4.277/DF). 3. Da interpretação não reducionista do conceito de família surge o debate relacionada à multiparentalidade, rompendo com o modelo binário de família, haja vista a complexidade da vida moderna, sobre a qual o Direito ainda não conseguiu lidar satisfatoriamente. 4. Apreciando o tema e reconhecendo a repercussão geral, o Plenário do STF, no julgamento do RE n. 898.060/SC, Relator Ministro Luiz Fux, publicado no DJe de 24/8/2017, fixou a seguinte tese: "a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências patrimoniais e extrapatrimoniais." 5. O reconhecimento de vínculos concomitante de parentalidade é uma casuística, e não uma regra, pois, como bem salientado pelo STF naquele julgado, deve-se observar o princípio da paternidade responsável e primar pela busca do melhor interesse da criança, principalmente em um processo em que se discute, de um lado, o direito ao estabelecimento da verdade biológica e, de outro, o direito à manutenção dos vínculos que se estabeleceram, cotidianamente, a partir de uma relação de cuidado e afeto, representada pela posse do estado de filho. 6. As instâncias ordinárias afastaram a possibilidade de reconhecimento da multiparentalidade na hipótese em questão, pois, de acordo com as provas carreadas aos autos, notadamente o estudo social, o pai biológico não demonstra nenhum interesse em formar vínculo afetivo com a menor e, em contrapartida, o pai socioafetivo assiste (e pretende continuar assistindo) à filha afetiva e materialmente. Ficou comprovado, ainda, que a ação foi ajuizada exclusivamente no interesse da genitora, que se vale da criança para conseguir atingir suas pretensões. 7. Ressalvase, contudo, o direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, da menor pleitear a inclusão do nome do pai biológico em seu registro civil ao atingir a maioridade, momento em que poderá avaliar, de forma independente e autônoma, a conveniência do ato. 8. Recurso especial desprovido. (REsp 1674849/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 23/04/2018)

Através da pesquisa realizada, foi possível constatar que a jurisprudência tem caminhado no sentido de acolher a tese da multiparentalidade, não exigindo a comprovação de um mínimo de vínculo afetivo entre o filho e o pai biológico, para determinar a filiação com base no critério biológico, sendo suficiente somente a comprovação, via exame de DNA ou outro meio legal admitido.

Diante disso, nesse momento, é possível vislumbrar o sentido que a jurisprudência seguirá. Contudo, seguindo a linha de interpretação dos Ministros Teori Zavascki e Edson Fachin, entende-se que é necessário a comprovação de um mínimo de afeto entre o pai o biológico e o filho, para que tal filiação seja reconhecida

Assim, como a decisão é recente, exarada no dia 21/09/2106, ainda não há uma doutrina aprofundada acerca do tema, a qual será construída a partir de então, entre os que são

favoráveis e os que são contrários. Dessa forma, os mencionados questionamentos apenas são especulações entre os civilistas, visto que serão dirimidos na prática forense, quando do estudo dos casos em concreto.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A chegada da globalização, o surgimento de novas tecnologias e o avanço na medicina fizeram com que o mundo passasse por uma série de transformações, nos últimos anos, de ordem histórica, econômica e cultural. Esse contexto, de certa forma, refletiu na sociedade, de modo que esta é um reflexo do tempo histórico a qual está inserida.

Nesse sentido, a família sendo a *célula mater* da sociedade acabou também sendo influenciada por tais mudanças, ganhando uma nova roupagem a partir de então. Antes a família era caracterizada como patriarcal, matrimonializada, heteroparental, biológica e de caráter institucional. Nesta época, o que vigorava era a busca pelo patrimônio, ou seja, as pessoas se casavam tendo em vista a união dos bens entre suas famílias, o amor pela outra pessoa muitas vezes nem existia. Apenas o casamento era considerado legítimo como forma de organização familiar, bem como somente os filhos oriundos geneticamente do casal eram reconhecidos.

No entanto, a ideia da busca pelo patrimônio cedeu espaço para o afeto, em que as pessoas mudaram o foco de suas ações “do ter” para “o ser”, o que importa, no momento atual, é o bem-estar e a realização existencial de cada membro da entidade familiar, é a busca pela felicidade. Nesse viés, surgem novas formas de arranjos familiares como a união estável, a união homoafetiva, família monoparental, entre outros, ou seja, passou-se a legitimar outras formas de estruturas familiares e não apenas o casamento. Atualmente, a família caracteriza-se como de caráter instrumental, pluralizada, democrática, hetero ou homoparental, biológica ou socioafetiva.

Nessa toada, surge a tese da multiparentalidade, isto é, a possibilidade de um filho ter dois pais ou duas mães concomitantemente, em que o filho já tendo um pai biológico deseja o reconhecimento do seu pai socioafetivo ou quando já tendo um pai registral, deseja o reconhecimento do pai biológico.

Por muito tempo, imperou-se na doutrina e na jurisprudência uma verdadeira divergência de posicionamentos, em que uns adotavam apenas um critério e outros acolhiam ambos os critérios de filiação, defendendo a tese da multiparentalidade.

Nesse contexto, no dia 21 de setembro de 2016, o Plenário do STF pôs fim a esse

embate, no julgamento do caso do RE nº 898060, que acolheu a tese no sentido de que a paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico.

É inegável que essa decisão trouxe muitos benefícios para o Direito de Família, já que diante da omissão legislativa específica que existia acerca do tema, ela se apresentou como um amparo legal para o reconhecimento da filiação socioafetiva e do princípio da afetividade. Ademais, ela proporcionou um mesmo nível de hierarquia para filiação socioafetiva e biológica, em que, muitas vezes, uma delas era prevalecida. Além de ter evidenciado a paternidade responsável do ascendente genético, a decisão também assegurou os princípios da Carta Magna de 1988 tais como o dignidade da pessoa humana, da solidariedade familiar e da igualdade entre os filhos.

Por outro lado, por a decisão ser recente, ainda é cedo para apontar quais os reflexos jurídicos que ela acarretará, entretanto, há alguns possíveis inconvenientes que merecem ser ressaltados.

No acórdão do Supremo Tribunal Federal analisado neste artigo, observou-se uma clara omissão quanto à necessidade de existir um vínculo de afeto entre o pai biológico e o filho para que seja reconhecida a dupla parentalidade. Dessa forma, percebe-se que a presente tese não esclareceu quais limitações serão necessárias para se aplicar o reconhecimento da multiparentalidade.

Ademais, essa ausência de constatação do vínculo afetivo entre o pai biológico e o filho, ao reconhecer a tese da dupla parentalidade, pode fazer com que as ações dessa natureza sejam pleiteadas apenas por interesses patrimoniais.

Diante disso, apesar de a jurisprudência estar caminhado no sentido de que apenas a comprovação do vínculo biológico, via exame de DNA ou outro meio admitido seja suficiente, entende-se a necessidade da comprovação de um mínimo de vínculo afetivo a fim de que a paternidade biológica não seja apenas reconhecida através de métodos científicos, isto é, o pai biológico não deve necessariamente ser determinado pai afetivo, é preciso constatar uma relação de afeto, carinho e amor entre ele e o filho.

Outro reflexo jurídico seriam os consectários legais tais como alimentos, guarda, direito de visita, organização do poder familiar e herança, os quais deverão ser analisados com base no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, até ser consolidada uma orientação de como se deve proceder nesses casos.

É certo que o tema gerou muitas dúvidas e questionamentos, primeiro por ser recente e ainda não ter uma doutrina consolidada, segundo, porque o Direito de Família como um todo é flexível e cada caso apresenta uma circunstância diferente. Dessa forma, ainda é cedo para

afirmar com clareza quais serão as consequências decorrentes dessa decisão, visto que tudo isso será constatado na prática. Assim, os operadores do direito, ao julgar os casos, a partir de então, devem levar em consideração esses possíveis reflexos, tendo um certo zelo com as ações que demonstrem interesses apenas de ordem patrimonial.

Portanto, constatou-se que a decisão foi um grande avanço para o Direito de Família, ao destacar o afeto como valor jurídico e reconhecer a multiparentalidade no ordenamento brasileiro. Todavia, foi preciso ressaltar os possíveis inconvenientes que a decisão possa acarretar a fim de que o seu real sentido de garantir o melhor interesse da criança e do adolescente e a dignidade da pessoa humana não seja suprimido.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

_____. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. Brasília, DF, 2002.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1674849, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Data de Julgamento: 17/04/2018, Data de Publicação: 23/04/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 898060 SC, Relator Min. Luiz Fux, Data de Julgamento: 21/03/2016, Data da Publicação: 30/09/2016. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>>. Acesso em: 15 mar 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20151010004518, Relator Getúlio de Moraes Oliveira, Sexta Turma Cível, Data de Julgamento: 16/11/2016, Data de Publicação: 29/11/2016.

_____. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação Cível nº 20161410019827, Relator Getúlio de Moraes Oliveira, Sétima Turma Cível, Data de Julgamento: 24/01/2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Apelação Cível nº 03026774-93.2915.8.24.0037, Relator Saul Steil, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Julgamento: 17/04/2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível nº 70076327162, Relator Rui Portanova, Oitava Câmara Cível, Data de Julgamento: 23/04/2018.

BRÍGIDO, Carolina. Supremo Tribunal reconhece dupla paternidade: por maioria, ministros dizem que pai biológico tem obrigações financeiras mesmo diante de figura socioafetiva, 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/supremo-tribunal-federal-reconhece-dupla-paternidade-20152483>>. Acesso em: 23 mar. 2017.

CALDERÓN. Ricardo. **Do julgamento do STF sobre parentalidade socioafetiva e suas**

consequências. Curso de Férias: Direito Civil – recentes transformações. Associação dos Advogados de São Paulo Educacional, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 6. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família,** volume 5. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: famílias,** volume 6. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Candido. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa,** 1913, p. 862. Disponível em < <http://dicionario-aberto.net/dict.pdf>> Acesso em 09 de jan. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil brasileiro: direito de família,** volume 6. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LÔBO, Paulo. **Princípio da solidariedade familiar.** JusNaveganti, 2013. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/25364/principio-da-solidariedade-familiar>> Acesso em: 23 jan. 2017.

SARLET, Ingo. **Curso de direito constitucional.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

SIMÃO, José Fernando. **A multiparentalidade está admitida e com repercussão geral.** Vitória ou derrota do afeto?, Carta Forense, 2017. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/a-multiparentalidade-esta-admitida-com-repercussao-geral-vitoria-ou-derrotadoafeto/17235>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família,** volume 5. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: direito de família,** volume 5. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

WELTER, Belmiro Pedro Marx. **Teoria Tridimensional do Direito de Família.** Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Porto Alegre/RS, n. 71, jan/abr. 2012.

** Submetido em 17 fev. 2019. Aceito em 16 mai. 2019.*



O *JUS POSTULANDI* NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Paulo Fernandes Medeiros Junior*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Breve evolução histórica do Direito do Trabalho; 3. A Justiça do Trabalho e o *jus postulandi*; 4. A indispensabilidade do advogado; 5. *Jus postulandi* e o conflito com a legislação vigente; 5.1. O *jus postulandi* e a Constituição de 1988; 5.2. O *jus postulandi* e o Estatuto da Advocacia e da OAB; 6. Limites do *jus postulandi*; 7. A garantia do acesso à Justiça e os malefícios do *jus postulandi*; 8. Conclusão; 9. Referências.

RESUMO

O *jus postulandi*, ou seja, conceder capacidade postulatória as partes de pleitear em juízo seus interesses sem a necessidade de estar assistido por um advogado, foi criado com o objetivo de permitir o acesso à Justiça às classes menos abastadas. A Consolidação das Leis Trabalhistas consagrou o referido preceito em seu artigo 791. No entanto, apesar do que objetivava o legislador ao criar o princípio em comento, há grande divergência por parte da doutrina se o instituto tem atingido sua finalidade, dada a complexidade atual do Processo do Trabalho. Existe ainda um conflito de ordem jurídica com a Constituição Federal e com o texto do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, sendo o objetivo da pesquisa analisar as aludidas situações. Resta claro o intuito protetivo do legislador, porém tal instituto hoje em dia tem se caracterizado por inúmeras vezes aumentar as desigualdades processuais e permitir um “falso” acesso à justiça. Como procedimento, serve-se do método de abordagem dedutivo. A técnica de pesquisa é bibliográfica, sendo utilizados a doutrina e o amparo legal. Como resultado, chega-se à conclusão de que, na maioria dos casos, o *jus postulandi* tem sido um malefício do Direito Processual do Trabalho aumentando as desigualdades processuais, sendo necessária uma revisão do instituto em questão o mais breve possível.

Palavras-Chave: Acesso à Justiça. *Jus Postulandi*. Desigualdades Processuais.

ABSTRACT

The *jus postulandi*, that is, granting the parties the capacity to plead their interests in court without having to be assisted by a lawyer, was created with the aim of allowing access to justice for the less affluent classes. The Consolidation of Labor Laws enshrined this provision in article 791. However, despite what the legislator intended in creating the principle in question, there is great divergence on the part of the doctrine if the institute has reached its purpose, given the current complexity of the Labor Process. There is also a legal conflict with the Federal Constitution and with the text of the Statute of the Order of Attorneys of Brazil, and the purpose of the study is to analyze the aforementioned situations. The legislator's protective intention remains clear, but this institute today has been characterized by numerous

* Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba com Pós-Graduação em Direito Processual do Trabalho, atualmente exercendo o cargo de Oficial de Justiça Avaliador Federal no âmbito do Egrégio Tribunal Regional do Trabalho. E-mail: paulofermedeiros@gmail.com.

times increasing procedural inequalities and allowing "false" access to Justice. As a procedure, the method of deductive approach is used. The research technique is bibliographical, using doctrine and legal protection. As a result, it is concluded that, in most cases, *jus postulandi* has been an evil of the Labor Procedural Law increasing procedural inequalities and a revision of the institute in question is required as soon as possible.

Keywords: Access to Justice. *Jus Postulandi*. Process Inequalities.

1 INTRODUÇÃO

O instituto do *jus postulandi*, tal qual instituído nos anos 1940, dispõe sobre o direito que possui a parte de praticar todos os atos processuais necessários ao início e ao andamento do processo na Justiça do Trabalho, sem a assistência por advogado.

Verifica-se que a criação deste instituto teve como finalidade precípua de facilitar o acesso dos sujeitos da relação de emprego (empregado e empregador) ao Poder Judiciário sem que fosse necessária à assistência por advogado e por corolário o pagamento de honorários advocatício, o que muitas vezes acaba sendo um óbice para as partes reclamarem direitos que lhe foram suprimidos no curso do pacto laboral.

Hodiernamente, o instituto do *jus postulandi* está previsto na Consolidação das Leis Trabalhistas, promulgada em 1º de maio de 1943, que dispõe em seu art. 791 que “os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar suas reclamações até o final”.

Impende ressaltar, várias transformações foram introduzidas durante esse largo lapso temporal no ordenamento jurídico brasileiro, como por exemplo, a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a Emenda Constitucional nº 45/2004 que ficou conhecida como a reforma do Poder Judiciário e o Estatuto da Advocacia, que alteraram profundamente os alicerces do arcabouço jurídico brasileiro nos últimos 22 anos.

As controvérsias a respeito acerca do tema cingem-se basicamente na seguinte indagação: o *jus potulandi* tem alcançado sua finalidade no campo prático ou tem agravado ainda mais as desigualdades processuais?

Discute-se ainda a constitucionalidade de tal norma frente o art. 133 da nossa Lei Magna, onde esta declarou como obrigatória a presença do advogado nos processos judiciais.

Ademais, o advento do Estatuto da Advocacia e da OAB, Lei n.º8.906, de 4 de julho de 1994 que em seu artigo 1º, com clara redação, dispõe que é atividade privativa de advocacia "a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”.

Em decorrência destas mudanças, a doutrina e os tribunais pátrios passaram a

questionar a validade contemporânea do instituto do *jus postulandi*, tendo em vista que muitas dessas alterações confrontam-se diretamente com a essência deste, ao atribuir ao advogado o adjetivo de função essencial à administração da justiça e a exclusividade da capacidade postulatória.

Diante da importância do instituto acima citado e das alterações vivenciadas pelo ordenamento jurídico brasileiro mostra-se de essencial relevância a reflexão acerca dos efeitos sociais e jurídicos provenientes destas mudanças legislativas no instituto do *jus postulandi*.

A problemática desta produção se constituirá no seguinte questionamento: as alterações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro decorrente da promulgação da Constituição de 1988 e do Estatuto da Advocacia alteraram ou até mesmo chegaram a revogar o instituto do *jus postulandi*?

Desta forma, tem-se como objetivo geral a análise do instituto em apreço, e especificamente indicar o conceito, evolução legislativa, aplicabilidade, limites e conflitos com a legislação pátria superveniente a sua vigência; e, por fim, estabelecer uma crítica à estrutura do instituto do *jus postulandi* diante da atual conjuntura social e jurídica da sociedade brasileira.

Insta ressaltar que será utilizado como método uma pesquisa bibliográfica, na medida em que se utilizará a doutrina que versa sobre a temática, para fundamentar as colocações e entendimentos expostos no presente trabalho, estabelecendo, assim, críticas no decorrer do texto e apontando sinteticamente as transformações e efeitos do *jus postulandi* diante das mudanças legislativas ocorridas deste de sua vigência até o presente momento.

2 BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

Direito do Trabalho pode ser conceituado como o ramo do Direito que vai regular as relações entre o empregado e o empregador, tendo como característica fundamental o trabalho subordinado, sendo este ligado a um conjunto de princípios, normas e instituições referentes à organização e produção do trabalho, dando enfoque fundamental na melhoria da condição social do trabalhador.

Segundo Maurício Godinho Delgado (2003, p. 54), o Direito do Trabalho pode ser assim conceituado:

Complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios concernentes às relações

coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas.

Ao examinarmos a evolução histórica do Trabalho, percebe-se que seu início estava intrinsecamente ligado ao escravo, onde imperava a desvalorização do labor, cabendo àquele, que era considerado coisa, todo o trabalho braçal. Já o homem livre, os da sociedade, que dirigiam as coisas da cidade, apenas cuidavam dos negócios com as palavras, o que não era considerado uma forma de trabalho.

Nas palavras do escol doutrinador Sérgio Pinto Martins (2004, p. 196):

A primeira forma de trabalho foi a escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista. O escravo, portanto, não era considerado sujeito de direito, pois era propriedade do dominus. Nesse período, constatamos que o trabalho do escravo continuava no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente até o momento em que o escravo vivesse ou deixasse de ter essa condição. Entretanto, não tinha nenhum direito, apenas o de trabalhar.

Na Grécia, Platão e Aristóteles entendiam que o trabalho tinha sentido pejorativo. Envolve apenas a força física. A dignidade do homem consistia em participar dos negócios da cidade por meio da palavra. Os escravos faziam o trabalho duro, enquanto os outros poderiam ser livres. O trabalho não tinha o significado de realização pessoal. As necessidades da vida tinham características servis, sendo que os escravos é que deveriam desempenhá-las, ficando as atividades mais nobres destinadas às outras pessoas, como a política.

Tal entendimento iniciou-se com a criação do mundo, uma vez que o trabalho era considerado desonroso. Porém, em Roma, por volta de 284 a.C., houve uma mudança na forma de contratação da mão-de-obra, com as pessoas alugando suas energias ou resultado de trabalho em troca de pagamento. Posteriormente, surge o Feudalismo, onde considerava o trabalho uma forma de castigo. O senhor feudal oferecia a seus servos, além de trabalho, proteção política e militar, no afã daqueles prestarem serviços na sua terra. Os servos tinham de entregar parte da produção rural aos senhores feudais em troca da proteção que recebiam e do uso da terra.

Em outro momento, surgem as corporações de ofício que tinham sua formação composta pelo mestre, que era quem dominava toda a técnica de determinado trabalho, o companheiro, que já tinha conhecimento sobre o ofício e recebia salário do mestre, mas, para se tornar mestre, deveria passar por uma prova, comprovando sua capacidade e os aprendizes que, em geral, eram pessoas entre 12 e 14 anos que pagavam para que os mestres os ensinassem o ofício.

A jornada de trabalho nas corporações de ofício era desgastante, chegando até a 18 horas no verão; porém, na maioria das vezes, terminava com o pôr-do-sol, por questão de

qualidade de trabalho e não por proteção aos aprendizes e companheiros.

No ano de 1791, com a Revolução Francesa, houve o fim das corporações de ofício e, logo após, com a revolução industrial, o trabalho foi transformado em emprego, com os trabalhadores passando a trabalhar em troca de salários.

Com a revolução industrial, o homem começou a ser substituído pela máquina, passando a ter que aprender a operar o equipamento para que pudesse se manter no mercado de trabalho, porém, com isso os empregadores, os exploravam e passaram a contratar mulheres e menores para fazer os trabalhos, já que os faziam por mais tempo e com salários muito mais baixos. Diante de tal situação de exploração, o Estado, reconhecendo a desigualdade de poder existente entre patrão e empregado se viu obrigado a intervir nas relações trabalhistas, visando o bem-estar social e as melhorias nas condições de trabalho.

Em muitas regiões da Europa, os trabalhadores se organizaram para lutar por melhores condições de trabalho. Os empregados das fábricas formaram as trade unions (espécie de sindicatos) com o objetivo de melhorar as condições de trabalho dos empregados. Houve também movimentos mais violentos como, por exemplo, o ludismo. Também conhecidos como "quebradores de máquinas", os ludistas invadiam fábricas e destruíam seus equipamentos numa forma de protesto e revolta com relação à vida dos empregados. O cartismo foi mais brando na forma de atuação, pois optou pela via política, conquistando diversos direitos políticos para os trabalhadores.

É a partir do término da primeira guerra mundial que as Constituições dos países começam a tratar do direito do trabalho, iniciando pela do México em 1917, posteriormente pela de Weimar de 1919, no mesmo ano, surgindo o Tratado de Versailles e a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) expedindo convenções e recomendações visando proteger as relações entre empregados e empregadores.

Nas palavras de Amauri Mascaro Nascimento (2001, p.33):

A constituição de Weimar observou novas idéias decorrentes dos princípios que eram institucionalizados, inclusive a intervenção do Estado na defesa dos trabalhadores. Para Mário de La Cueva, representa não só o intervencionismo estatal, mas também um socialismo de Estado e, em consequência, a possibilidade de melhorar coletivamente as condições de vida dos homens. Em seu tempo foi o direito mais avançado da Europa.

Em 1927, na Itália surge a Cartal Del Lavoro, instituindo um sistema corporativista-facista com o Estado interferindo nas relações entre pessoas, determinando o que seria melhor para cada um e a produção nacional, modelo este que foi adotado por outros países como

Portugal, Espanha e Brasil.

Sobre a influência do corporativismo empreendido na Carta Del Lavoro no Direito do Trabalho, assim dispõe Amauri Mascaro Nascimento (2001, p.35):

A influência do corporativismo no direito do trabalho prende-se ao próprio tipo de estrutura político-social de que se reveste o Estado. Segundo o princípio corporativo econômico da Carta Del Lavoro italiana “Il complesso della produzione é unitario dal punto di vista nazionale...”. Por força dessa proposição que contém um princípio de integração dos fins econômica estatal, o que importa na responsabilidade pública dos empreendedores, na colaboração, institucionalmente assegurada, entre categoria profissional e econômica e a estruturação jurídica de órgãos que permitam a realização destes fins.

No Brasil, havia leis ordinárias que tratavam do trabalho, tais como as da organização dos sindicatos rurais (1903) e urbanos (1907), profissões e trabalhos das mulheres (1932), salário mínimo (1936), Justiça do Trabalho (1939), etc.

Em 1º/05/1943, com o Decreto-lei nº 5.452, foi aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) que reuniu as leis esparsas existentes na época, não sendo um código.

A Constituição de 1946 restabeleceu o direito de greve, rompendo de certa forma, com o corporativismo da Carta de 1937, apresentando um rol de direitos trabalhistas superior àqueles das Constituições anteriores.

A Constituição de 1967 manteve os direitos trabalhistas previstos nas Constituições anteriores e passou a prever o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, que havia criado pela Lei 5.107, de setembro de 1966.

Por fim, a Constituição Federal de 1988, promulgada em 05 de outubro de 1988, tratando dos “Direitos Sociais” (art. 6º), regula de forma particular a matéria pertinente ao Direito do Trabalho nos arts. 7º a 11, tratando os direitos trabalhistas como Direitos sociais e Garantias Fundamentais.

3 A JUSTIÇA DO TRABALHO E O “*JUS POSTULANDI*”

O *jus postulandi* surgiu através no Decreto nº 1.237 baixado pelo então Presidente Getúlio Vargas, em 02 de maio de 1939, que em seu artigo 42 previa que: “O reclamante e o reclamado deverão comparecer pessoalmente à audiência, sem prejuízo do patrocínio de sindicato ou de advogado, provisionado ou solicitador, inscritos na Ordem dos Advogados.”

Depois houve a promulgação do Decreto Lei nº 6.596 de 12 de dezembro de 1940, que regulamentou a Justiça do Trabalho, confirmando essa livre capacidade postulatória das

partes, conforme artigo 90: “Os empregados e empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”

Por último, o Decreto Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943, estabeleceu a Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT (BRASIL, 2010, p. 741), que nos seus artigos 791 e 839 acolheu o preceito adotado anteriormente, e manteve o *jus postulandi* na legislação atual e vigente, *in verbis*:

Art. 791 – Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

[...]

Art. 839 – A reclamação poderá ser apresentada:

a) pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por *seus representantes*, e pelos *sindicatos de classes* (Brasil, 2010, p. 741).

Com base nesses dispositivos afirma Sérgio Pinto Martins (2004, p. 421):

Jus Postulandi é uma locução latina que indica o direito de falar, em nome das partes, no processo, que diz respeito a advogado.

No processo do trabalho, *jus postulandi* é o direito que a pessoa tem de estar em juízo, praticando pessoalmente todos os atos autorizados para o exercício do direito de ação, independentemente do patrocínio de advogado.

O *jus postulandi* é considerado, pela maioria da doutrina, princípio de Direito Processual do Trabalho que surgiu como elemento facilitador do acesso do trabalhador ao órgão estatal responsável pela proteção de seus direitos trabalhistas, visto que sempre foi a parte mais frágil na relação jurídica laboral.

Ademais, tendo em vista que a maioria das vezes o empregado só procura a justiça do trabalho após o despedimento – muitas vezes com medo de sofrer represálias durante o pacto laboral -, bem como que nesta ocasião àquele se encontra em dificuldade financeira, a oportunidade concedida por nosso ordenamento de litigar sem a assistência de um profissional do direito eleva-se de grande valia, sob pena do cerceamento do acesso à justiça.

A título de exemplificação sobre a questão abordada e de como decidem os Tribunais, cito uma Ementa de Jurisprudência que sintetiza o pensamento dos Tribunais Trabalhistas e também do Tribunal Superior do Trabalho acerca dessa intrincada questão, vejamos:

JUS POSTULANDI – RECEPÇÃO pelo ART. 133 da CARTA MAGNA – AUSÊNCIA de OBRIGATORIEDADE de ADVOGADO – Ao elevar em nível constitucional o princípio que consagra a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, o constituinte não pretendeu, por certo, extinguir o *jus postulandi* das partes no Judiciário Trabalhista, visto que condicionou sua aplicação "aos limites da Lei" (art. 113 da CF, parte final), o que autoriza a conclusão de que

subsiste o art. 791 da CLT, enquanto não sobrevier norma federal dispendo em sentido contrário. (TRT 12ª Região – RO-V 02527-2004-035-12-00-9 – 07077/2005, Florianópolis, 2ª T. Relª Juíza Ione Ramos, J. 07.06.2005).

Nesse passo, a possibilidade das partes de pleitear seus interesses em juízo sem a necessidade do advogado, foi criado visando garantir a aplicação de alguns princípios consagrados Carta Magna brasileira tais como: o acesso à justiça, art. 5º, XXXV; contraditório, art. 5º, LV; a inafastabilidade do acesso ao Poder Judiciário independentemente do pagamento de taxas, art. 5º, XXXIV; o direito a jurisdição, art. 5º, XXXV, etc.

Assim sendo, tal princípio foi criado pelo legislador para favorecer as classes menos abastadas frente à Justiça do Trabalho, permitindo assim que a própria parte que não possui recursos para custear um advogado sem prejuízo de seu próprio sustento buscase o Poder Judiciário para defender seus direitos resultantes de sua atividade laboral.

Nas palavras de Carlos Henrique Bezerra Leite (2007, p. 374):

O *jus postulandi* nada mais é do que a capacidade de postular em juízo, daí chamar-se, também, de capacidade postulatória, que é a capacidade reconhecida pelo ordenamento jurídico para a pessoa praticar pessoalmente, diretamente, atos processuais.

Distintamente do Processo Civil, que através do artigo 36 do Código de Processo Civil institui a obrigatoriedade e reconhece o advogado como único detentor de capacidade postulatória, o Processo do Trabalho através do princípio em questão estabelece uma possibilidade para que as partes sejam representadas, dependendo unicamente de sua vontade pleitear causa própria em juízo. O grande conflito no campo doutrinário se deve ao fato do legislador não ter fixado limites a esse princípio, surgindo então grande divergência no que concerne a amplitude que pode ser dada ao *jus postulandi*.

4 A INDISPENSABILIDADE DO ADVOGADO

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil descreve o advogado como sendo o bacharel em direito, inscrito no quadro de advogados da OAB, o qual cumpre o papel de postulação ao Poder Judiciário, como representante judicial de seus clientes e atividades de consultoria e assessoria em matérias jurídicas.

São advogados todos os que amparam os interesses das partes, sejam elas quais forem, mesmo quando recompensados pelos cofres públicos (advogados estatais, defensores públicos), ou seja, são os representantes imprescindíveis, que atuam em nome das partes e no

interesse da Administração Pública

Nas palavras de dos eminentes juristas Ada Pellegrini Grinover e Cândido de Rangel Dinamarco (1995, p. 216):

O advogado aparece como integrante da categoria dos juristas, tendo perante a sociedade a sua função específica e participando, ao lado dos demais, do trabalho de promover a observância da ordem jurídica e o acesso dos seus clientes à ordem jurídica.

Nota-se que a advocacia não é somente uma profissão é um múnus público no sentido de que é a base para o exercício de todas as demais funções fundamentais a justiça, sendo este o fulcro que orientou o constituinte de 1988, a primeira em aplicar nas constituições brasileiras a figura do advogado como indispensável à administração da justiça e faz sentido, pois é esse profissional que detém a princípio, o *jus postulandi*.

O princípio da indispensabilidade do advogado não foi inserido na Constituição como favor corporativo aos advogados ou para reserva de mercado profissional, sua *ratio* é de evidente ordem pública e de acentuado interesse social, como instrumento de garantia de efetivação da cidadania, sendo uma garantia da parte e não do profissional.

O advogado aparece como sendo uma peça integrante da organização judicial, como um órgão intermediário entre o juiz e a parte, na qual o interesse privado de alcançar uma sentença favorável e o interesse público de obter uma sentença justa se amoldam e se acordam, razão pela qual sua função é indispensável ao Estado.

O ato da postulação pode ser acentuado como ato de solicitar ou exigir a prestação jurisdicional do Estado, o que determina qualificação técnica, razão pela qual a promove inicialmente o advogado em nome de seu cliente, função tradicional historicamente confiada à advocacia, já que o advogado tem o monopólio da assistência e da representação das partes em juízo, tendo em vista que nenhuma pessoa pode postular em juízo sem a assistência de um advogado, a quem cabe o exercício do *jus postulandi*.

É certo que no ordenamento jurídico brasileiro são três os figurantes imprescindíveis a administração da justiça: o advogado, o juiz e o promotor, de maneira que o primeiro postula, o segundo julga e o terceiro fiscaliza a aplicação da lei, sendo que cada um desempenha seu papel de modo paritário, podendo-se dizer metaforicamente que o juiz simboliza o Estado, o promotor a lei, o advogado o povo e todos os demais são auxiliares coadjuvantes

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1993, p. 315), analisando o princípio da isonomia assegurado pela Constituição, coloca magistralmente, a função do advogado no seu devido lugar dizendo que:

O juiz, promotor e advogado (público ou privado) formam um tripé sem o qual não funciona a Justiça; promotor e procurador atuam como partes no processo; ambos defendem o princípio da legalidade, emitindo pareceres nos processos judicial e administrativo, respectivamente, sendo obrigados à mesma imparcialidade com que o juiz aplica a lei aos casos concretos. O promotor defende a sociedade, o procurador defende o Estado, o defensor público defende o pobre. No entanto, o grande ponto comum é o fato de corresponderem todas elas a carreiras jurídicas, cabendo a todos os seus integrantes, por meios institucionais diversos, a tutela do direito. Não é por outra razão que a Constituição colocou, no mesmo Título, a Justiça e as funções essenciais.

A participação do advogado, ao lado da parte, responde também a um interesse público, tendo em vista que ao favorecer a parte, pelos motivos antes expostos, o patrocínio forense também atua de forma categórica no funcionamento pleno e eficaz da justiça, e a concretização de uma justiça efetiva e célere tem uma acentuada função social.

A função social do advogado conclui no seu bojo questões de derradeira relevância para a sociedade, tendo em vista que o ministério privado da advocacia é função indispensável para o funcionamento da justiça conforme proclama a Constituição federal. Cumpre citar que não é exclusivamente a justiça que não pode prescindir da advocacia, mas o Estado Democrático de Direito também é dependente do nobre ofício dos advogados.

5 *JUS POSTULANDI* E O CONFLITO COM A LEGISLAÇÃO VIGENTE

O direito é preparado de acordo com o modelo fático, ou seja, em consonância com a problemática social que se desenrola, já que deve atender aos anseios da sociedade para a qual foi criado. Assim, a sucessão de leis é ato de rotina na vida do direito, já que depois de certo tempo a lei se revela imprópria para novas adaptações e a sua substituição por outra lei passa a ser um imperativo, sob pena desta lei torna-se anacrônica.

A perda da vigência pode ocorrer pela revogação por outra lei, decurso do tempo e o desuso (modalidade que muitos doutrinadores não aceitam). No Direito brasileiro, conforme dispõe o art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil (BRASIL, 2010, p. 252), vigoram os seguintes preceitos quanto à revogação:

Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º **A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando esteja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.**

§ 2º a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei

revogada perdido a vigência. (Grifos nossos).

Fazendo uma análise da Consolidação das Leis do Trabalho que foi promulgada em 1º de maio de 1943 com o dispositivo normativo supracitado verifica-se que nada mais natural do que nesse grande intervalo de tempo tenham ocorrido mudanças práticas e consequentemente legislativas que tenham alterado vários de seus preceitos.

E com o advento de novas legislações nesses sessenta e cinco anos que muitos doutrinadores vêm defendendo justamente que houve a revogação do *jus postulandi*, e qualquer execução diversa daquela prevista na Lei de Introdução ao Código Civil, estaria depreciando inteiramente as bases de comparação utilizadas para a solvência de conflitos entre as normas, que já estão fixados e reconhecidas há muitos anos.

5.1 O *jus postulandi* e a Constituição Federal de 1988

O legislador ao inserir o princípio do *jus postulandi* na CLT buscou facilitar o acesso das partes ao Judiciário pelo menos no âmbito da Justiça do Trabalho. No entanto, discutiu-se, muito após a vigência da Constituição de 1988, a sobrevivência do *jus postulandi* diante da redação de seu art. 133, que assegura ser o advogado “indispensável à administração da justiça”.

Como bem lembrar o eminente jurista Wagner D. Giglio e Claudia Giglio Veltri Corrêa (2005, p. 462), os tribunais chegaram a se recusarem a receber reclamações verbais:

Alguns Tribunais Regionais, precipitadamente, chegaram a eliminar o serviço encarregado de receber reclamações verbais, e alguns juízes passaram a recusar o recebimento e o processamento de reclamações não subscritas por advogado, por entenderem que o art. 791 da CLT se atritava e não sobrevivia diante do art. 133 da Constituição Federal.

Iniciou-se, assim, uma árdua discussão doutrinária sobre a sobrevivência do instituto do *jus postulandi*. Parte da doutrina sustentava a aplicação do artigo da Lei Magna e revogação da norma contida na legislação trabalhista, enquanto outros entendiam que a aplicação do artigo 133 não revoga o preceito em estudo por se condicionar aos limites da lei, no caso, a CLT.

Sobre o surgimento do art. 133 da Constituição Federal de 1988, José Afonso da Silva (1996, p. 510) observa que: “o princípio da essencialidade do advogado na administração da Justiça é agora mais rígido, parecendo, pois, não mais se admitir postulação judicial por

leigos, mesmo em causa própria, salvo falta de advogado que o faça”.

Como acertadamente observou o eminente jurista José Afonso da Silva e a partir de uma primeira leitura do art. 133 Constituição Federal de 1988 tinha-se a impressão que o instituto *do jus postulandi* teria sido extinto de qualquer seara.

O debate acerca da sobrevivência do *jus postulandi* foi levado até o Supremo Tribunal Federal, que julgando matéria penal, *habeas corpus*, afirmou que a Constituição Federal de 1988 não teria revogado as normas legais especiais que autorizam expressamente os atos processuais das partes (STF, TP, HC 67.390-2, DJ, 6.4.90).

Em que pese a Corte Constitucional brasileira ter afirmado que o art. 133 da Constituição de 1988 não revogou as normas especiais sobre a postulação das partes, os efeitos dessa decisão não vinculava os Tribunais e juízes, já que foi apenas uma questão incidente de um processo que se estende somente as partes do litígio não podendo, portanto, ser estendido a outros processos.

Assim, considerando que o Supremo Tribunal Federal é o guardião da Constituição, e que a ele compete interpretá-la, vê-se que muito embora a decisão não tivesse efeitos vinculantes sobre os tribunais não restou dúvida quanto à posição do Supremo no que se refere à sobrevivência do *jus postulandi*.

Algum tempo depois, o Tribunal Superior do Trabalho pacificou o entendimento no sentido de que o instituto *do jus postulandi* não foi revogado com o advento do Constituição de 1988:

Sempre foi da tradição do Direito Processual do Trabalho poderem, empregado e empregador, postular e defender pessoalmente seus direitos, independentemente da assistência dos profissionais do Direito, devendo ser destacado que, antes mesmo da atual Constituição prescrever a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça (art. 133), idêntica norma já existia na legislação infraconstitucional (art. 62 da Lei n. 4.215, de 27. 463 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), e nem por isso entendeu-se que fora revogada a norma consolidada (art. 791). Por isso mesmo, ao elevar ao nível constitucional o princípio consagra a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, o constituinte não pretendeu, por certo, extinguir o *jus postulandi* das partes no Judiciário Trabalhista, visto que condicionou sua aplicação “aos limites da lei” (art. 113 parte final), o que autorizou a conclusão de que, enquanto não sobreviver norma federal dispondo em sentido contrário, a subsistência do art. 791 da CLT, que é federal, revela-se compatível com a nova ordem constitucional (TST, RR 478.885/98.4, Milton de Moura França. Ac, 4ª T.).

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 em 2004, surgiu mais um conflito entre o instituto do *jus postulandi* e a Constituição Federal de 1988, já que esta emenda deu uma nova redação ao art. 114 da Carta Magna ampliando a competência da Justiça do Trabalho.

Como a CLT dispunha que somente os sujeitos da relação de emprego poderiam ajuizar uma ação na Justiça do Trabalho, o *jus postulandi*, por corolário somente seria aplicável ao empregador e ao empregado. Porém, com a ampliação da competência da Justiça do Trabalho em virtude da EC n° 45/2004 passou-se a discutir se os novos sujeitos da relação jurídica processual poderiam se valem do instituto do *jus postulandi*.

Neste ponto, é interessante ver a opinião do ilustre doutrinador Rodrigues Pinto (2005, p. 255):

De fato, o artigo 791 autoriza o *jus postulandi* a empregados e empregadores. Tratando-se de norma excepcional, só lhe cabe interpretação restritiva de alcance. Logo, não podem postular sem advogado, no dissídio individual, as partes que não tenham a qualidade de empregado e empregador. Há diversas situações em que essa qualidade falece aos litigantes no Dissídio Individual. Aqueles que postulam como dependentes de empregados para haver direitos próprios, adquiridos em função do contrato individual de emprego, como a pensão morte, o pecúlio por morte e o auxílio-funeral, não são empregados. Do mesmo modo na execução da sentença proferida em Dissídio Individual, o terceiro embargante pode não ser, e freqüentemente não é empregado nem empregador, intervindo, incidentalmente no dissídio do trabalho.

Da mesma forma, o eminente jurista Renato Saraiva (2009, p. 543) dispôs que após o advento do EC n° 45 que o *jus postulandi* somente se aplicava a relação de emprego, senão vejamos:

Por ultimo, frise-se que, após a EC 45\2004, que ampliou a competência material da Justiça do Trabalho para processar e julgar qualquer lide envolvendo relação de trabalho (art.144, CF), entendemos que o *jus postulandi* da parte é restrito às ações que envolvam relação de emprego, não se aplicando às demandas referentes à relação de trabalhos distintas da relação empregatícia. Logo, em caso de ação trabalhista ligada à relação de trabalho não subordinado, as partes deverão estar empregados por advogados, a elas não se aplicando o art. 91 da CLT, restrito a empregados e empregadores.

Por fim, a doutrina pacificou o entendimento que o *jus postulandi* somente poderia ser utilizados pelos sujeitos da relação empregatícia, devendo os outros sujeitos da relação processual ser assistidos por advogados, o que para parte da doutrina fere frontalmente o princípio do igualdade.

5.2 O *jus postulandi* e o Estatuto da Advocacia e da OAB

A corrente minoritária que defendia que, após a CF de 1988, em função de o art. 133 estabelecer que o advogado é indispensável à administração da justiça, o art. 791 da CLT não mais estaria em vigor, em face da incompatibilidade com o texto constitucional mencionado

ganhou mais com a edição da Lei 8.906 1994 (Estatuto da OAB).

O Estatuto da Advocacia e da OAB que em seu artigo 1º, afirma que é atividade privativa de advocacia “a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”. Instaurou-se então novamente a discussão acerca da revogação do *jus postulandi*, visto que o texto deixa clara a indispensabilidade do advogado em qualquer esfera com única exceção que seria o *habeas corpus*, obrigando a assistência do advogado na Justiça do Trabalho.

A doutrina então volta a divergir, uma corrente entende que a Lei n.º 8.906/94 veio para confirmar o que já havia na Constituição de 1988, sendo necessária a revogação do *jus postulandi*. Enquanto outra interpreta de forma diversa, ressaltando a importância do preceito em questão. Coube então a mais alta Corte, o Supremo Tribunal Federal, esclarecer esse conflito normativo que deu, incidentemente, interpretação ao art. 133 da Constituição Federal, ao rejeitar, por unanimidade, a preliminar de ilegitimidade de parte arguida contra o reclamante, por postular em Juízo sem advogado (Processo de Habeas Corpus nº 67.390-2).

Os tribunais trabalhistas, contudo, em sua maioria, firmaram jurisprudência no sentido de que o art. 791 da CLT está em vigor, permanecendo o *jus postulandi* da parte na justiça do trabalho, mesmo após a promulgação da CF 88. No mesmo sentido preconizado, os seguintes excertos:

AUDIÊNCIA TRABALHISTA. PRESENÇA DA PARTE. ADVOGADO. ESPECIFICIDADE DA LEGILAÇÃO LABORAL. JUS POSTULANDI. No processo do trabalho vigora o *jus postulandi*. Assim, não é obrigatório que a parte se faça acompanhar por procurador, concretizando-se em mera faculdade, sendo que a necessidade de comparecimento, em audiência, é exclusiva dos demandantes. É o que se infere do art. 843 da CLT. (TRT – 14 – Recurso Ordinário RO 00484.2008.091.14.00-8).

JUS POSTULANDI - FACULDADE E NÃO OBRIGAÇÃO LEGAL DE POSTULAR EM JUÍZO SEM A ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO. O direito de acesso à justiça, enquanto princípio fundamental inserto na CF/88, é extensivo a todos e, portanto, não pode ser tolhido pelo Poder Judiciário sob o manto da existência do *jus postulandi*, que é faculdade atribuída ao jurisdicionado e não obrigação de postular em juízo sem a assistência de advogado. (TRT – 7 - Recurso Ordinário RO 1707001820085070031 CE 0170700 - 1820085070031) (grifo nosso).

Por fim, vale trazer à baila o julgamento da ADI 1.127, proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil – AMB, na qual o STF declarou inconstitucional a expressão “qualquer” constante do art. 1º, I, da Lei 8.906 1994: “Art. 1º São atividades privativas de advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais. (Grifo nosso)”.

Decidiu o Supremo que a inconstitucionalidade da palavra “qualquer”, pois, em certos atos judiciais, a presença do advogado pode ser dispensada o que permite a aplicação do *jus postulandi* na Justiça do Trabalho (STF, ADIs 1.105/DF e 1.127/DF, Rel. p/ o ac. Min. Ricardo Lewandowski, j. 17-5-2006).

6 LIMITES DO *JUS POSTULANDI*

Infere-se do art. 791 da Consolidação das Leis Trabalhistas que, diferentemente do Processo Civil, no Processual do Trabalho podem, empregado e empregador, postular e defender pessoalmente seus direitos, independentemente da assistência dos profissionais do Direito. Ocorre que, os tribunais superiores tem adotado o entendimento no sentido da manutenção do instituto do *jus postulandi*, na fase recursal, como obrigatório, apesar da lei que embasa o referido não fixar limite para seu uso. Nesse sentido, nossa jurisprudência é farta, consoante se pode perceber:

JUS POSTULANDI. LIMITAÇÃO. O *jus postulandi*, previsto no art. 791 da CLT, diz respeito ao andamento do feito em 1ª instância, sendo que o ato recursal é privativo de advogado, nos termos do Estatuto da OAB. (Brasil, Tribunal Regional da 12ª Região, Relator Juiz C. A. Godoy Ilha, Acórdão num: 12796, ano: 2001, decisão em 02.10.2001).

JUS POSTULANDI EXTENSÃO E LIMITES. POSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ORDINÁRIO DIRETAMENTE PELA PARTE. O *jus postulandi* traduz a capacidade postulatória conferida pela lei trabalhista à própria parte, que não necessita constituir procurador habilitado para praticar atos no processo laboral, sendo certo que, ao elevar ao nível constitucional o princípio que consagra a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, não pretendeu o constituinte extinguir o *jus postulandi* das partes no Judiciário Trabalhista. (Brasil, Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região, Recurso Ordinário nº. 00933-2003-108-03-00-0, Relator Juiz Maurício José Godinho Delgado, decisão em 24/11/2003).

Impende ressaltar, a celeuma outrora existente no TST em relação ao Recurso de Revista, reconhecendo amplamente o *jus postulandi* da parte, de acordo com a jurisprudência abaixo:

RECURSO DE REVISTA. "JUS POSTULANDI". NÃO CONHECIMENTO DE RECURSO MANEJADO PELA PARTE.

O art. 791 da CLT consagra o "jus postulandi" e nada restringe, porquanto onde a lei não faz restrições não cabe ao intérprete colocar freios onde o legislador não os colocou. Tal interpretação afina melhor com a tecnologia do Direito do Trabalho, a sua natureza tuitiva e, ainda sem prejuízo da solenidade das formas, o natural desatavio do processo dos autos ao TRT da 12ª região pára apreciar e julgar o recurso ordinário como de direito. (TST – RR – 11406/2002-900-12-00- AC. 3ª Turma – Rel. Juiz Convocado Ronald Cavalcante Soares – DJ- 27/05/2005.)

HONORÁRIOS DE ADVOGADO – SUBSISTÊNCIA DO ART. 791 DA CLT- SENTIDO E ALCANCE DO ART. 133 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Sempre foi da tradição do Direito Processual do Trabalho poderem, empregado e empregador, postular e defender pessoalmente seus direitos, independentemente da assistência dos profissionais do direito, devendo ser destacado que, antes mesmo da atual Constituição prescrever a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça (art. 133), idêntica norma já existia na legislação infraconstitucional (art. 62 da Lei nº 4.215, de 27.4.63 – Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), mas nem por isso entendeu-se que fora revogada a norma consolidada (art. 791). Assim, ao elevar ao nível constitucional o princípio que consagra a indispensabilidade do advogado à administração da Justiça, o constituinte não pretendeu, por certo, extinguir o *jus postulandi* das partes no Judiciário Trabalhista, visto que condicionou sua aplicação "aos limites da lei" (art. 113 – parte final), o que autoriza a conclusão de que, enquanto não sobreviver norma federal dispendo em sentido contrário, a subsistência do art. 791 da CLT, que é federal, revela-se compatível com a nova ordem constitucional. Pertinência dos Enunciados nºs 219 e 329 do TST. Recurso de revista provido. (RR-539.763/1999, Relator Ministro Milton de Moura França, 4ª Turma, DJ 14/05/2004, unânime.) (Grifo nosso).

Assim, em face das jurisprudências expostas, percebe-se que o TST divergia sobre a manutenção do instituto o *jus postulandi* em fase recursal, em corolário da inexistência de norma federal que discipline a matéria, pois, enquanto subsistir a CLT, esta não traz quaisquer restrições às instâncias ordinárias, não cabendo ao intérprete colocar freios onde o legislador não os colocou.

Portanto, pode-se concluir que o *jus postulandi* não prevalece no TST. Logo, em caso de recurso de revista interposto, ele deverá ser subscrito por advogado, assim como qualquer outro recurso que venha a tramitar no TST. Em outras palavras, o *jus postulandi* doravante somente prevalecerá nas instâncias ordinária

Por fim, em caso de eventual recurso extra para o Supremo Tribunal Federal, ou mesmo recurso encaminhado ao Superior Tribunal de Justiça, também deve ele ser subscrito por advogado, sob pena de o apelo não ser conhecido:

JUSTIÇA DO TRABALHO. JUS POSTULANDI. VALIDADE. ARTIGOS 791 E 839 DA CLT. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. A jurisprudência predominante é no sentido de que ainda vigora no processo do trabalho o chamado "*jus postulandi*", que autoriza que empregados e empregadores possam reclamar pessoalmente na Justiça do Trabalho, além de acompanhar suas ações até o final, independentemente de estar assistidos por advogado. Embora a validade deste princípio da postulação pelas próprias partes tenha sido questionada quando da promulgação da Constituição de 1988 - cujo artigo 133 preceitua que o advogado é indispensável à administração da justiça -, é certo que permanecem em vigor os dispositivos da CLT que lhe dão sustentação, que são os artigos 791 e 839. Enquanto não houver manifestação definitiva do excelso Supremo Tribunal Federal acerca da não-recepção destes dispositivos por parte na nova ordem constitucional, é mesmo de se autorizar que as ações 70 trabalhistas sejam processadas pela via da atermação ou, até, por meio de petição redigida e elaborada pelo próprio postulante. É certo, ainda, que esta prerrogativa também envolve a interposição de recursos perante os tribunais (todos eles; inclusive, os Superiores), pois é justamente esta a preceituação

do citado artigo 791 da CLT, no sentido de que "os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar suas reclamações até o final". Diante deste panorama, também não se poderá impor à parte que recorre, com base no "*jus postulandi*", qualquer excesso de formalismo na elaboração do apelo, sob pena de desvirtuação do próprio instituto. Isto significa que basta que esta se manifeste em juízo, seja de forma escrita, seja por meio de manifestação tomada a termo na Secretaria da Vara, expressando a sua discordância quanto à decisão proferida. (Tribunal Regional do Trabalho da 3ª. Região, Processo num. 00343-2004-054-03-00-1, Relator Hegel de Brito Boson, decisão em 31.08.2005).

Por conseguinte, resta demonstrado a capacidade conferida pelo legislador a qualquer pessoa para postular na seara trabalhista na instância ordinária, mas quando se trata recurso endereçado ao Tribunal Superior do Trabalho, ao Superior Tribunal de Justiça e ao Supremo tribunal Federal é indispensável à apresentação de um advogado com capacidade postulatória.

Com relação ao uso do instituto *jus postulandi* por terceiros na esfera trabalhista tem-se o seguinte entendimento:

AGRAVO DE PETIÇÃO INTERPOSTO PELO ARREMATANTE SEM ASSISTÊNCIA DE ADVOGADO. NÃO-CONHECIMENTO DO APELO. É certo que o instituto do *jus postulandi* permanece no Processo do Trabalho, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988. Entretanto, somente às partes é permitida a manifestação nos autos sem a assistência de advogado (inteligência do art. 791 da CLT). Formulando o arrematante suas pretensões sem a assistência de advogado, impossível conhecer do agravo (Brasil Tribunal Regional da 10ª Região, Relator Juiz Pedro Luiz Vicentin Foltran, processo num. 00022, ano 2002, decisão em 19.04.02).

Nesta toada, é evidente que o uso do *jus postulandi* se restringe às partes, ou seja, há predominância do entendimento de que tal instituto não pode ser exercido por quem não é parte no processo trabalhista, em razão da norma contida no art. 791 da CLT e a jurisprudência elencada acima.

7 A GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA E OS MALEFÍCIOS DO *JUS POSTULANDI*

O acesso à Justiça se originou da necessidade de integrar as liberdades clássicas, inclusive as de natureza processual, com os direitos sociais, vez que não adiantaria ter um direito material e não possuir meios para sua efetivação ou defesa em juízo.

O direito de acesso à jurisdição é um direito à utilização de uma prestação estatal imprescindível para a efetiva participação do cidadão na vida social, e assim não pode ser visto como um direito formal e abstrato indiferente aos obstáculos sociais que possam

inviabilizar o seu efetivo exercício.

A questão do acesso à justiça propõe a problematização do direito de ir a juízo a partir da ideia de que obstáculos econômicos e sociais não podem impedir o acesso à jurisdição, já que isso negaria o direito de usufruir de uma prestação social indispensável para o cidadão viver harmonicamente na sociedade.

Dessa forma, o direito à assistência judiciária gratuita é o direito a advogado, a isenção de custas e despesas processuais, bem como o direito à produção de provas de forma gratuita.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no capítulo que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais em seu artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “a” consagrou como dever do Estado, o direito que tem o cidadão, pobre na forma da lei, de usufruir de uma assistência judiciária gratuita, senão vejamos: “São a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder”.

Ainda no artigo 5º, inciso LXXIV diz que: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Verifica-se, assim, que o direito de acesso à Justiça não está relacionado apenas ao pagamento de custas processuais, mas sim, na necessidade que a parte encontra de ter uma assistência técnica, seja um advogado ou defensor, que na impossibilidade de pagá-lo, deve o Estado fornecer tal proteção.

Porém, em especial na Justiça do Trabalho, com a finalidade de facilitar o acesso das partes ao Judiciário, a lei instituiu o *jus postulandi* como forma de solução a este óbice, mas se esquece que não basta somente o cidadão ter acesso ao Poder Judiciário, ele deve ter meios eficazes defender em juízo o seu direito ameaçado ou que sofreu lesão e isto só pode ocorrer de forma efetiva através da defesa técnica.

Assim, é perceptível que o dever constitucional de acesso à justiça é mais amplo do que simplesmente facilitar a postulação, devendo fornecer meio para que a pessoa litigue.

Nesse mesmo segmento, a doutrina nacional tem-se posicionado no sentido de que a postulação em juízo pela parte sem assistência de um advogado pode acarretar prejuízos a esta, quando a outra parte representada por profissional técnico, tendo em vista que este conhece as peculiaridades de processo judicial.

Corroborando tal entendimento assim dispõe Amauri Mascavo do Nascimento (2001 p. 543):

Sob o ponto de vista técnico, a importância do patrocínio é paralela à progressiva complicação das leis escritas e à especialização, cada vez maior, da ciência jurídica. Se, em uma sociedade primitiva, onde todo o direito se resume em umas poucas e simples práticas consuetudinárias, cada membro pode encontrar-se em condições de

defender-se por si em juízo sem necessidade de uma preparação profissional especial, o incremento da legislação escrita, que fatalmente se desenvolve e se complica com o progresso da civilização, requer para sua interpretação e aplicação o auxílio de um tecnicismo cada vez mais refinado, cujo conhecimento vem a ser monopólio de uma categoria especial de peritos, que são os juristas: de maneira que, para fazer valer as próprias razões em juízo, a parte inexperiente de tecnicismo jurídico sente a necessidade de ser assistida pelo especialista, que se acha em condições de encontrar os argumentos jurídicos em apoio das suas pretensões, o que se faz mais necessário ainda quando, como é a regra nos ordenamentos judiciais modernos, também os Juizes, perante os quais a parte faz valer suas razões, são juristas. Acrescente-se que o tecnicismo das leis adquire uma especial importância, precisamente no cumprimento dos atos processuais, que, para poder conseguir a sua finalidade, devem desenvolver-se segundo certas formas rigorosamente prescritas, cujo conhecimento não se adquire senão através de larga prática: de maneira que a intervenção do jurista parece indispensável, não só para encontrar as razões defensivas que a parte não saberia encontrar por si mesma, e apresentá-la em termos jurídicos, mas também para realizar em seu nome os atos do processo que ela não estaria em condições de cumprir por si na ordem e sob a forma prescrita pelas leis processuais. Essas razões psicológicas e técnicas demonstram que a presença dos patrocinadores responde, antes de tudo, ao *interesse privado da parte*, a qual, confiando ao *expert* não só o ofício de expor suas razões, mas também o de cumprir de sua parte os atos processuais, escapa dos perigos da própria inexperiência e consegue o duplo fim de não incorrer em erros, de forma a ser melhor defendida em sua substância.

Ainda nesse sentido, o saudoso magistrado trabalhista Valentin Carrion (1994, p. 565) escreveu em seus Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho que:

[...] estar desacompanhado de advogado não é direito, mas desvantagem; a parte desacompanhada de advogado era caricatura de justiça; a capacidade de ser parte ou a de estar em juízo não se confunde com a de postular. Já na reclamação verbal, a parte ficava na dependência da interpretação jurídica que aos fatos dava o funcionário que reduzia a termo suas afirmações. Depois vinham as dificuldades do leigo na instrução e nos demais atos processuais, onde o arremedo de Justiça mais se acentua. O *jus postulandi*, a par da vantagem de levar a parte rapidamente ao ajuizamento de uma reclamação trabalhista, trás consigo a desvantagem de se constituir nessa armadilha exatamente pelo desconhecimento das leis e a impotência conseqüente de produzir sua defesa.

Nessa toada, é inegável que o ramo direito do trabalho é um dos mais dinâmicos dentro do direito, possibilitando que as partes, independentemente de advogado, possam ir a juízo formular suas pretensões. Ocorre que, em decorrência do tecnicismo do Direito, para uma efetiva prestação jurisdicional, no âmbito do Direito do Trabalho, em que pese a possibilidade do *jus postulandi*, faz-se necessário a presença de um advogado assistindo a parte autora, até porque as relações de trabalho tem-se tornado cada vez mais complexas e exigem conhecimentos especializados para a formulação das demandas perante o Poder Judiciário.

8 CONCLUSÃO

A Justiça do Trabalho surgiu como um ramo do direito especializado para dirimir os conflitos oriundos da relação de emprego, tendo com uma de suas finalidades a proteção do trabalhador, que é a parte hipossuficiente do contrato de trabalho, já que este muitas vezes submete-se a condições de trabalho incompatíveis com as normas jurídicas para não perder seu emprego.

Para atingir essa finalidade, o legislador pátrio valeu-se de alguns instrumentos que facilitassem o acesso desse trabalhador à justiça, sendo o *jus postulandi* um deles, haja vista que esse instituto possibilitou as partes postular em juízo sem a necessidade de assistência por advogado na Justiça Trabalhista.

O *jus postulandi* quando foi introduzido na sistemática processual brasileira foi muito elogiado, pois possibilitava as pessoas que não possuíam recursos de procurar o Poder Judiciário para reclamar os direitos injustamente violados durante o pacto laboral, sem que fosse necessário recorrer a um advogado.

Conduto, com o passar do tempo, as relações de trabalho ficaram cada vez mais complexas e verificou-se que a assistência técnica de um advogado era imprescindível para a efetivação dos direitos reclamados em juízos, vez que este tinha total domínio de como deveria se desenvolver o processo.

Não bastasse a falta de conhecimento técnico da parte para postular em juízo e as consequentes críticas doutrinárias ao instituto do *jus postulandi*, a Constituição federal de 1988 dispôs em seu art. 133 que o advogado era uma função essencial a administração da justiça, o que levantou a discussão sobre compatibilidade de tal instituto com a nova ordem constitucional.

Houve muita polêmica sobre o tema, tendo, inclusive, alguns tribunais trabalhistas indeferido petições que não estavam subscritas por advogado, sob o argumento de que o *jus postulandi* tinha sido revogado pela Constituição federal.

Em contrapartida, o Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, manifestou-se pela constitucionalidade do instituto do *jus postulandi*, bem como pela sua recepção pela Constituição de 1988, o que colocou um fim a toda essa celeuma jurídica.

Com a edição da Lei 8.906 em 1994 (Estatuto da OAB) o debate sobre o *jus postulandi* ganhou novos contornos, já que este diploma normativo dispunha que era atividade privativa de advocacia a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário. Passou-se, assim, mais uma vez a questionar a sobrevivência do *jus postulandi*, já que a nova legislação era inequívoca ao afirmar era privativa a postulação em qualquer órgão do Poder Judiciário ao

advogado, o que afrontava de forma clara as disposições referente ao instituto do *jus postulandi*.

Todavia, mais uma vez o Supremo Tribunal Federal posicionou-se favorável a manutenção do *jus postulandi* na sistêmica processual brasileira, ao considerar que o Estatuto do OAB não poderia revogar as legislações especiais que permitiam a postulação das partes sem a assistência de advogado.

Como se pode perceber, não resta qualquer dúvida sobre a sobrevivência do *jus postulandi* no ordenamento jurídico brasileiro dentro dos limites estabelecidos pela doutrina e jurisprudência para a sua aplicação na Justiça do Trabalho, haja vista que esse instituto é restrito às demandas oriundas da relação empregatícia e ao âmbito das varas do trabalho e dos Tribunais Regionais do Trabalho, não se estendendo aos tribunais superiores, conforme entendimento majoritário esposado pela doutrina pátria.

Em que pese a manutenção do instituto do *jus postulandi* na atualidade, verifica-se que a sua aplicação muitas vezes causa prejuízo à parte, já que esta não detém os conhecimentos técnicos necessários para buscar em juízo a efetivação dos direitos violados, além disso se a outra parte contrária estiver assistida por advogado o equilíbrio processual necessário para concretização das garantias processuais fica prejudicado, uma vez que a igualdade entre as partes fica comprometida pela discrepância técnica dos postulantes da relação processual.

Conclui-se, portanto, que apesar de o instituto do *jus postulandi* ter sido criado para facilitar o acesso das partes ao Poder Judiciário, hodiernamente, apresentar-se como um obstáculo na concretização das garantias fundamentais processuais, já que não mais traduz a garantia de acesso a justiça, pois contemporaneamente esse direito não é mais só visto em sua feição formal, mas deve ser entendido e aplicado em sua plenitude o que pressupõe não só o acesso ao judiciário, bem como a uma assistência técnica e produção de provas de forma gratuita.

9 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional nº 63, de 15-12-1988. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Código Civil**. Publicado em 10 de janeiro de 2002, 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Consolidação das Leis Trabalhistas**. Publicada em 1º de maio de 1943. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido de

Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 11. ed. São Paulo: 1995.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTR, 2003.

GIGLIO Wagner D; CORRÊA, Cláudia Giglio Veltri. **Direito Processual do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5. ed. 1. tir. São Paulo: LTr, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

_____. **Direito Processual do Trabalho**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Processo Trabalhista de Conhecimento**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2005.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. Ed. Forense, 1983.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

**Submetido em 30 abr. 2019. Aceito em 02 jun. 2019.*



OITENTA TIROS E UM SILÊNCIO: UMA ANÁLISE DO RACISMO INSTITUCIONAL NA SOCIEDADE BRASILEIRA À LUZ DAS NORMAS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

Sérgio Assunção Rodrigues Júnior*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Racismo Institucional e a “Seletividade Enegrecida”; 3. A Vedação à Prática do Racismo nas Normativas Internacionais e no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; 3.1. Normativas Internacionais; 3.2. Caso Simone André Diniz vs. Brasil; 4. Caso Evaldo Rosa dos Santos e o Reflexo da Institucionalização do Racismo; 5. Conclusão; 6. Referências.

RESUMO

A presente pesquisa aborda a vedação à prática do racismo, principalmente na perspectiva institucional, observando normativas internacionais, assim como a jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos, relacionando diretamente ao caso de Evaldo Rosa dos Santos que fora vítima de oitenta tiros disparados por militares. O artigo faz uma análise sobre as previsões nos tratados e convenções internacionais, de modo a ter a concepção se há previsão expressa à prática do racismo. Dessa forma, através de pesquisas aplicadas, qualitativas, exploratórias, bibliográficas, além de meios de comunicação, pretende-se aqui provocar uma discussão crítica sobre o tema no cenário acadêmico de direitos humanos.

Palavras-Chave: Racismo Institucional. Seletividade Enegrecida. Direitos Humanos. Caso Evaldo Rosa dos Santos.

ABSTRACT

The present study dealt with the prohibition of the practice of racism, especially in the institutional perspective, observing international norms, as well as the jurisprudence of the inter-American system of human rights, relating directly to the case of Evaldo Rosa dos Santos who had been the victim of eighty shots fired by the military. The article does an analysis of the predictions in the international treaties and conventions, in order to have the conception if there is express provision to the practice of racism. Thus, through applied, qualitative, exploratory, bibliographical, and media research, it is intended here to provoke a critical discussion on the subject in the academic scenario of human rights.

Key Words: Institutional Racism; Black Selectivity; Human Rights; Case of Evaldo Rosa dos Santos.

*Advogado, Professor de Direitos Humanos, Mestrando em Ciência Jurídica Forense pela Universidade Portucalense (2018 – 2020), Membro do Grupo de Pesquisa “Direitos Humanos e Transformação Social” (UNESA), Pós Graduando em Direito Civil e Processual Civil pela UNESA (2018 – 2020), Pós Graduando em Direito Desportivo pela UCAM (2018 – 2020), Pós Graduado em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (2017). E-mail: sergioassuncaorodriguesjr@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade atual, é notório perceber que a prática do racismo existe de forma patente, de modo que este ocorre nas instituições, clubes, ambientes de lazer, dentre outros.

O racismo por si só, deve ser considerado como abominável em razão de esta conduta ter como intuito, a inferiorização de outro ser humano. Contudo, o questionamento que deve ser trazido é sobre quais efeitos esta prática gera, quando está institucionalizado.

A institucionalização desta conduta pode gerar diversas mazelas, dentre as quais, a morte de várias pessoas. A morte é o resultado em grande número do racismo institucional. Para isto ser demonstrado, será abordado nesta pesquisa, o conceito de racismo institucional e sua consequência em casos práticos, tais como o de Simone André Diniz e de Evaldo Rosa dos Santos.

Além desta temática, há necessidade de se trazer ao debate a “Seletividade Enegrécida”, que é uma decorrência do racismo institucional, motivo pelo qual sua abordagem será efetuada nesta pesquisa.

Há relevante interesse jurídico para a sociedade sobre a discussão desse tema, pois o racismo é uma prática hedionda, que fere a dignidade da pessoa humana, sendo necessário, que esta seja extirpada de nossa sociedade. Logo, é imprescindível a discussão do tema, com o intuito de se expor a sua relevância prática perante a ótica do ordenamento jurídico brasileiro e internacional.

2 O RACISMO INSTITUCIONAL E A “SELETIVIDADE ENEGRECIDA”

Segundo bem expressa André de Carvalho Ramos (2017, pg. 722), citando a parte dos “Considerandos” da Convenção Interamericana contra o Racismo, Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância, racismo é qualquer teoria, doutrina, ideologia ou conjunto de ideia que sustenta a existência de um vínculo causal entre as características fenotípicas ou genotípicas de indivíduos ou grupo de indivíduos com suas características intelectuais, culturais e de personalidade, incluindo o falso conceito de superioridade racial.

Os praticantes do racismo, têm o fito de inferiorizar uma pessoa, por esta não ser da raça destes, através de condutas discriminatórias, que afetam de maneira extremamente degradante a dignidade da pessoa humana.

Importante mencionar que, além disso, cabe informar que, a República Federativa do

Brasil, se rege nas suas relações internacionais, pelo princípio do repúdio ao racismo (PEDRO LENZA, 2016, pg. 545).

Tomando por base esta conceituação, é importante trazermos a noção de Racismo Institucional, que segundo Ramos (2017, pg. 579 – 580), consiste em um conjunto de normas e práticas, geralmente enraizadas em determinada sociedade, de cunho discriminatório, adotados por organizações públicas ou privadas, que movidos por estereótipos e preconceitos, impõe a membros de grupos raciais ou étnicos discriminados, situação de desvantagem no acesso a benefícios gerados pelo Estado e por demais instituições e organizações.

Importante ressaltar que esta institucionalização, pode ser observada através de diversas diferenças existentes na sociedade, tais como, escolaridade, média salarial, acesso à saúde, aprisionamento, entre brancos e afrodescendentes no Brasil.

Com base nisso, é importante trazer o conceito de desigualdade racial, trazido pela lei nº 12.228/2010:

[...] toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica”, propondo programas e políticas públicas.

Pela perspectiva do que fora trazido até o momento, é importante dizer que o racismo institucional por vezes, decorre de condutas que advém de um comportamento repetitivo, como se fosse um “ciclo vicioso”, ou seja, podemos perceber que em determinadas situações, quando pessoas são alvo do racismo institucional, na maioria das vezes, é em razão das suas características, tais como, fisionomia, vestimentas e cor da pele, por estas, já serem estigmatizadas por parte da sociedade, de modo que, este ciclo vicioso, acaba sendo passado de geração a geração, por trás desta rotulação.

Como bem explica Paulo Sumariva (2017, pg. 76), a etiqueta ou rótulo que se impõe a determinada pessoa, gera para os que impõem esse estigma, a expectativa social de que a conduta criminosa venha a ser praticada por esta pessoa, perpetuando o comportamento delinquente e aproximando os indivíduos rotulados uns dos outros.

Com base nesta expectativa estigmatizante que se perpetua na sociedade, que reflete a ideia de que a pessoa por ser negra é tendencialmente criminosa, nós optamos por chamar tal ato de Seletividade Enegrecida.

A Seletividade Enegrecida é exatamente o que fora exposto até o momento, ou seja, a conduta etiquetadora, rotuladora, que de modo tendencialmente racista, impregna a concepção de criminoso à uma pessoa pelo simples fato dela ter a pele negra.

Entendemos que esta perspectiva é corolária do Racismo Institucional, tendo em vista que uma decorre da outra, motivo pelo qual fora abordada as duas conceituações de modo a expor ao leitor, a perspectiva acadêmica sobre tais condutas.

3 A VEDAÇÃO À PRÁTICA DO RACISMO NAS NORMATIVAS INTERNACIONAIS E NO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

3.1 Normativas Internacionais

Tendo em vista a noção de que tudo que é exposto tem que ser fundamentado, irá ser exposto abaixo, algumas normativas que de forma explícita ou implícita, vedam o racismo.

Na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), em seu Artigo 1º afirma que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.”

Percebe-se que na redação da DUDH, temos uma previsão expressa de que todos os seres humanos são livres e iguais, ou seja, podemos depreender deste texto, que qualquer ato que configure uma desigualdade, está em desacordo com a Declaração, logo, o racismo não se enquadra nas permissões da declaração.

Por sua vez, o artigo 2º, no item II, afirma que:

Artigo II, 2 - Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição.

Ao prever que não haverá distinção de qualquer raça, temos uma previsão nítida de vedação ao racismo, em razão deste decorrer especialmente da distinções das raças, pelo praticante do ato racista.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), no seu Artigo 1º e Artigo 13, item 5, prevê que:

Artigo 1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Artigo 13. Item 5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como

toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Quando a CADH informa no Artigo 1º, que não haverá discriminação por motivo de raça e no Artigo 13, item 5, que a lei deverá proibir toda apologia ao ódio racial, está de forma ampla vedando qualquer ato racista, ampliando as causas de incidência deste ato, para melhor proteger o agente que sofrera o racismo.

Além disso, a Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, em seu Artigo 3º, prevê: “Os Estados Membros condenam a segregação racial e o apartheid e comprometem-se a proibir e a eliminar nos territórios sob a sua jurisdição todas as práticas dessa natureza.”

Vale trazer também que em âmbito prisional, este direito a não discriminação também vale, com base no exposto na Regra nº 2 das Regras de Mandela:

Regra 2 1. Estas Regras devem ser aplicadas com imparcialidade. Não haverá discriminação baseada em raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou qualquer outra opinião, origem nacional ou social, propriedades, nascimento ou qualquer outra condição. As crenças religiosas e os preceitos morais dos presos serão respeitados.

Percebe-se que inclusive no âmbito prisional, o racismo é vedado, motivo pelo qual percebemos que em todos os locais, sem qualquer distinção, o racismo é estritamente proibido, sendo este uma forma de se fortificar a solidariedade que é prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com base nas previsões normativas demonstradas, depreende-se que no âmbito internacional, há diversas previsões da vedação à discriminação, que por consequência gera a proibição do racismo, dentro de uma perspectiva igualitária.

3.2. Caso Simone André Diniz vs. Brasil

Na Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), temos o Caso Simone André Diniz vs. Brasil, que foi a primeira vez em que um país membro da Organização dos Estados Americanos (OEA), fora responsabilizado na Comissão por racismo (PAIVA; HEEMANN, 2017, pg. 969).

Simone André Diniz, ao tomar conhecimento de um anúncio no jornal “A Folha de São Paulo” sobre uma contratação de empregada doméstica, entrou em contato com a empregadora, se apresentando como candidata à função, sendo recusada, em razão da cor da

sua pele, motivo pelo qual, Simone apresentou notícia crime por meio da Subcomissão do Negro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/SP, que gerou a instauração de inquérito policial para apurar o ato. Contudo, ao ser concluída a investigação, o Ministério Público, optou por se manifestar pelo arquivamento, por não ter fundamento para oferecer a denúncia, tendo sido esta argumentação acolhida pelo Judiciário, arquivando o caso.

Com base nesta conduta, a Subcomissão e o Instituto Negro Padre Baptista, formalizaram uma denúncia em face do Brasil na Comissão Interamericana, fundamentando, na alegação de que o Brasil não garantiu o exercício do direito à justiça e ao devido processo legal, não realizando de forma correta, a condução dos recursos internos para apurar a discriminação racial sofrida por Simone.

Esta condução do caso à CIDH, só fora possível em razão da Quinta Onda Renovatória, que aborda a internacionalização da proteção dos Direitos Humanos, a qual é bem explicada pelos seus criadores, Diogo Esteves e Franklyn Roger (2018, pg. 71):

O processo de generalização da proteção internacional dos Direitos Humanos desencadeou o surgimento de um novo movimento de acesso à justiça, que conforma o desenvolvimento de uma nova onda renovatória, dedicada à efetividade da proteção jurídica do indivíduo em face do próprio Estado que deveria protegê-lo.

Tendo ocorrida a condução à Comissão, esta informou que o caso, não é o único no Brasil, sendo este um padrão de comportamento das autoridades brasileiras quando se deparam com uma denúncia de prática de racismo. Além disso, afirmou que a exclusão de uma pessoa do acesso ao mercado de trabalho por sua raça, constitui um ato de discriminação racial.

Vale dizer, que o ato ocorrido com Simone, é extremamente grave, tendo em vista que a empregadora, a recusou, única e exclusivamente pelo fato dela ser negra, fortificando ainda mais a ideia de que o racismo está institucionalizado na sociedade, pois ao uma pessoa ser recusada de uma candidatura de emprego, simplesmente por sua cor, percebe-se que esta situação é mais grave do que nós pensávamos.

4 CASO EVALDO ROSA DOS SANTOS E O REFLEXO DA INSTITUCIONALIZAÇÃO DO RACISMO

Conforme noticiado em diversos meios de comunicação, Evaldo dos Santos Rosa que tinha 51 anos de idade, no dia 07 de abril de 2019, levada à sua família para um chá de bebê

de uma amiga, quando teve o carro atingido por 80 disparos de militares que realizavam uma patrulha na Estrada do Caboatá, que está situada no bairro de Guadalupe, na Zona Oeste do Rio de Janeiro.

Junto a Evaldo, estavam no carro, sua esposa, seu filho de sete anos e sua afilhada de treze anos, que saíram ilesos do ocorrido.

Os militares justificaram a conduta praticada, em razão de o carro ser suspeito, pois horas atrás houve um comunicado de que um carro nos mesmos moldes do que o de Evaldo, havia sido roubado nas imediações da localidade, motivo que deixou os militares atentos à esta situação.

Além disso, segundo a mulher de Evaldo, Luciana afirmou o seguinte para a Revista Exame, da Editora Abril (2019):

“Por que o quartel fez isso, meu Deus?”, questionou ela, muito emocionada. “Os vizinhos começaram a socorrer (o meu marido), mas eles continuaram atirando. Eu botei a mão na cabeça, pedi socorro, disse pra eles que era meu marido, mas eles não fizeram nada, ficaram de deboche.”

Não é de hoje, que situações como esta ocorrem, contudo, devemos nos questionar, qual razão levou os militares a atirar oitenta vezes.

Infelizmente, entendemos que a situação é um exemplo nítido de Racismo Institucional por parte dos militares, pois ao serem dados oitenta tiros em um carro, sem ter sido apresentado qualquer reação, não há outra compreensão possível que seja possível realizar, diante desta conduta.

O Racismo Institucional está enraizado de uma forma tão patente, que inclusive nas Forças Armadas é cabível observarmos tal conduta, pois não é concebível acreditar que tal conduta seria praticada também no âmbito da Zona Sul do Rio de Janeiro.

Como bem aponta Renata Tavares (2018, pg. 154):

O que é nascer branco ou ser “lido” como branco na sociedade brasileira? É receber atributos positivos. Por exemplo, se uma pessoa digita “turbante feio” no Google, logo aparecem imagens de mulheres negras; se a for “turbante bonito, aparecerão mulheres brancas”. É saber que não será parado em blitz da política por sua cor. É saber que não precisa proteger seu filho contra o racismo sistêmico. Uma mãe branca, antes do filho sair, sempre lembra de levar o casaco, a mãe negra, lembra o filho de levar o casaco e a identidade! É saber que não terá sua inteligência desafiada por conta da sua classificação étnica.

Entendem? Quando Renata Tavares, afirma que “a mãe negra, lembra o filho de levar o casaco e a identidade”, temos nitidamente demonstrado a institucionalização do racismo.

Por qual razão os bailes funks são estigmatizados como ambiente de drogas e as festas raves não? Por qual motivo temos mais pessoas negras nos subúrbios? A institucionalização é geral, enraizada, sendo nosso papel desenraizá-la.

Para corroborar o afirmado acima, será exposto abaixo outros dizeres de Renata Tavares (2018, pg. 152), que primorosamente, escreve aquilo que todos nós gostaríamos de dizer:

Mas também em situações individuais como o caso Rafael Braga que foi preso em 2013 por porte de produtos de limpeza na época das grandes manifestações que antecederam ao Golpe. Foi solto e após, preso novamente e condenado a uma pena de 11 anos e 3 meses de prisão por tráfico e associação. A prova limitava-se à palavra dos policiais⁸, o juiz não levou em consideração o testemunho da vizinha que afirmou que o acusado apanhou dos policiais. A quantidade da droga: 0,6g de maconha, 9,3g de cocaína e um rojão. Situação completamente diferente de Breno Borges, filho da Desembargadora-presidenta do TRE de Mato Grosso, que foi pego com 130 kg de cocaína e mais de 200 munições de fuzil, aguarda o processo internado numa clínica, após a concessão de um habeas corpus. O acusado foi retirado na Unidade Prisional pela própria mãe, acompanhada de um policial civil, mesmo tendo outro mandado de prisão. A diferença de tratamento demonstra como a sociedade brasileira e as instituições estão impregnadas pela herança colonial da escravidão. Para o pobre negro favelado, a prisão; para o rico branco de Ipanema, ainda que com acusações gravíssimas, uma clínica com piscina!!!

O Racismo Institucional está tão explícito na nossa sociedade, que até dentro do judiciário podemos perceber essa diferenciação de tratamento entre o negro e o branco, o pobre e o rico, assim como o feio e o bonito.

Infelizmente, Evaldo, em um domingo de lazer, fora alvo da institucionalização do racismo, sendo este ato, o que mata, segrega, discrimina e fere a dignidade da pessoa humana (Artigo 1º, inciso III da CRFB/88).

Acreditamos que o ideal nos dias de hoje, seria a perspectiva da Filosofia Existencialista, que aborda o foco no ser humano, pois é nesta, que o humanismo se preocupa com o ser individual, concreto, em razão cada pessoa apresenta um mundo interior personalíssimo, com seu condicionamento e circunstâncias. (NADER, 2017, pg. 268).

Contudo, a igualdade nunca esteve tão desigual na nossa sociedade. Condutas como a que aconteceu com Evaldo, acontecem diariamente, sem que nada seja feito por parte das instituições governantes, motivo pelo qual fortifica o conceito de “racismo institucional”.

Cabe a nós, operadores do direito, apoiadores dos direitos humanos, não se abater e se fortalecer, para honrar o nome de quem foi alvejado pela institucionalização desta prática hedionda, pois como bem ressalta Rodrigo Roig (2018, pg. 18), a busca pela contenção dos danos produzidos pelo exercício desmesurado do poder punitivo encontra principal fonte ética

e argumentativa no Princípio da Humanidade, um dos fundamentos do Estado Republicano e Democrático de Direito.

5 CONCLUSÃO

Através do que fora abordado nesta pesquisa, é de fácil constatação a importância da discussão sobre o racismo institucional, no tocante a igualdade de todos os seres humanos.

Tal conduta criminosa, deve ser repudiada por todos, de modo a não termos que presenciar no futuro, condutas que sejam oriundas desta institucionalização.

O estudo da seletividade enegrecida fora de extrema relevância, tendo em vista que esta é corolária do racismo institucional, pois, ao se estigmatizar a pessoa de cor negra como criminosa, está de fato ocorrendo uma seleção, de que todos os negros seriam criminosos, o que logicamente não é verdade e deve ser sempre combatido.

O Caso Simone André Diniz é o marco do racismo institucional na jurisprudência internacional dos direitos humanos, que por consequência, expandiu a discussão desta conduta. No caso, Simone, se candidatou à uma entrevista de emprego, sendo recusada, pelo simples fato de ser negra, circunstância que fez com que ela, através da OAB/SP, levasse o Caso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sendo reconhecido, o racismo institucional.

Já no Caso Evaldo Rosa dos Santos, entendemos ser este um novo marco do racismo institucional no âmbito brasileiro, em razão deste ter sido alvo de oitenta tiros de militares, sem apresentar qualquer resistência em território pertencente aos militares, tendo inclusive estes, debochado, quando a mulher de Evaldo, solicitou por ajuda.

Com base nisso, entende-se que o Caso de Evaldo, possa se tornar um marco no âmbito internacional de direitos humanos, em razão da conduta violenta que fora perpetrada contra ele, além da necessidade da investigação rigorosa sobre este fato, que além de ser um direito dos familiares, é medida de justiça.

6 REFERÊNCIAS

80 Tiros e o Risco da Impunidade no Rio de Janeiro. Jornal El País. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/04/08/politica/1554759819_257480.html. Consultado no dia 09 de abr. 2019.

80 Tiros: Policiais “ficaram de boche” diz mulher de músico morto em carro. Jornal Exame. Editora Abril. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/policiais-ficaram-de->

deboche-diz-mulher-de-musico-morto-em-carro/>. Consultado no dia 09 de abr. 2019.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Consultado no dia 09 de abr. 2019.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE A ELIMINAÇÃO DE TODAS AS FORMAS DE DISCRIMINAÇÃO RACIAL. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/ConvIntElimTodForDiscRac.html>>. Consultado no dia 09 de abr. 2019.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>>. Consultado no dia 09 de abr. 2019.

ESTEVES, Diogo; ALVES SILVA, Franklyn Roger. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. ISBN: 978-85-309-8179-2.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016. ISBN: 978-85-472-1207-0

NADER, Paulo. **Filosofia do Direito**. 24ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017. ISBN: 978-85-309-7519-7.

PAIVA, Caio Cezar; HEEMAN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência internacional dos direitos humanos**. 2ª ed. Belo Horizonte: Editora CEI, 2017. ISBN: 978-85-93614-00-2.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. ISBN: 978-85-472-1451-7.

REGRAS DE MANDELA. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>>. Consultado no dia 09 de abr. de 2019.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal: Teoria Crítica**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. ISBN: 9788547230654.

SUMARIVA, Paulo. **Criminologia: Teoria e Prática**. 4ª ed. Niterói, Rio de Janeiro: Impetus, 2017. ISBN: 978-85-7626-927-4.

TAVARES DA COSTA, Renata. **O que fazer com minha branquitude? Sobre a atenuante genérica da raça no processo penal brasileiro**. XIII Congresso Nacional de Defensores Públicos – Teses e Práticas Exitosas: Defensoria Pública: Em defesa das Pessoas em Situação de Vulnerabilidade. Santa Catarina, 2017.

** Submetido em 14 abr. 2019. Aceito em 16 mai. 2019.*



A SAÚDE COMO DIREITO SOCIAL FUNDAMENTAL: UM ENFOQUE SOB A ÉGIDE DO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

Talita Verusca Vieira de Araújo*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1 Uma breve análise da divisão dos três Poderes; 2.2 Direito à Saúde: Aplicabilidade e Garantia; 2.3 O Dever do Estado e o Sistema Único de Saúde (SUS); 2.4 O fenômeno da judicialização da saúde; 3. Conclusão; 4. Referências.

RESUMO

O Direito à saúde é tutelado pela Constituição Federal e por normas infraconstitucionais com o fim de garantir a concretização desse direito de forma universal, integral e igualitário. Ocorre que a inércia e ineficiência do Estado no âmbito dos serviços públicos de saúde têm se tornado um dos principais problemas enfrentado pela sociedade brasileira que, reiteradamente, precisa recorrer ao Poder Judiciário para que o seu direito seja garantido e seu bem maior, a vida, seja preservada. Nessa atual conjuntura, o presente estudo tem como objetivo correlacionar a importância da aplicabilidade efetiva do direito fundamental à saúde e a responsabilidade do Estado Democrático Brasileiro, sob a perspectiva do fenômeno da judicialização da saúde. Desta feita, adotando o método procedimental bibliográfico, a pesquisa foi realizada a partir da seleção e análise de artigos científicos, dissertações, publicações periódicas e livros que versam sobre o tema em questão. Apesar da Constituição Federal de 1988 reconhecer o Estado como principal responsável em garantir o direito à saúde a todos os cidadãos, estudos demonstram que este tem sido omissivo e progressivamente ineficiente em garantir a proteção e efetivação do direito, razão pela qual há um significativo crescimento de ações individuais e coletivas no Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direito à saúde; SUS; Estado democrático; Poder Judiciário.

ABSTRACT

The right to health is protected by the Federal Constitution and by infraconstitutional norms in order to ensure the realization of this right in a universal, integral and egalitarian manner. It happens that the inertia and inefficiency of the State in the scope of public health services have become one of the main problems faced by the Brazilian society that, repeatedly, has to resort to the Judiciary so that its right is guaranteed and its greater good, life, be preserved. In this current situation, the present study aims to correlate the importance of the effective applicability of the fundamental right to health and the responsibility of the Brazilian Democratic State, from the perspective of the phenomenon of health judicialization. This time, adopting the bibliographic procedural method, the research was done from the selection

* Aluna do Curso de Bacharelado em Direito do Centro Universitário Luterano de Manaus. Contato: talitaverusca_@hotmail.com

and analysis of scientific articles, dissertations, periodicals and books that deal with the subject in question. Although the Federal Constitution of 1988 recognizes the State as the main responsible for guaranteeing the right to health for all citizens, studies show that it has been omission and progressively inefficient in guaranteeing the protection and enforcement of the right, which is why there is a significant growth of individual and collective actions in the Judiciary.

Keywords: Right to health; SUS; Democratic State. Judicial Power.

1 INTRODUÇÃO

Indiscutivelmente a saúde, em seu sentido amplo, é reconhecida como um dos bens mais valiosos que o ser humano pode ter, uma vez que se liga intimamente com o direito à vida e o direito da dignidade da pessoa humana. É sabido que, quando falamos em saúde, não podemos associar somente à presença ou não de doenças, mas sim a todos os fatores internos e externos que permitem à obtenção da melhor qualidade de vida possível.

Neste sentido, o Estado democrático Brasileiro compromete-se, em sua Constituição de 1988, em garantir o exercício dos direitos sociais e individuais, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade, dentre outros valores caracterizadores desta organização política. Vislumbrando, ainda, a aplicabilidade imediata e integral destes, a fim de reduzir as desigualdades sociais e regionais, e garantir o bem-estar de todos.

No que diz respeito aos direitos fundamentais individuais e coletivos, a Constituição Federal de 1988 os reconheceu em seu art. 5.º, por meio de um rol exemplificativo e não-taxativo. Entrementes, a saúde ficou expressa em seu art. 6º como direito social fundamental. A Lei Maior impôs que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado que, por meio de políticas públicas, executadas de forma a prevenir, promover e recuperar a saúde dos indivíduos, garantirá o pleno acesso destes aos serviços, na tentativa de minimizar o risco de doenças e consequentes agravos.

Ademais, o Sistema Único de Saúde (SUS) tem sua previsão na CF/1988, garantindo ao povo brasileiro uma saúde amparada por ações desde a atenção básica até o serviço emergencial e de alto grau de complexidade, de forma universal, gratuita e isonômico. O SUS é organizado pela Lei n.º 8.080/1990 (Lei orgânica da Saúde) que determina fatores determinantes, condicionantes e essenciais à saúde, assim como traça metas para o alcance dos objetivos.

Ocorre que, diante da inércia de outros Poderes, ao longo dos anos observou-se a crescente demanda de ações que versam sobre o direito à saúde no Judiciário, assim esta

atuação positiva e excepcional deste Poder tem permitido a concretização efetiva desse direito, com o fim de garantir o acesso amplo e igualitário de todos os cidadãos aos serviços de saúde. De acordo com o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Mauro Campbell (2019):

O novo diagnóstico numérico indica que existe uma explosão de novos processos de judicialização da saúde no Brasil. As medições anteriores apontavam em 2011 um quantitativo de 240 mil; em 2014, subiu para 392 mil; um ano depois, 2015, pulou para 854 mil; e hoje estamos com mais de 1,5 milhão de processos em tramitação, segundo o CNJ.

Este estudo será de grande relevância, pois irá permitir uma melhor compreensão acerca da judicialização no contexto da saúde, não só por parte de estudantes e profissionais da área do Direito, mas também de usuários dos serviços (público e privado) e, finalmente, de profissionais de outras áreas de interesse, dada a multidisciplinaridade do tema.

Espera-se que este trabalho forneça os subsídios necessários para uma reflexão acerca da concretização do direito fundamental à saúde, bem como do papel do Poder Judiciário na promoção da saúde e, sobretudo da responsabilidade do Estado Democrático Brasileiro.

Assim, a relevância do assunto se dá no entendimento de que, apesar do amparo jurídico, o sistema de saúde vem enfrentando muitas dificuldades para a concretização dos seus ideais e o Estado tem ficado cada vez mais omissos e ineficaz, provocando a insatisfação do usuário e a consequente busca de uma resposta efetiva por meio do Poder Judiciário.

Por fim, entende-se que o estudo se faz necessário, pois permite uma análise da importância da aplicabilidade efetiva do direito fundamental à saúde e a responsabilidade do Estado Democrático Brasileiro sob a perspectiva do fenômeno da Judicialização da saúde.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Uma breve análise da divisão dos três Poderes

Em que pese a divisão dos Poderes ter sido contemplada nas Constituições Brasileiras, a ideia da “tripartição dos Poderes” é arquitetada na obra de Aristóteles conhecida como “Política”, a qual permite a compreensão do Sistema Político sob vários aspectos sociais, delimitando em seu IV livro da retromencionada obra a organização da democracia com a definição de três funções distintas exercidas pelo Governo Soberano, quais sejam, a de legislar, executar/administrar e julgar conflitos (LENZA, 2018, p. 572).

É indiscutível a colaboração de Aristóteles no que tange a divisão dos Poderes aplicada e aprimorada, em contrapartida Barbosa (2006, p. 03) ensina que:

Aristóteles não chegou a formular uma completa teoria acerca da separação dos poderes do Estado, mas sua grande contribuição representa o fundamento para uma reflexão mais ampla sobre o tema, na medida em que demonstra a existência de funções distintas no governo, além de enfatizar o perigo de se atribuir a um só ente o exercício do poder.

A partir da ideia trazida por Aristóteles, o estudioso e filósofo Montesquieu, em sua obra *O espírito das Leis*, busca distinguir as formas de governo e os limites para impedir que o Poder se concentre em um único órgão. Nas palavras de Lenza (2018, p.572) “de acordo com essa teoria, cada Poder exercia uma função típica, inerente à sua natureza, atuando independentemente e autonomamente não mais sendo permitido a um único órgão legislar, aplicar a lei e Julgar”. Desse modo, com a divisão de funções, seria possível equilibrar as decisões políticas e atribuições estatais, de forma que não ocorresse abuso de poder, sobretudo a existência de um governo absolutista.

Nesse sentido, Alexandrino e Paulo (2015, p. 444) frisam que:

O ponto relevante da Teoria de Montesquieu não está na identificação das três funções (elas já haviam sido indigitadas por Aristóteles, na Antiguidade), mas, sim, na ideia de dividir o exercício dessas funções entre órgão independentes, evitando a concentração de todo o poder do Estado nas mãos de uma única pessoa (ou de um único centro de poder), o que segundo seu raciocínio, ensejaria, um controle automático do exercício do Poder estatal. Com efeito, argumentava ele que o simples fato de cada poder (órgão) autônomo exercer suas funções próprias, sem qualquer ingerência dos demais poderes (órgãos) implicaria o automático e recíproco controle de toda a atividade estatal.

Nessa perspectiva, foram estabelecidas funções típicas e atípicas a cada órgão. Assim, compete precipuamente ao Poder Legislativo a criação de Leis, observadas as regras impostas na Carta Magna, contudo atipicamente este também exerce funções de natureza Executiva e Jurisdicional. No que tange ao Poder Executivo, incumbe-lhe a administração do Estado, com o fim de atingir o bem comum. Ademais, desempenha, atipicamente, a função Legislativa e Jurisdicional. Por fim, o Poder Judiciário exerce, predominantemente, a função jurisdicional, qual seja, a aplicação do direito no caso concreto. No entanto, de forma atípica, atua nas atribuições dos demais Poderes (LENZA, 2018, p. 574).

Nesse contexto, Novelino e Cunha Júnior (2017, p. 439) prelecionam que “o que caracteriza a independência entre os órgãos do Poder não é a exclusividade no exercício das funções que lhe são cometidas, mas, sim, a predominância no seu desempenho”.

Não obstante a adoção de um sistema de freios e contrapesos, no qual os Poderes, atuando de forma independente e harmônica, controlam a atuação um dos outros, evitando a sobreposição de um Poder sobre o outro, mormente visando impedir a prática de atos abusivos. Alexandrino e Paulo (2015, p. 447) acrescentam que:

É importante frisar que não se trata de uma permissão genérica para que um poder interfira no funcionamento de outro quando bem entenda, nem de existência de subordinação entre eles, mas sim de procedimentos específicos estabelecidos expressamente no próprio texto da Constituição, destinados a assegurar a harmonia e o equilíbrio entre os Poderes.

Por fim, insta salientar que a Constituição Federal (1988), em seu artigo 2º dispõe que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”, bem como categorizou como Cláusula Pétrea a separação dos Poderes, conforme artigo 60, §4º, inciso III da Carta Magna. Conforme Moraes (2017, p. 313):

[...] o objetivo colimado pela Constituição Federal, ao estabelecer diversas funções, imunidades e garantias aos detentores das funções soberanas do Estado, Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e a Instituição do Ministério Público, é a defesa do regime democrático, dos direitos fundamentais e da própria Separação de Poderes, legitimando, pois, o tratamento diferenciado fixado a seus membros, em face do princípio da igualdade. Assim, estas eventuais diferenciações são compatíveis com a cláusula igualitária por existência de um vínculo de correlação lógica entre o tópico diferencial acolhido por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, pois compatível com interesses prestigiados na constituição.

2.2 Direito à Saúde: Aplicabilidade e Garantia

Para que se discorra sobre o direito à saúde, é, precipuamente necessário compreender que os direitos fundamentais são oriundos de uma complexa evolução histórica. Inicialmente, estes direitos eram definidos como liberdades negativas, uma vez que sua existência estava intimamente ligada com a limitação da atuação Estatal (não fazer). Contudo, com o passar dos anos, os direitos fundamentais passaram a exigir uma ação positiva do Estado (fazer), surgem os denominados direitos sociais (ALEXANDRINO e PAULO, 2015, p. 98).

Outrossim, os direitos fundamentais foram evoluindo em gerações ou, também chamado, de dimensões. Assim, a primeira geração é composta por direitos que exigem por parte do Estado uma abstenção, um não fazer, uma omissão, mormente são inerentes ao indivíduo. Segundo Mendes e Branco (2012, p. 205) “referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. São direitos que não desponta a preocupação com desigualdades sociais”.

Por outro lado, os direitos de segunda geração são os que buscam a redução das desigualdades sociais por meio de uma atuação positiva do Estado, dentre os quais estão o direito à educação, ao trabalho, à assistência social, à segurança, à moradia e etc. Nesse sentido, Mendes e Branco (2012, p. 206) explicam:

[...] direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que obrigam a prestações positivas, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. [...] São chamados de *direitos sociais*, não porque sejam de direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social [...].

Com base nos autores supracitados, o direito à saúde surge dentro dos direitos fundamentais de segunda dimensão, onde sentiu-se a necessidade de que ao lado dos direitos de liberdade e à vida, existisse a atuação do Estado, garantindo, assim, o direito ao trabalho, à saúde, à moradia, uma vez que a efetividade destes é requisito necessário para que se busque o real objetivo do Estado: o bem-estar de todos. Assim, não se pode falar em saúde como algo, tão somente, biológico, pois o homem como um ser político-social, é necessário que os aspectos políticos, econômicos e sociais sejam levados em consideração.

Ademais, o direito à saúde, previsto na Constituição Federal de 1988, é um direito subjetivo de cada cidadão, uma vez que a Lei Maior prevê que o sujeito tem direitos e o Estado o dever de assegurar a efetividade das políticas de saúde implantadas, sem, contudo, retirar essa responsabilidade do próprio indivíduo, quando se trata da saúde coletiva.

Insta destacar que a Constituição Federal de 1988, reguarda os direitos sociais desde o preâmbulo, quando impõe ao Estado Democrático de Direito, “o dever de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores supremos da sociedade fraterna”. Estes deveres configuram o respeito ao fundamento que se prevê no inciso III, art. 1º da CF/1988 “a dignidade da pessoa humana”.

Dessarte, a CF/1988 positivou o direito à saúde, como direito fundamental social, em seu artigo 6º “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Segundo Pinheiro e Asensi (2010, p. 15):

O direito à saúde recebeu destaque no texto constitucional ao ser construído como um serviço de relevância pública, que se caracteriza como essencial para o exercício de outros direitos, sobretudo o direito à vida. A Constituição consolidou demandas sociais relevantes nesta seara, a exemplo dos princípios e das regras específicas do campo da saúde, tais como descentralização,

integralidade, participação etc. O direito à saúde se destaca, como o direito ao cuidado, cujos valores embutidos em suas práticas aportam os atributos doutrinários próprios dos direitos humanos, entendidos como o respeito à diversidade social, cultural e econômica.

É válido enfatizar que o §1º do art. 5º declara que os direitos e garantias fundamentais estabelecidos nas normas do direito brasileiro têm aplicação imediata. Dessa forma, o Estado tem o dever primordial de cumprir os dispositivos constitucionais referentes ao direito à saúde, posto que este é condição necessária para a garantia do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

2.3 O Dever do Estado e o Sistema Único de Saúde (SUS)

Para consolidar o direito à saúde como dever do Estado e direito de todos, a Constituição Cidadã prevê em seu artigo 196 que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”. Como se observa, o Texto Maior estabelece que o Estado não só deverá ser efetivo na proteção dos enfermos ou na recuperação desses, mas, principalmente, na promoção e prevenção à saúde da população, por meio de políticas públicas criadas para tal finalidade, visando a diminuição de riscos de doença e manutenção de um meio saudável.

Quanto à competência, a Constituição Federal em seu artigo 23, inciso II dispõe “que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência”. Ademais, a CF/1988 em seu artigo 24, inciso XII diz que “Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre previdência social, proteção e defesa da saúde”.

A Carta Cidadã em seu artigo 197 prevê que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros (...)”. Dispõe, ainda, no artigo 199 que “a assistência à saúde é livre à iniciativa privada”.

Com efeito, a Lei n.º 8.080/1990 (Lei Orgânica da Saúde) dispõe “sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências”. Como se vê, foi criada uma Lei específica

que disciplina o Sistema único de Saúde, perfazendo os objetivos e atribuições, princípios e diretrizes, a gestão, competência, dentre outros aspectos relacionados ao funcionamento do sistema nas três esferas do Governo, bem como da assistência à saúde no âmbito privado.

Outrossim, a retromencionada Lei reitera que “a saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado promover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Não obstante a menção do dever do Estado em garantir que o direito à saúde efetivado e a todos, a Lei 8080/1990 em seu artigo 2º, §2º assevera que “o dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade”.

Ainda nos termos da Lei 8080/1990, o art. 7º, incisos I a XIV, traz os princípios a serem observados pelos Entes Federados e pelo Serviço Privado integrado no Sistema Único de Saúde na promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como na organização e o funcionamento dos serviços, com o fim de humanizar as ações voltadas à área da saúde, com atendimento universal e integral a todos os usuários.

Em complemento, a CF/1988, em seu artigo 197 define que:

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I- descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II- atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III- participação da comunidade.

Esta última diretriz vem sendo regulamentada pela Lei n.º 8.142/1990 que dispõe sobre “a participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências.” Nas palavras de Sarlet e Figueiredo (2008, p. 138):

[...] o SUS é constituído por uma rede regionalizada e hierarquizada que, preservada a direção única em cada esfera de governo, atua segundo o princípio da descentralização. SUS se caracteriza pela participação direta e indireta da comunidade, tanto no que respeita à definição, quanto relativamente ao controle social das ações e políticas de saúde. Essa participação se realiza por meio dos representantes da sociedade civil junto às sucessivas Conferências de Saúde, que têm competência para fazer proposições às políticas de saúde em cada um dos níveis da federação (cujo modelo mais marcante permanece sendo a VIII Conferência Nacional de Saúde, ainda antes de 1988); perante os Conselhos de Saúde, que atuam no planejamento e controle do SUS, aí incluído o financiamento do sistema, bem como na viabilização de um canal para a participação popular, com a análise de propostas e denúncias; e, ainda, no âmbito das agências reguladoras (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, Câmara de Saúde Suplementar da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA, etc.).

Quanto aos princípios basilares do Sistema Único de Saúde, nos ensina Paim e Silva (2010, p. 113):

No SUS, universalidade supõe que todos os brasileiros tenham acesso igualitário aos serviços de saúde e respectivas ações, sem qualquer barreira de natureza legal, econômica, física ou cultural. A equidade possibilita a concretização da justiça, com a prestação de serviços, destacando um grupo ou categoria essencial alvo especial das intervenções. E a integralidade tende a reforçar as ações intersetoriais e a construção de uma nova governança na gestão de políticas públicas.

Corroborando com os autores supracitados, observa-se que o papel do SUS vai além da manutenção de profissionais de saúde em hospitais, oferta de cirurgias, exames, consultas e no cuidado do paciente. Os princípios da integralidade e da universalidade trazem a importância e a obrigatoriedade da realização de todas as ações necessárias para a promoção, proteção e recuperação da saúde de cada indivíduo, tais como: oferta de vacinas, de medicamentos, da atuação da vigilância sanitária, ações e prevenções de doenças, dentre outros serviços, objetivando atingir toda a coletividade sem distinções ou discriminação de raça, cor, sexo, idade. Conforme Marques (2017, p. 34):

[...] o direito à saúde apresenta dois aspectos: um de âmbito difuso representado pelas medidas preventivas genéricas que são as políticas sociais e econômica específica, como a vigilância sanitária, e a vacinação, outro de âmbito individual, representado pelo tratamento de cada por meio de consultas, exames intervenções e fornecimentos de medicamentos.

Em que pese a Carta Magna em conjunto com a Lei 8080/1990 destacarem a saúde como direito social fundamental e estabelecer o dever do Estado na efetiva aplicabilidade desse direito, observa-se que o Estado tem enfrentado muitas dificuldades na efetivação do direito em questão. Com efeito, a saúde da população tem sido negligenciada em razão do desvio de recursos públicos, da superlotação, da carência de profissionais médicos especializados, da falta de leitos em hospitais e de medicamentos em unidades básicas de saúde, da demora na marcação de consulta e exames etc.

2.4 O fenômeno da judicialização da saúde

Conforme exposto, a saúde é um direito constitucionalmente protegido e é dever do Estado garantir a sua efetividade e o alcance a todos. Ocorre que há algum tempo, este direito tem sido violado por meio da ação ou omissão estatal, seja na má prestação dos serviços, no não fornecimento de medicamentos ou na indisponibilidade de tratamentos, leitos, exames e

etc. Diante disso, o Poder Judiciário tem sido demandado com inúmeras ações individuais e coletivas voltadas ao direito à saúde, por meio das quais as pessoas buscam a proteção do seu bem maior: a vida. Nesse sentido, Ventura *et.al* (2010, p. 78) acrescentam que:

O processo judicial, individual e coletivo, contra os Poderes Públicos, teve início na década de 90, com as reivindicações das pessoas vivendo com HIV/Aids para medicamentos e procedimentos médicos. As reivindicações fundamentam-se no direito constitucional à saúde, que inclui o dever estatal de prestar assistência à saúde individual, de forma integral, universal e gratuita, no Sistema Único de Saúde (SUS), sob a responsabilidade conjunta da União Federal, estados e municípios.

Nesse contexto, o fenômeno da judicialização da saúde tem sido bastante discutido nos Tribunais Brasileiros, posto que tem refletido diretamente na atuação dos gestores públicos e na demanda do Poder Judiciário. Sendo o Estado o principal responsável em garantir e efetivar os direitos fundamentais de forma equânime a todos, os casos de omissão ou ineficiência na prestação dos serviços permite o acesso de qualquer do povo ao Poder Judiciário, por meio de ações coletivas ou individuais. Nas palavras de Tabosa (2010, p. 13):

A atuação do Poder Judiciário na eficácia dos direitos individuais e coletivos e controle de políticas públicas na última década emerge como consequência das promessas e compromissos assumidos pelo Estado brasileiro com a promulgação da Constituição Federal de 1988. Entretanto, com relação à efetividade do direito à saúde, tem-se observado que a sua atuação é secundária, ocorre posteriormente às ações do Poder Executivo e, no sentido de corrigir a atuação ou falta de atuação do deste.

Em que pese o direito à saúde está tutelado em normas constitucionais e infraconstitucionais, a ineficiência dos Poderes responsáveis em promover a saúde a todos, por meio da efetividade de políticas públicas existentes, tem contribuído para o aumento das demandas no Poder Judiciário. Complementa Marques (2008, p. 66) que,

[...] o Poder Judiciário, que não pode deixar sem resposta os casos concretos que são submetidos à sua apreciação, vem enfrentando dilemas e decisões trágicas, frente a cada cidadão que clama por um serviço e/ou um bem de saúde, os quais, muitas vezes, apresentam-se urgentes para que uma vida seja salva e um sofrimento minimizado.

Nesse contexto, Berteli (2016, p. 5) explica a Judicialização da saúde como:

[...] um fenômeno que vem crescendo nos últimos anos e se tornando um grande problema para a gestão do SUS. O cidadão que não consegue atendimento pelo SUS na forma convencional, ou seja, o atendimento com acesso universal e integral de um tratamento necessário para prevenir, acompanhar, curar uma enfermidade, realizar procedimentos da média e alta complexidade ou até mesmo fazer um exame de saúde, esta pessoa utiliza as

vias judiciais para obter o tratamento de saúde que necessita.

Dessarte, a judicialização ocorre quando o Judiciário, em uma atuação excepcional, intervém em favor de um cidadão ou de uma coletividade, em busca da proteção e efetividade de direitos tutelados pelo Estado, os quais por algum motivo não estão integralmente disponíveis por meio dos serviços ofertados. De acordo com Ventura *et al* (2010, p. 78):

O fenômeno da judicialização da saúde expressa reivindicações e modos de atuação legítimos de cidadãos e instituições, para a garantia e promoção dos direitos de cidadania amplamente afirmados nas leis internacionais e nacionais. O fenômeno envolve aspectos políticos, sociais, éticos e sanitários, que vão muito além de seu componente jurídico e de gestão de serviços públicos.

Há de se reconhecer a relevância do papel judiciário no âmbito da saúde, pois por meio das suas decisões favoráveis, o direito à saúde, no seu conceito mais amplo, tem sido garantido em favor de pessoas que lutam por anos em busca de uma atuação positiva e eficiente do Estado. No entendimento de Barroso (2009, p. 19) a judicialização significa que:

[...] algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo — em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Com efeito, o Poder Executivo tem a função preponderante de executar as políticas públicas e ações voltadas à saúde, nas esferas Federal, Estadual e Municipal. Neste diapasão, Leal (2006, p. 31) permite uma melhor compreensão que:

[...] o Poder Executivo é que detém a responsabilidade pela efetivação do direito à saúde garantido constitucional e infraconstitucionalmente, na verdade, quer-se dizer que é ele o responsável, juridicamente, pela dimensão operacional desta efetivação — sua possibilidade pragmática —, haja vista que tem a incumbência de gestar o plexo orçamentário (plurianual, diretrizes e orçamento anual) que se destina a isto, devidamente aprovado pelo Parlamento de cada entidade federativa notadamente as prioridades públicas neste nível, transmutadas em rubricas orçamentárias a serem executadas).

Contudo, isso não obsta a legitimidade do Poder Judiciário no controle da atuação dos outros Poderes, mormente quando os direitos fundamentais do cidadão estão comprometidos pela inércia de quem deveria efetivá-los. Nessa senda, Costa (2016, p. 23) acrescenta que “a insuficiência ou não aplicabilidade das políticas públicas em saúde autoriza o judiciário a se manifestar em total respeito com os preceitos constitucionais. Trata-se da proteção aos direitos fundamentais, dentre os quais destaca-se o direito à vida”. Portanto, não há qualquer

ofensa no controle mútuo entre os Poderes e, sendo o Poder Judiciário provocado, este tem o dever de dar respostas ao jurisdicionado, sobretudo quando há violações de direitos fundamentais.

Por outro lado, a judicialização excessiva pode ocasionar transtornos na gestão da administração pública e na atuação célere do Poder Judiciário. Nesta ocasião, salientam Wang *et al.* (2014, p. 1193) que:

[...] o Judiciário brasileiro também tende a desconsiderar o impacto orçamentário de uma decisão judicial que obriga o sistema de saúde a fornecer um determinado tratamento. Para os juízes, em geral, questões relativas ao orçamento público, como a escassez de recursos e a não previsão de gasto, bem como o não pertencimento do medicamento pedido às listas de medicamentos do SUS, não são razões suficientes para se denegar o pedido de um tratamento médico, dado que este encontra respaldo no direito à saúde assegurado pela Constituição Federal.

Assim, Brasil (2014), com base nos levantamentos trazidos pela Advocacia Geral da União (AGU), relata que:

[...] há um custo muito mais significativo e imensurável do ponto de vista econômico, que é o fato de que as aquisições voltadas ao abastecimento de todo o Sistema Único de Saúde concorrem com as aquisições determinadas por decisões judiciais. Por óbvio que o atendimento da rede deveria ser prioridade para o SUS, porém, ante as constantes ameaças de astreintes à União e ainda de prisão aos gestores, as compras voltadas ao atendimento de ações judiciais vêm ocupando cada vez mais espaço na alocação de recursos e de servidores, que são retirados das áreas-fins do Ministério, para comporem o quadro de pessoal da Coordenação de compras do Ministério da Saúde, com claro prejuízo às políticas previamente definidas.

Desse modo, é imprescindível conhecer os limites e as consequências que a judicialização excessiva da saúde tem gerado para a sociedade como um todo. Nas palavras de Barroso (2007, p. 93) que:

[...] o Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. De outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

Importante destacar que as decisões devem ser pautadas no princípio da razoabilidade, uma vez que não é razoável garantir a efetividade do direito à saúde à determinada pessoa ou grupo, e como consequência, tornar a coletividade refém da falta de medicamentos, de consultas, exames, devido ao desequilíbrio causado nas finanças da gestão pública. À vista disso, Carneiro (2016, p. 286) compreende que “ao procurar ser justo, deve o julgador visar

alcançar não simplesmente a microjustiça do caso concreto, mas uma macrojustiça social, esta sim conciliadora de interesses individuais com valores coletivos”. Nesse sentido, Brasil (2014), a partir de estudos realizados pela Advocacia Geral da União (AGU), concluiu que:

[...] de fato, ainda que não estejam plenamente consolidados os dados relativos à intervenção judicial em saúde no país, pode-se afirmar, com base no que foi apurado pela presente pesquisa que, apesar de existirem apenas 240.980 processos em trâmite no Judiciário (dados do Conselho Nacional de Justiça), os gastos que esses processos representaram, apenas no ano de 2010, a quantia de R\$ 949.230.598,54 (novecentos e quarenta e nove milhões, duzentos e trinta e mil, quinhentos e noventa e oito reais e cinquenta e quatro centavos), ou seja quase 1 bilhão de reais, considerados os dados colhidos com a União e os Estados de Goiás, Santa Catarina, São Paulo, Pará, Paraná, Pernambuco, Minas Gerais, Tocantins e Alagoas (excluídos os outros 17 Estados, o DF e todos os Municípios).

Desta feita, há uma crescente demanda de ações judiciais que versam sobre questões de saúde, o que tem gerado preocupações para os gestores públicos, uma vez que, as decisões do Poder Judiciário podem gerar gastos que, por não ser previstos no orçamento das políticas públicas do Estado, causam desequilíbrios nas contas e na própria organização do Sistema único de Saúde. A despeito disso, Melo (2014, p. 90) explica que,

[...] as ações individuais almejando a concretização de um direito fundamental, a exemplo daquelas para obrigar o Estado a fornecer medicamentos, não são isoladas, mas vêm se multiplicando de forma vertiginosa. O impacto desse fenômeno, mormente em razão de o Poder Judiciário ter frequentemente proferido decisões favoráveis aos autores/administrados, tem o condão de produzir um verdadeiro controle (de resultado) sobre as políticas públicas, pois o provimento dos pedidos implica gastos para os entes públicos, que, não raro, têm de realocar as verbas de um programa ou política pública em vigor para cumprir o comando judicial.

Ademais, de acordo com Melo (2014, p. 86):

A provocação do Poder Judiciário, seja a partir de uma demanda coletiva, seja por meio de uma ação individual, para a efetivação de um direito fundamental garantido constitucionalmente, é um ato que pressupõe o controle das políticas públicas. A decisão tomada pelos juízes, determinando, por exemplo, que o Estado forneça um medicamento ou um procedimento cirúrgico demanda por parte da Administração uma realocação de recursos e o desvio de verba que já estava sendo utilizada em uma política pública vigente para atender ao provimento judicial.

É inegável o papel do Poder Judiciário na sociedade, mormente quando está relacionado a direitos tão cruciais, como o direito à saúde, contudo esta atuação deve ser limitada, para que as decisões não gerem desequilíbrios orçamentários e desorganização na efetivação de políticas públicas em saúde, onerando os demais usuários dos serviços. Em contrapartida, Wang *et al* (2014, p.1193) explanam que:

O Judiciário brasileiro também tende a desconsiderar o impacto orçamentário de uma decisão judicial que obriga o sistema de saúde a fornecer um determinado tratamento. Para os juízes, em geral, questões relativas ao orçamento público, como a escassez de recursos e a não previsão de gasto, bem como o não pertencimento do medicamento pedido às listas de medicamentos do SUS, não são razões suficientes para se denegar o pedido de um tratamento médico, dado que este encontra respaldo no direito à saúde assegurado pela Constituição Federal.

Nesse sentido, vislumbra-se que o estado tem se utilizado da Teoria da Reserva do Possível para justificar o descaso que assola os serviços de saúde. A mencionada Teoria defende que não obstante o dever do Estado em efetivar os direitos sociais fundamentais, a existência de recursos disponíveis aliado ao fato de preservar o direito da coletividade em prol do direito individual são fatores que devem ser observados, a fim de que o Estado somente viabilize àquilo que está ao seu alcance (NABARRO, 2012, p. 09).

Nessa esteira Rodrigues (2012, p. 205) contribui que:

A Constituição contemplou as pessoas com direito a prestações de saúde, mas, diante da inércia estatal em efetivar tal direito, iniciou-se um movimento de ajuizamento de ações para assegurar a obediência às disposições constitucionais. Os recursos estatais são escassos; logo, o deferimento indiscriminado de todos os pedidos levados ao Judiciário fatalmente implica o esgotamento das verbas públicas, o que inviabiliza a realização de outras ações da Administração que beneficiariam a população nas diversas áreas de interesse. Referido raciocínio consubstancia o argumento da reserva do possível.

Contudo, a efetivação do direito à saúde não pode estar condicionada à disponibilidade de recursos do Estado, posto que se trata de promover um bem-estar dos cidadãos, mormente a proteção da vida. Segundo Rodrigues (2012, p. 204): “Desta sorte, a chave para a solução da problemática efetivação da saúde repousa na adoção de políticas públicas bem pensadas, que sejam realizadas estritamente da forma como idealizadas e com vistas ao atendimento dos fins a que se destinam”. Nas palavras de Rodrigues (2012, p. 214):

A saúde comporta duas vertentes: a primeira que corresponde a programas sociais e econômicos que visem à redução coletiva de doenças e seus agravos, com melhoria da qualidade de vida do cidadão; e a segunda que obriga o Estado a manter ações e serviços públicos de saúde que possam promovê-la e prevenir, de modo mais direto, mediante uma rede de serviços regionalizados e hierarquizados, os riscos de adoecer e recuperar o indivíduo das doenças que o acometem (assistências preventiva e curativa).

Nessa trilha, quando o Estado se torna ineficiente ou omissivo, a garantia do direito à saúde, por meio das decisões judiciais, envolve questões políticas, sociais e jurídicas, uma vez

que, na maioria das vezes, se trata de casos individuais, os quais geram a alocação de recursos não previstos no orçamento público e que causam desequilíbrios na gestão, afetando o fornecimento dos serviços de saúde de modo universal e integral à coletividade (OLIVEIRA, 2016, p. 07).

3 CONCLUSÃO

Baseado no estudo realizado, é imensurável o número de fontes que abordam questões relacionados à saúde, o que nos remete a pensar na importância desse tema para a sociedade como um todo.

Diante das previsões constitucionais e infraconstitucionais, é conclusivo e indiscutível que os direitos fundamentais, em destaque o direito fundamental à saúde, são basilares para o respeito do princípio da dignidade humana e para a melhoria da qualidade de vida da população. Sendo assim, torna-se imprescindível a atuação do Estado neste setor, devendo criar condições para que qualquer pessoa tenha acesso aos serviços.

Em que pese o Estado chamar para si o dever de prestar saúde a todos, de forma universal, integral, igualitário e gratuito, é notória a irresponsabilidade neste âmbito, seja pela má aplicação das verbas públicas ou pela ineficiência das ações existentes.

Fato é que no Estado Democrático de Direito, apesar do poder emanar do povo, a realidade da saúde deixa muito a desejar, situação esta que tem ocasionado a multiplicação de ações no Poder Judiciário, com o fim de assegurar a concretização deste direito.

4 REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método:2015.

ANDRADE, Z. T. C. **Da efetivação do direito à saúde no Brasil**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acesso em 02 de março de 2019.

BARBOSA, Costa Marília. Revisão Da Teoria Da Separação Dos Poderes Do Estado. **Rev. Cient. Fac. Lour. Filho**, v.5, n.1, p. 1-16, 2006. Disponível em:< <http://www.amandaalmozara.com.br/wp-content/uploads/2016/03/Revis%C3%A3o-da-Teoria-da-Separa%C3%A7%C3%A3o-dos-Poderes-do-Estado.pdf>>. Acesso em 06 de março de 2019.

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuário**

Ibero-americano de Justiça Constitucional, n. 13, p. 17-32, 2009. Disponível em:<http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=item-global&doc_library=SEN01&doc_number=000848145> Acesso em: 09 de março de 2019.

BERTELI, Thiago Guedes de Brito. **Judicialização da saúde: os riscos da judicialização excessiva da saúde no Brasil**. 2016. [29] f., il. Trabalho de conclusão de curso (Especialização em Gestão Pública na saúde)—Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em <<http://bdm.unb.br/handle/10483/14320>>. Acesso em 08 de abril de 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília**. DF: Senado, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 07 de abril de 2019.

BRASIL. **Lei n.º 8.080 de 19 de setembro de 1990**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8080.htm. Acesso em 07 de abril de 2019.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Ministério da Saúde. **Intervenção judicial na saúde pública: panorama no âmbito da Justiça Federal e apontamentos na seara das Justiças Estaduais**. 2014. Disponível em:<<http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2014/maio/29/Panorama-da-judicializa---o---2012---modificado-em-junho-de-2013.pdf>>. Acesso em 08 de abril de 2019.

CAMPBELL, M. **A Judicialização da Saúde na Visão dos Tribunais Superiores**. 2019. Disponível em: <https://www.tjam.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=11462:ministro-do-stj-aborda-os-impactos-da-judicializacao-da-saude-no-brasil-em-aula-magna-da-esmam&catid=33:ct-destaque-noticias&Itemid=1331>. Acesso em: 13 de março de 2019.

COSTA, L. F. S. A Judicialização da Saúde: Uma análise entre o individual e o coletivo à guisa de critérios interventivos. **Revista Exlege: Direito/Facemp Santo Antônio De Jesus**. Ano I, n. 01, jul. -dez./2015.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. Ed. Rev., atual e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012.

ELIAS, C.S.R.; SILVA, L. A.; MARTINS, M. T. S. L. M.; RAMOS, N. A. P.; SOUZA, M. G. G.; HOPÓLITO, R. L. Quando chega o fim? Uma revisão narrativa sobre terminalidade do período escolar para alunos deficientes mentais. **SMAD, Rev. Eletrônica Saúde Mental Álcool Drog.** (Ed. port.). 8(1):48-53. jan.-abr. 2012.

GONÇALVES, J. C. **A Eficácia Do Direito Fundamental À Saúde Na Realidade Brasileira E No Estado Democrático De Direito**. 2012. Disponível em:<<http://www.webartigos.com/artigos/a-eficacia-do-direito-fundamental-a-saude-na-realidade-brasileira-e-no-estado-democratico-de-direito/92357/>> Acesso em 02 de março 2019.

LEAL, R. G. A efetivação do direito à saúde por uma jurisdição-serafim: limites e possibilidades. **A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 25-40, jul./set. 2006. Disponível:<<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/424>> Acesso em 11 de março de

2019.

MARQUES, Cleverson Aldrin. **A judicialização do fornecimento de medicamentos e o impacto sobre as políticas públicas de saúde**. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico)- Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo. p. 77-81. 2017.

MARQUES, Silvia Badim. Judicialização do direito à saúde . **Revista de Direito Sanitário**, v. 9, n. 2, p. 65-72, 1 jul. 2008. Disponível em: < <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v9i2p65-72>>. Acesso em 09/03/2019.

MELO, Luíza Viana. Os limites e possibilidades do controle judicial de políticas públicas: o caso da judicialização da saúde. **Direito Público: Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais**. Vol. 1, n. 1, p.1-181. Jul./Dez. 2014).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª Ed. Rev. e atual.- São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual.– São Paulo: Atlas, 2017.

NABARRO, Sonia Wendt. Jurisprudência e saúde: o alcance do coletivo através do reconhecimento do individual. **Arquivos do CRM-PR**, v. 29, n. 114. Abr/Jun. 2012. Disponível em:< <http://crmpr.org.br/publicacoes/cientificas/index.php/arquivos/article/view/239>>. Acesso em 18 de abril de 2019.

NOVELINO, M.; CUNHA JÚNIOR, D. **Constituição Federal para concurso**. Ed. Juspodivm. 8º edição. Jun. 2017.

OLIVEIRA, Juliana Gonçalves. Judicialização da saúde: as Controvérsias da busca pela efetivação do direito fundamental à saúde através do Judiciário. **Xii Seminário Nacional Demandas Sociais E Políticas Públicas Na Sociedade Contemporânea**. Edunisc. 2016. Disponível em:< <http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/snpp/issue/view/71>>. Acesso em 19 de abril de 2019.

PAIM, Jairnilson Silva; SILVA, Lígia Maria Vieira da. Universalidade, integralidade, equidade e SUS. **BIS, Bol. Inst. Saúde (Impr.)**, São Paulo, v. 12, n. 2, ago. 2010 . Disponível em <http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-8122010000200002&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 07 de abril de 2019.

PINHEIRO, R.; ASENSI, F. D. Desafios e estratégias de efetivação do direito à saúde. **Physis Revista de Saúde Coletiva**. Rio de Janeiro, vol.20, n.1, pp. 15-17. 2010.

RODRIGUES, Solange Rebeca. Judicialização: possível caminho à efetivação do direito à saúde no Brasil? **Rev. Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo**. Vol. 02. p. 193-218. 2012. Disponível em:< http://www.esmp.sp.gov.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/47>. Acesso em 18 de abril de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de

1988. **Revista de direito do consumidor**, v. 17, n. 67, p. 125-172, jul./set. 2008. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/O_direito_a_saude_nos_20_anos_da_CF_coletanea_TAnia_10_04_09.pdf>. Acesso em 06 de março de 2019.

TABOSA, Teresa Mendes Santana. **A judicialização da saúde no estado de Pernambuco: análise do impacto das decisões judiciais sobre o orçamento público**. Recife, 2010. 67 f. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Pernambuco. CCSA, Economia, 2010. Disponível em:< <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/10388>>. Acesso em 09 de março de 2019.

VENTURA, Miriam et al . Judicialização da saúde, acesso à justiça e a efetividade do direito à saúde. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 1, p. 77-100, 2010. Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010373312010000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 09 de março de 2019.

WANG, Daniel Wei L. et al. Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo: gasto público e organização federativa. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro , v. 48, n. 5, p.1191-1206, Oct. 2014.Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003476122014000500006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 08/04/2019.

**Submetido em 06 mai. 2019. Aceito em 16 mai. 2019.*



REFORMA PREVIDENCIÁRIA: PEC 6/2019 UM RETROCESSO SOCIAL?

Thays Bianca Bastos dos Reis*

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O que é previdência social?; 3. O que é reforma previdenciária brasileira?; 4. Seguridade social e previdência social: direitos sociais fundamentais; 5. Comparativo entre a previdência atual vigente e a nova previdência sugerida: o que vai mudar?; 6. Possíveis soluções além da PEC 6/2019; 7. Considerações finais; 8. Referências bibliográficas.

RESUMO

Com ou sem modificações na previdência social, a tendência é que as leis que definem as diretrizes do Direito Previdenciário continuem sendo explanadas e discutidas. Já que não compete tão somente aos poderes Executivos, Legislativos ou Judiciários abordar sobre a temática, mas sim à sociedade como um todo, labutadores e empresários. Trazemos a baila um tema que impacta de forma direta pontos cruciais para a evolução de um país. A Reforma Previdenciária não deve ser delimitada de maneira independente, mas sim de uma maneira em que o aproveitamento de seus dispositivos satisfaçam as mudanças naturais do ordenamento e não a um retrocesso social.

Palavras-chave: Previdência Social. Regime Geral de Previdência Social. Reforma Previdenciária.

ABSTRACT

With or without changes in social security, the tendency is that the laws that define the guidelines of social security law continue to be explained and discussed. Since it is not only the Executive, Legislative or Judicial powers to address the issue, but also society as a whole, toilers and entrepreneurs. We bring to dance a theme that directly impacts crucial points for the evolution of a country. The Social Security Reform should not be delimited independently, but rather in a way in which the use of its devices satisfy the natural changes of the order and not a social retrogression.

Keywords: Social Security. General Social Security System. Social Security Reform.

1 INTRODUÇÃO

Em 20 de fevereiro de 2019 foi entregue ao Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição – PEC 6/2019, oriunda da equipe econômica do Presidente Jair Bolsonaro, cujo o objetivo visa a alteração dos requisitos para a tão sonhada aposentadoria,

* Discente finalista do curso de direito na instituição de ensino Centro Universitário Luterano de Manaus – ULBRA/CEULM. E-mail: tb.bastosreis@gmail.com.

não resguardando o número significativo dos brasileiros que observará cada vez mais distante o sonho de obter a aposentadoria.

A proposta da Reforma da Previdência pode alterar significativamente os objetivos dos trabalhadores brasileiros. Para a maioria da população, que é representada justamente pelos que iniciam a carreira profissional mais cedo, que recebem menos e que permanecem longos períodos sem carteira assinada, esse quadro é ainda pior. Para estes, a reforma simboliza o fim do sonho da tão almejada aposentadoria.

A proposta da PEC 6/2019 da Reforma Previdenciária deprecia trabalhadores que ainda vão adentrar ao mercado de trabalho e a grande maioria que já se encontra trabalhando. Ou seja, a sociedade por inteiro. Nesse sentido, será que a PEC contribui para melhorar os aspectos da Previdência Social no Brasil?

Este de fato é um tema bastante polêmico dadas as circunstâncias do cenário atual e claro, suscita ainda mais opiniões bastante diversas a respeito.

Frisa-se que as opiniões sobre o teor da PEC não são totalitárias. De um lado da moeda incluímos aqueles que consideram observar a necessidade acerca da estabilidade e equilíbrio sobre as contas públicas, a fim de impedir o estouro de uma bomba relógio que poderia ocasionar na volta da inflação e de altos de juros. No entanto, do outro lado da moeda, existem aqueles que afirmem que o acréscimo da idade mínima para contemplação da aposentadoria e o maior período mandatório de contribuição para obtenção ao direito de ter 100% do benefício devem ser considerados imprescindíveis e carecem de um debate ainda maior e mais relevante acerca da reforma.

Todavia, somente será possível obter a resposta para a indagação acima por meio de um distanciamento histórico que ainda não possuímos.

Por entender ser cabível a realização de algumas notas sobre a Previdência Social, iniciamos a pesquisa através de algumas reportagens e estudos sobre o tema anteriormente publicados. Ainda fora possível adicionar e agrupar outros dados pertinentes a temática, com o intuito de dar um enfoque sobre uma apreciação mais intensa de cada ponto.

Para isso, segue os tópicos preparados:

- O que é Previdência Social?
- O que é a Reforma Previdenciária Brasileira?
- Seguridade Social e Previdência Social: Direitos Sociais Fundamentais.
- Quadro comparativo entre a Previdência atual vigente e a nova Previdência sugerida. O que vai mudar?

- Possíveis soluções além da PEC 6/2019.

Saliento, ainda, que a intenção por meio deste artigo não é sobre escolher um lado político ou sobre o déficit que muitos já ouviram falar, mas sim por entender e aceitar que uma Reforma na Previdência Social se faz mais do que necessária, principalmente pela modificação significativa da longevidade da população brasileira, que agora é definitiva mais idosa, mas, categoricamente, por entender que esta reforma que está batendo em nossas portas ainda não é adequada e a que a sociedade brasileira merece e tem direito a melhoras significativas no Regime Geral da Previdência Social.

2 O QUE É PREVIDÊNCIA SOCIAL?

Embora a nomenclatura seja bastante conhecida, nem todo mundo sabe o que é Previdência Social. De acordo com a Secretaria de Previdência – Ministério da Economia (2015, *online*), a Previdência Social é conceituada como um seguro social dentre os Direitos e Garantias Fundamentais com diretriz no artigo 6º da Constituição Federal de 1988¹ em que o trabalhador e a sua família serão aparados nas situações descritas no artigo 201 da Carta Magna².

É importante salientar que o trabalhador assiste a Previdência Social por meio de contribuições mensais que são descontadas diretamente na sua folha de pagamento.

Na plataforma da própria Previdência (2015, *online*) é possível entender os 3 regimes em que é filiada e como são caracterizados e destacados entre si. Vejamos:

- Regime Geral – Benefícios da Previdência Social (art. 201, CF/88).

O Regime Geral de Previdência Social – RGPS possui diretrizes sugeridas pelo Ministério da Previdência Social – MPS e são adimplidas pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, sendo o INSS uma autarquia federal a ele relacionada. Tal Regime detém do caráter contributivo e sua filiação é de caráter obrigatório. Relacionado ao rol de contribuintes

¹ Art. 6º. Constituição Federal Brasileira. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

² Art. 201 Constituição Federal Brasileira. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: I - cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II - proteção à maternidade, especialmente à gestante; III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV - salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V - pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º.

estão os empregadores, empregados assalariados, domésticos, autônomos, contribuintes individuais e trabalhadores rurais.

- Regime Próprio – Servidores Públicos (art. 40, CF/88)³.

O Regime Próprio de Previdência Social – RPPS que é Regime da Previdência dos Servidores Públicos possui diretrizes elaboradas e adimplidas pelo MPS. Tal regime é obrigatório para o servidor público do ente federativo que o tenha estabelecido, com teto e subtetos deliberados pela Emenda Constitucional nº 41/2003. Excluem-se deste grupo os empregados das empresas públicas, os agentes políticos, servidores temporários e detentores de cargos de confiança, todos filiados obrigatórios ao Regime Geral.

- Regime Complementar – Previdência Complementar (art. 202, CF/88)⁴.

Tendo suas políticas elaboradas pelo MPS e suas atividades executadas pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC o Regime de Previdência Complementar – RPC é arbitrário, constituído de maneira autônoma ao RGPS. No Brasil o RPC é dividido em dois ramos: a fração atuada pelas entidades abertas – com entrada individual, e a fração atuada pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPCs, também denominadas como fundos de pensão, que atuam em Planos de Benefícios propostos aos empregados de empresa ou grupo destas, designadas patrocinadoras, de igual modo aos associados ou membros de associações, entidades de caráter profissional, classista ou setorial, denominados de instituidores.

Assim sendo, o pilar principal desta contribuição é assegurar a assiduidade do benefício financeiro nos momentos em que o trabalhador estiver aposentado ou em casos de gravidez, doenças e/ou acidentes.

Logo, compreende-se que o INSS é a autarquia federal designada para o repasse das verbas para as pessoas que não detêm de condições financeiras, por diversos e inúmeros motivos, mas que em alguma momento já contribuíram para a Previdência Social. Ressalvo os casos dos benefícios de BPC/LOAS – Benefício de Prestação Continuada/Lei Orgânica de Assistência Social que não precisam obrigatoriamente contribuir com o Regime, desde que cumpram os requisitos necessários.

³ Art. 40. Constituição Federal Brasileira. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo.

⁴ Art. 202. Constituição Federal Brasileira. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

Desta feita, o valor da contribuição ao INSS é descontado de maneira direta da folha de pagamento do trabalhador. Ressalta-se ainda que o valor a ser descontado varia de acordo com o salário de cada funcionário, e claro, quanto maior o salário, maior será o desconto na folha.

Segundo o Ministério da Economia – Instituto Nacional do Seguro Social – INSS (2018, *online*), os trabalhadores beneficiários da Previdência Social são denominados de segurados e, ao se inscrevem na Previdência, este segurado recebe um Número de Identificação do Trabalhador – NIT.

Os empregadores de igual modo precisam realizar o pagamento de uma contribuição mensal para assegurar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS dos seus empregados Tal recolhimento é realizado por meio da Guia de Recolhimento do FGTS e de Informações à Previdência Social – GFIP.

É importante salientar mais uma vez que a Previdência é obrigatória para todos os trabalhadores que possuem carteira assinada. Além destes, os trabalhadores autônomos e empresários também podem contribuir para o sistema como frisado acima. O agente público possui um sistema especial de previdência como visto anteriormente, assim como os professores, com regras benéficas.

Entende-se como contribuição a parcela do salário do trabalhador que é descontada automaticamente pela Previdência Social mensalmente. Como já fora dito, o valor dessa parcela encontra-se sujeito ao seu salário-de-contribuição⁵, que é necessariamente o pagamento de cada contribuinte. Faz-se necessário compreender que o salário-de-contribuição máximo estimado é igual ao teto da previdência, ou seja, o maior valor que um aposentado tem direito a receber.

Com o intuito de uma melhor compreensão abaixo estão as atuais taxas de contribuição, vigentes a partir de 01.01.2019 disponibilizado pelo Ministério da Economia INSS Instituto Nacional do Seguro Social (2019, *online*):

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO (R\$)	ALÍQUOTA INSS
até 1.751,81	8%

⁵ Lei Orgânica da Seguridade Social - Lei 8212/91. Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição: I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

de 1.751,82 até 2.919,72	9%
de 2.919,73 até 5.839,45	11%

Para que possamos ter a garantia dos benefícios previdenciários, o governo usa receitas oriundas das contribuições sociais designada para a Seguridade Social. Segundo o artigo Contribuições: PIS/COFINS, CSLL E INSS (AVALLONE, 2015, *online*), a Seguridade Social dispõe, portanto, de duas formas de contribuições principais: a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - COFINS e a Contribuição Social sobre Lucros Líquidos – CSLL. Entretanto, com a nova reforma batendo a porta, cogita-se ainda criar novos tributos e a regularização dos jogos de azar, como fora noticiado pela equipe de redação no D24am (2019, *online*).

Explanado tais conceitos, diretriz e execuções podemos considerar a Previdência Social como um amparo em que a própria sociedade ajusta aos seus contribuintes e/ou beneficiários, visto que tais medidas públicas são financiadas com as contribuições de todos os cidadãos por meio do pagamento de impostos. Sendo, portanto, um mecanismo solidário, no qual a população economicamente ativa ajuda a sustentar aqueles que não podem ou não estão em condições de trabalhar.

3 O QUE É REFORMA PREVIDENCIÁRIA BRASILEIRA?

A Reforma Previdenciária é uma Proposta de Emenda à Constituição – PEC, para efetuar alterações significativas na Previdência Social e na concessão de aposentadorias, benefícios e pensões para a população brasileira.

A PEC 6/2019 da Reforma recomendou diversas alterações em relação à Previdência, sobretudo na concessão de aposentadorias e de benefícios assistenciais e sociais que são prestados aos cidadãos brasileiros.

Até o presente momento a PEC ainda não foi aprovada. Para que ocorra a aprovação é necessário que a Reforma advenha de um rito que abarca votações nas duas Casas do Congresso Nacional, ou seja Câmara dos deputados e Senado Federal.

Como noticiado na plataforma do G1 na matéria “Bolsonaro vai ao Congresso e entrega proposta de reforma da Previdência” (CALGARO. MAZUI. MARTELLO, 2019, *online*) a PEC encontra-se no Congresso desde o dia 20 de fevereiro de 2019, onde fora entregue pela equipe econômica do presidente Jair Bolsonaro. Consequente a isto a proposta será debatida e votada na Câmara dos Deputados e no Senado Federal.

É importante destacar que até a presente data a PEC se encontra em fase de Comissão Especial onde será debatido o teor da proposta. Nesta etapa, os deputados podem sugerir alterações no teor da PEC através de emendas, o que, aliás, eles já o fizeram conforme noticiado no site Correio Braziliense na matéria “Previdência: comissão especial deve mudar PEC, mas manter idade mínima” (COSTA, 2019, *online*).

Esta comissão especial detém do prazo de 40 sessões para votar em uma proposta a ser oferecida por um relator escolhido.

Nesta esteira para se obter a aprovação da Câmara dos Deputados a PEC precisa receber no mínimo 308 votos, que representam 3/5 da composição da Casa, dos 513 deputados federais. Já no Senado Federal a PEC precisa receber no mínimo 49 votos dos 81 senadores.

Caso seja aprovada na Câmara dos deputados a PEC deverá ser encaminhada ao Senado Federal para então ser votada pelos senadores. Após isso, caso seja aprovada nas duas Casas, a PEC será finalmente promulgada e as normas da Reforma da Previdência começaram a valer.

4 SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL: DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS.

A Previdência Social é um assunto vastamente comentado na era atual. A sociedade debate sobre a precisão de uma reforma no sistema previdenciário, com ênfase no aspecto econômico, amparando de igual modo pontos como a necessidade de revisão da contabilidade da Previdência Social, da apreciação do chamado déficit previdenciário e da adoção de medidas para diminuição de fraudes no sistema.

A Constituição Federal de 1988 destacou os direitos fundamentais com a nítida finalidade de assegurar o cumprimento na assistência dos direitos do cidadão. Tais seguranças, enunciadas no artigo 5.º da Carta Magna, são exibidas num extenso rol de direitos, tanto coletivos quanto individuais e que oferecem como titulares todos os indivíduos. Sendo conferido ao Estado a obrigação de acesso desses direitos, ligada à necessidade de certificar a segurança social que precisa ser simétrica a toda coletividade.

Nesta esteira, o art. 6º da Constituição Federal traz a baile os direitos sociais, quais sejam: educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade, à infância e a assistência aos desamparados.

Mário Antônio Meirelles (2009, *online*) entende que a seguridade social, consequência de uma vasta evolução histórica, possui como propósito simbolizar o empenho da sociedade no sentido de fornecer a implementação de políticas públicas que tenham como finalidade assegurar um justo sistema de prevenção e até mesmo da reparação dos efeitos de diferentes episódios caracterizados como riscos sociais.

Contudo, é inegável que a prevenção constitucional de um direito, por si só, não assegura seu cumprimento na prática. Seja por meio de via administrativa ou por meio da performance judicial, tornando-se imprescindível que o Estado garanta o acesso e consequentemente a concretização desse direito.

Desta feita é necessário compreender a Previdência Social como direito fundamental e sua efetividade na garantia da proteção dos direitos do cidadão. A importância em que a Previdência Social está firmada é pertencente a um contexto muito maior. Inquestionavelmente concerne de assunto de relevante interesse social, dado que a ideia de previdência está diretamente vinculada à necessidade de proteção do indivíduo e os riscos de instabilidade a que se colocam os indivíduos e que passam a ser riscos sociais.

Logo, a conservação de uma nação vive na sua força de trabalho, senão vejamos o que diz o Art. 193 da CF/88: “A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.”

Para que seja assegurado à população o “bem-estar e a justiça social” em virtude do trabalho que é realizado pelos labutadores alguns pontos devem ser levados em consideração, a exemplo, o levantamento de recursos financeiros que poderiam sustentar ocasionais situações de risco.

Tais recursos devem ser financiados e compostos por meio de contribuições do trabalhador e do empregador e outros meios nos quais todo o valor ali “recebido” será destinado ao “fundo” da seguridade social, como descrito no art. 195⁶, da CF/88.

Portanto, a Previdência Social é então considera como uma classe de seguro, de proteção social, e claro, de filiação obrigatória (Art. 201, da CF/88), que garante o provimento

⁶ Art. 195. Constituição Federal Brasileira A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: *a*) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; *b*) a receita ou o faturamento; *c*) o lucro; II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; III - sobre a receita de concursos de prognósticos. IV - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

do trabalhador e de sua família em casos de doença, acidente, gravidez, prisão, morte ou idade avançada.

O sistema da Previdência Social deve ser usado de maneira convencional, podendo o mesmo ser público ou privado, sem que exista demasia ou falta de recurso, tornando-se imprescindível os cálculos de certa forma complexos, conhecidos como cálculos atuariais⁷. A formulação de tais cálculos é derivada de elementos da matemática, estatística, economia e legislação, onde serão considerados a expectativa de vida dos segurados e outros fatores relevantes para resolução dos cálculos.

Em se tratando da previdência pública, predita na Constituição Federal e objeto da PEC 6/2019, será relevante a natureza social do instituto, devendo ser justo e sustentável, para que assim seja designado aos fins que se destina. Assim sendo, além de atender as porvindouras realizações dos episódios dos segurados e os riscos já antevistos o cálculo atuarial deverá servir ainda para produzir o equilíbrio entre as contribuições ou reservas de seus contribuintes.

Logo, já que se trata de um sistema solidário, onde quem trabalha hoje contribui para quem trabalhou ontem e assim sucessivamente, compreende-se que o pilar dos recursos seja continuamente suficientes para os eventos de riscos que surgirão.

Portanto, torna-se ainda mais claro e cristalino que a Previdência Social não é algo vedado, mas sim que deve ser observada e analisada como parte integrante da seguridade pública.

5 COMPARATIVO ENTRE A PREVIDÊNCIA ATUAL VIGENTE E A NOVA PREVIDÊNCIA SUGERIDA: O QUE VAI MUDAR?

Com a finalidade de uma melhor compreensão e visualização das distintas diretrizes previdenciárias, foi disponibilizado um quadro resumo na plataforma digital da Frente Parlamentar Mista em Defesa da Previdência Social a respeito da Reforma Previdenciária em decorrência da PEC 6/2019.

Em virtude disso e obviamente ainda com o intuito de uma melhor concepção sobre o tema em debate, abaixo destacamos algumas partes do quadro resumo que se fazem

⁷ Revista Previ. Edição 194 Agosto/2017. O que é cálculo atuarial? “A metodologia de cálculo atuarial, na prática, é um modo de medir riscos. Isso envolve conhecimento multidisciplinar, como matemática, estatística, fundamentos econômicos, legislação, entre outros. Na previdência complementar, o cálculo atuarial considera o regulamento do plano, que determina como serão calculados os benefícios, o cadastro de participantes e as premissas atuariais mais adequadas à população em estudo”.

necessárias para entender e assimilar o quão cruel e brutal a reforma atinge a sociedade brasileira, principalmente os trabalhadores, os mais pobres, as mulheres e ainda os aposentados, sem mencionar, os servidores públicos.

Quadro Resumo | Reforma da Previdência - Legislação atual x PEC 6/2019 (FRENTE PALARMENTAR EM DEFESA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, 2019).

RGPS Regras Permanentes	
Legislação Atual	PEC 6/2019
<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Aposentadoria por tempo de contribuição: 30 anos de contribuição (mulher) ou 35anos (homem). Sem idade mínima. • Aposentadoria por idade: 60 anos mulher / 65 anos homem de idade mínima + 15 anos de contribuição (mínimo). 	<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 62 anos de idade (mulher) ou 65 anos (homem) + 20 anos de contribuição para ambos os sexos.
<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Aposentadoria por tempo de contribuição: Média de 80% das maiores contribuições. • Aposentadoria por idade: 70% da média + 1% sobre o salário de contribuição, aplicando a regra85/95. 	<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 60% da média + 2% para cada ano que superar 20 anos de contribuição, exigindo 40 anos de contribuição para se chegar a 100% das médias.
<p>Gatilho sobre a idade mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Regra 85/95. A partir de 2018, a pontuação é majorada em um ponto a cada 2 anos, até a soma de90/100. 	<p>Gatilho sobre a idade mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Os limites de idade serão ajustados a cada 4 anos, a partir de 1º de janeiro de 2024, conforme expectativa de sobrevida da população brasileira aos 65 anos, para ambos os sexos, em comparação com a média apurada no ano de publicação desta Emenda, na proporção de 75% dessa diferença, apurada em meses, desprezadas as frações de mês.
<p>Regime de Capitalização:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Não possui. 	<p>Regime de Capitalização:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Lei complementar definirá a organização do sistema previdenciário no modelo de capitalização, de caráter obrigatório.

	<p>Observações aplicáveis em todos os casos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 40 anos de contribuição em todos os casos. • Extingue a aposentadoria por tempo de contribuição. • Ficam revogadas todas as demais regras de transição, incluindo a fórmula 85/95 e o fator previdenciário. • Assegura o direito adquirido até a data da promulgação da Reforma.

RGPS Regras de Transição	
Legislação Atual	PEC 6/2019
<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Aposentadoria por tempo de contribuição: 30 anos de contribuição (mulher) ou 35 anos (homem). Sem idade mínima. • Aposentadoria por idade: 60 anos mulher / 65 anos homem de idade mínima + 15 anos de contribuição (mínimo). 	<p>Critérios:</p> <p>Regra 1, sistema de pontos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 30 anos de contribuição para mulheres + pontuação 86 (soma de idade e tempo de contribuição) ou 35 anos de contribuição para homens + pontuação 96 (soma de idade e tempo de contribuição). <p>Regra 2, idade + contribuição:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 30 anos de contribuição para mulheres + 56 anos para mulheres ou 35 anos de contribuição para homens + 61 anos para homens. <p>Regra 3, para quem possui ao menos 28 anos de contribuição (mulher) e 33 anos (homem) na data de publicação da emenda:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 30 anos de contribuição para mulheres + pedágio de 50% sobre o que faltaria para completar 30 anos de contribuição ou 35 anos de contribuição para homens + 61

	<p>anos para homens + pedágio de 50% sobre o que faltaria para completar 30 anos de contribuição.</p> <p>Regra 4, idade:</p> <ul style="list-style-type: none"> 62 anos de idade (mulher) ou 65 anos (homem) + 15 anos de contribuição para ambos os sexos.
<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> Aposentadoria por tempo de contribuição: Média de 80% das maiores contribuições. Aposentadoria por idade: 70% da média + 1% sobre o salário de contribuição, aplicando a regra 85/95. 	<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> Regras 1, 2 e 4: 60% da média + 2% para cada ano que superar 20 anos de contribuição, exigindo 40 anos de contribuição para alcançar 100% da média. Regra 3, para quem possui ao menos 28 anos de contribuição (mulher) e 33anos (homem) na data de publicação da emenda: terá incidência do fator previdenciário.
<p>Gatilho sobre a idade mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> Regra 85/95. A partir de 2018, a pontuação é majorada em um ponto a cada 2 anos, até a soma de 90/100. 	<p>Aumento da idade e do critério de somatória (Pontos):</p> <ul style="list-style-type: none"> A partir de 2020, a idade mínima será elevada em 6 meses a cada ano até atingir 62 anos para mulheres e 65 anos para homens. Regra 1, 2, 3 e 4. A partir de 2020, o tempo de contribuição será elevado em 6 meses a cada ano até atingir 20 anos para ambos os sexos – Regra 4. A partir de 2020, a pontuação (somatória idade + contribuição) será elevada à razão de 1 ponto ao ano, para ambos os sexos, até o limite de 100pontos, se mulher, e 105 pontos, se homem. Apenas para regra 1.

RGPS Contribuição Previdenciária	
Legislação Atual	PEC 6/2019
<p>Enquadramento:</p> <ul style="list-style-type: none"> Trabalhador registrado em carteira. 	<p>Enquadramento:</p> <ul style="list-style-type: none"> Até que entre em vigor a nova lei que

	altere o plano de custeio do RGPS, a contribuição devida pelo segurado empregado, inclusive o doméstico, e pelo trabalhador avulso.
<p>As alíquotas de contribuição são as seguintes, conforme a faixa salarial:</p> <p>I – até R\$ 1693,72: 8%</p> <p>II – de R\$ 1693,73 a R\$ 2822,90: 9%;</p> <p>III – de R\$ 2822,91 a R\$ 5645,80: 11%.</p>	<p>As alíquotas de contribuição são as seguintes, conforme a faixa salarial:</p> <p>I – até R\$ 1693,72: 8%</p> <p>II – de R\$ 1693,73 a R\$ 2822,90: 9%;</p> <p>III – de R\$ 2822,91 a R\$ 5645,80: 11%.</p>

Trabalhadores Rurais Contribuição Previdenciária	
Legislação Atual	PEC 6/2019
<p>Enquadramento:</p> <ul style="list-style-type: none"> Contribuição sobre produção comercializada (20% + RAT). 	<p>Enquadramento:</p> <ul style="list-style-type: none"> Até que entre em vigor a nova lei, o valor mínimo anual de contribuição previdenciária do grupo familiar será de R\$600,00.
	<p>Observações:</p> <ul style="list-style-type: none"> Na hipótese de não haver comercialização da produção rural durante o ano civil, ou de comercialização da produção insuficiente para atingir o valor mínimo, o segurado deverá realizar o recolhimento da contribuição pelo valor mínimo ou a complementação necessária até o dia 30 de junho do exercício seguinte. Na hipótese de não realizar o recolhimento do valor mínimo em tempo hábil, o período não será considerado como tempo de contribuição ao RGPS.

RGPS Professores Regras Permanentes	
Legislação Atual	PEC 6/2019
<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> Aposentadoria por tempo de contribuição: 25 anos de contribuição (mulher) ou 30 	<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> 60 anos para ambos os sexos + 30 anos de contribuição exclusivamente no

anos (homem). Sem idade mínima.	magistério.
<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 100% da média. 	<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 60% da média + 2% para cada ano que superar 20 anos de contribuição, exigindo 40 anos de contribuição para se chegar a 100% das médias.
<p>Gatilho sobre a idade mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Não possui. 	<p>Gatilho sobre a idade mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Os limites de idade serão ajustados a cada 4 anos, a partir de 1º de janeiro de 2024, conforme expectativa de sobrevida da população brasileira aos 65 anos, para ambos os sexos, em comparação com a média apurada no ano de publicação desta Emenda, na proporção de 75% dessa diferença, apurada em meses, desprezada as frações de mês.

RGPS Professores Regras de Transição	
Legislação Atual	PEC 6/2019
<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Aposentadoria por tempo de contribuição: 25 anos de contribuição (mulher) ou 30anos (homem). Sem idade mínima. 	<p>Critérios:</p> <p>Regra 1, sistema de pontos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 25 anos de contribuição para mulheres + pontuação 81 (soma de idade e tempo de contribuição) ou 30 anos de contribuição para homens + pontuação 91 (soma de idade e tempo de contribuição). <p>Regra 2, idade mínima + contribuição:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 30 anos de contribuição para mulheres + 56 anos para mulheres ou 35 anos de contribuição para homens + 61 anos para homens. <p>Regra 3, para quem possui ao menos 28 anos de contribuição (mulher) e 33 anos (homem) na data de publicação da emenda:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 30 anos de contribuição para mulheres + pedágio de 50% sobre o que faltaria para completar 30 anos de contribuição ou 35 anos de contribuição para homens + 61 anos para homens + pedágio de 50% sobre

	o que faltaria para completar 30 anos de contribuição.
Proventos: <ul style="list-style-type: none"> • 100% da média. 	Proventos: <ul style="list-style-type: none"> • Regras 1 e 2: 60% da média + 2% para cada ano que superar 20 anos de contribuição, exigindo 40 anos de contribuição para alcançar 100% da média. • Regra 3, para quem possui ao menos 28 anos de contribuição (mulher) e 33anos (homem) na data de publicação da emenda: terá incidência do fator previdenciário.
Gatilho sobre a idade mínima: <ul style="list-style-type: none"> • Não possui 	Gatilho sobre a idade mínima: <ul style="list-style-type: none"> • A partir de 2020, a pontuação (somatória idade + contribuição) será elevada à razão de 1 ponto ao ano, para ambos os sexos, até o limite de 95 pontos, se mulher, e 100 pontos, se homem. • A partir de 2020, a idade mínima será elevada em 6 meses a cada ano até atingir 60 anos para ambos os sexos.

Servidores da Área de Segurança Regras Permanentes	
Legislação Atual	PEC 6/2019
Critérios: <ul style="list-style-type: none"> • 25 anos de contribuição (mulher) ou 30anos (homem) + 15 anos (mulher) ou 20 anos (homem) em cargo policial. 	Critérios: <ul style="list-style-type: none"> • 55 anos de idade (ambos os sexos) + 30 anos de contribuição (ambos os sexos) + 25 anos de exercício em cargo de natureza estritamente policial (ambos os sexos). • Regra válida para os policiais e agentes socioeducativos e penitenciários.
Proventos: <ul style="list-style-type: none"> • 100% da média. 	Proventos: <ul style="list-style-type: none"> • 60% da média + 2% para cada ano que superar 20 anos de contribuição, até o limite do teto do RGPS. • Em caso de acidente de trabalho, doenças profissionais e doenças do trabalho, 100% da média.

	<ul style="list-style-type: none"> No caso de aposentadoria compulsória, o cálculo do benefício será diferenciado.
<p>Gatilho sobre a idade mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> Não possui. 	<p>Gatilho sobre a idade mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> As idades mínimas para concessão dos benefícios previdenciários serão ajustadas quando houver aumento na expectativa de sobrevida da população brasileira, na forma estabelecida para o RGPS.

Servidores da Área de Segurança Regras de Transição	
Legislação Atual	PEC 6/2019
<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> 25 anos de contribuição (mulher) ou 30 anos (homem) + 15anos (mulher) ou 20 anos (homem) em cargo policial. 	<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> Policiais: 55 anos de idade (ambos os sexos) + 25 anos de contribuição (mulher) ou 30 anos (homem) + 15 anos em atividade de natureza estritamente policial (mulher) ou 20anos (homem). Agentes socioeducativos e penitenciários: 55 anos de idade (ambos os sexos) + 25 anos de contribuição (mulher) ou 30 anos (homem) + 20 anos de atividade no cargo de agente para ambos os sexos.
<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> 100% da média. 	<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> A Integralidade para os servidores que tenham cumprido os requisitos e que tenham ingressado antes da instituição do Regime de Previdência Complementar ou não tenha optado por ele. Texto confuso, em análise sistemática, deixa margem para que a integralidade seja garantida apenas aos servidores que ingressaram no serviço público antes de 2004. Para os que ingressaram depois da Previdência Complementar ou que tenham optado por ela, será 60% da média dos salários de contribuição, acrescida de 2% para cada ano que exceder aos 20 anos de contribuição, limitado ao Teto do RGPS. Texto Confuso. 60% da média dos salários de contribuição, acrescida de 2% para cada ano que exceder aos 20 anos de contribuição, exigindo 40 anos de contribuição para atingir 100% da média

	das contribuições. Para que não se aplica nas opções anteriores. Texto Confuso.
Aumento da idade e tempo de atividade policial: <ul style="list-style-type: none"> • Não possui 	Aumento da idade e tempo de atividade policial: <ul style="list-style-type: none"> • Policiais: A partir de 2020, o limite mínimo de atividade em cargo de natureza estritamente policial, passará a ser acrescido em um ano a cada dois anos, até alcançar 20 anos para a mulher e 25 anos para o homem. • Agentes socioeducativos e penitenciários: A partir de 2020, o limite mínimo de atividade em cargo de agente, passará a ser acrescido em um ano a cada dois anos, até alcançar 25 anos para ambos os sexos.

RGPS Condições prejudiciais à saúde Regras Permanentes	
Legislação Atual	PEC 6/2019
Enquadramento: <ul style="list-style-type: none"> • Trabalhadores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes. A exposição deve ser contínua e ininterrupta durante a jornada de trabalho. 	Enquadramento: <ul style="list-style-type: none"> • Trabalhadores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação e enquadramento por periculosidade.
Critérios: <ul style="list-style-type: none"> • Regra 1: 15 anos de contribuição na atividade especial. • Regra 2: 20 anos de contribuição na atividade especial. • Regra 3: 25 anos de contribuição na atividade especial. • Em todos os casos é necessário mínimo de 180 meses de efetiva atividade, para fins de carência. 	Critérios: <ul style="list-style-type: none"> • Regra 1: 55 anos de idade (ambos os sexos) + 15 anos de contribuição na atividade especial. • Regra 2: 58 anos de idade (ambos os sexos) + 20 anos de contribuição na atividade especial. • Regra 3: 60 anos de idade (ambos os sexos) + 25 anos de contribuição na atividade especial.

<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 100% da média. 	<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 60% da média aritmética, acrescida de 2% para cada ano que exceder aos 20 anos de contribuição na atividade especial, exceto para os enquadrados na regra 1, onde será acrescida de 2% para cada ano que exceder aos 15 anos de contribuição.
<p>Aumento sobre a idade mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Não possui 	<p>Aumento sobre a idade mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Os limites de idade serão ajustados a cada 4 anos, a partir de 1º de janeiro de 2024, conforme expectativa de sobrevivência da população brasileira aos 65 anos, para ambos os sexos, em comparação com a média apurada no ano de publicação desta Emenda, na proporção de 75% dessa diferença, apurada em meses, desprezadas as frações de mês.

RGPS Condições prejudiciais à saúde Regras de Transição	
Legislação Atual	PEC 6/2019
<p>Enquadramento:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Trabalhadores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes. A exposição deve ser contínua e ininterrupta durante a jornada de trabalho. 	<p>Enquadramento:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Trabalhadores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação e enquadramento por periculosidade.
<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Regra 1: 15 anos de contribuição na atividade especial. • Regra 2: 20 anos de contribuição na atividade especial. • Regra 3: 25 anos de contribuição na atividade especial. • Em todos os casos é necessário mínimo de 180 meses de efetiva atividade, para fins de carência. 	<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Regra 1: Sistema de pontos (idade + contribuição) = 66 para ambos os sexos + 15 anos de efetiva exposição (conforme critérios de exposição ao agente). • Regra 2: Sistema de pontos (idade + contribuição) = 76 para ambos os sexos + 20 anos de efetiva exposição (conforme critérios de exposição ao agente). • Regra 3: Sistema de pontos (idade + contribuição) = 86 para ambos os sexos + 25 anos de efetiva exposição (conforme critérios de exposição ao agente).

<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 100% da média. 	<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 60% da média aritmética, acrescida de 2% para cada ano que exceder aos 20 anos de contribuição na atividade especial, exceto para os enquadrados na regra 1, onde será acrescida de 2% para cada ano que exceder aos 15 anos de contribuição.
<p>Aumento de idade e tempo de atividade:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Não possui. 	<p>Aumento de idade e tempo de atividade:</p> <ul style="list-style-type: none"> • A partir de 2020, o somatório será acrescido de 1 ponto a cada ano até o limite de 89 pontos (regra 1) ou 93 pontos (regra 2) ou 99 pontos (regra 4). • Lei complementar estabelecerá a forma como as pontuações serão ajustadas após o término do período de majoração, quando o aumento na expectativa de sobrevida da população brasileira atingir os 65 anos de idade.

RGPS Pessoas com deficiência Regras Permanentes	
Legislação Atual	PEC 6/2019
<p>Enquadramento:</p> <ul style="list-style-type: none"> • O segurado da Previdência Social com deficiência intelectual, mental, física, auditiva ou visual, avaliado pelo INSS. 	<p>Enquadramento:</p> <ul style="list-style-type: none"> • O segurado com deficiência, previamente submetido à avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar.
<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Deficiência leve: 28 anos (mulher) ou 33 anos (homem) de contribuição. • Deficiência moderada: 24 anos (mulher) ou 28 anos (homem) de contribuição. • Deficiência grave: 20 anos (mulher) ou 25 anos (homem) de contribuição. • Em todos os casos é necessário mínimo de 180 meses de efetiva atividade, para fins de carência. 	<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Deficiência leve: 35 anos de contribuição. • Deficiência moderada: 25 anos de contribuição. • Deficiência grave: 20 anos de contribuição.

Proventos: <ul style="list-style-type: none"> • 100% da média. 	Proventos: <ul style="list-style-type: none"> • 100% da média dos salários de contribuição, limitado ao Teto do RGPS.
--	---

RGPS Pensão por Morte Regras Permanentes	
Legislação Atual	PEC 6/2019
Rateio: <ul style="list-style-type: none"> • Não há regra de rateio. • As regras são impostas sobre o tempo de duração da pensão, a saber: <ol style="list-style-type: none"> 1) 3 (três) anos, com menos de 21 (vinte e um) anos de idade; 2) 6 (seis) anos, entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos de idade; 3) 10 (dez) anos, entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos de idade; 4) 15 (quinze) anos, entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos de idade; 5) 20 (vinte) anos, entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos de idade; 6) vitalícia, com 44 (quarenta e quatro) ou mais anos de idade. 	Rateio: <ul style="list-style-type: none"> • Estabelece que o benefício será calculado por meio de cotas: 50% do valor do benefício + 10% por dependente, no valor máximo de 100%.
Cálculo <ul style="list-style-type: none"> • 100% do valor da aposentadoria que recebia ou a que teria direito se fosse aposentado por invalidez. 	Cálculo <ul style="list-style-type: none"> • Na hipótese de óbito do aposentado, as cotas serão calculadas sobre a totalidade dos proventos do segurado falecido, até o limite do RGPS. • Na hipótese de óbito do segurado em atividade por acidente de trabalho, doença profissional ou do trabalho, as cotas serão calculadas sobre 100% da média aritmética. • Na hipótese de óbito do segurado em atividade, as cotas serão calculadas sobre o valor dos proventos aos quais o segurado teria direito se fosse aposentado por incapacidade permanente na data do óbito, até o limite do RGPS.
Acumulação: <ul style="list-style-type: none"> • É permitido o acúmulo de dois benefícios 	Acumulação: <ul style="list-style-type: none"> • Fica vedada a percepção demais de uma

<p>(pensão + pensão; pensão + aposentadoria; aposentadoria + aposentadoria). No caso de professor, é possível acúmulo de mais de uma aposentadoria, além de pensão.</p>	<p>aposentadoria ou de uma pensão.</p> <ul style="list-style-type: none"> • É permitida a acumulação de pensão por morte do RGPS com pensão por morte do RPPS ou de militares. • É permitida a acumulação de pensão por morte do RGPS com aposentadoria do RGPS ou RPPS ou de militares. • Em caso de recebimento de mais de uma pensão por morte ou de pensão por morte e aposentadoria, será assegurada o pagamento integral da mais vantajosa e de uma parte de cada um dos demais benefícios, apurada cumulativamente de acordo com as seguintes faixas: <ul style="list-style-type: none"> a) 80% do valor igual ou inferior a um salário mínimo; e b) 60% do valor que exceder um salário mínimo, até o limite de 2 salários mínimos; e c) 40% do valor que exceder 2 salários mínimos, até o limite de 3 salários mínimos; e d) 20% do valor que exceder 3 salários mínimos, até o limite de 4 salários mínimos.
---	---

Benefício de Prestação Continuada (BPC)	
Legislação Atual	PEC 6/2019
<p>Acesso:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Idoso de 65 anos carente. • Pessoas que apresentam impedimentos de longo prazo (mínimo de 2 anos) de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. • Renda familiar é computada sem inclusão de benefícios previdenciários ou assistencial. 	<p>Acesso:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pessoas com deficiência (desde que previamente submetidas à avaliação biopsicossocial, vedada a acumulação com outros benefícios assistenciais ou previdenciários), que estiverem em situação de miserabilidade, ou pessoas a partir de 60 anos, em condições de miserabilidade. • O pagamento do benefício de prestação continuada à pessoa com deficiência ficará suspenso quando sobrevier o exercício de atividade remunerada, hipótese em que será admitido o pagamento de auxílio-inclusão equivalente a 10% do benefício suspenso. • É vedada a acumulação da transferência de renda do BPC com outros benefícios assistenciais e com proventos de

	<p>aposentadoria ou pensão por morte dos regimes de previdência social ou com proventos de inatividade e pensão por morte.</p>
<p>Valor do benefício:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 1 Salário mínimo. 	<p>Valor do benefício:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Até que entre em vigor a nova lei, à pessoa idosa que comprove estar em condição de miserabilidade será assegurada renda mensal de R\$ 400,00 a partir dos 60 anos de idade. • A partir dos 70 anos o benefício passará a ser de 1 salário-mínimo.
<p>Acesso de pessoas com deficiência ao BPC:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pessoas com deficiência precisam passar por análise do Serviço Social e pela Perícia Médica do INSS. 	<p>Acesso de pessoas com deficiência ao BPC:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Pessoas com deficiência (desde que previamente submetidas à avaliação biopsicossocial, vedada a acumulação com outros benefícios assistenciais ou previdenciários), que estiverem em situação de miserabilidade.
<p>Renda Familiar Condição de miserabilidade:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Considera condição de miserabilidade a renda por pessoa do grupo familiar seja menor que $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo vigente. 	<p>Renda Familiar Condição de miserabilidade:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Considera condição de miserabilidade a renda mensal integral per capita familiar inferior a $\frac{1}{4}$ de salário-mínimo e o patrimônio familiar inferior ao valor definido em lei (valor da renda mensal recebida a qualquer título por membro da família do requerente integrará a renda mensal integral per capita familiar). • Enquanto não for editada lei, será considerado em condição de miserabilidade, o patrimônio familiar inferior a R\$ 98.000,00. • Serão considerados como família: a) cônjuge ou companheiro; b) pai ou mãe (na falta, consideram-se os padrastos, desde que residentes na mesma casa); c) irmãos solteiros; d) filhos e enteados solteiros; ou e) menores tutelados.
<p>Gatilho sobre a idade mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Não possui. 	<p>Gatilho sobre a idade mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Aumento da idade mínima será reajustado em razão do aumento da expectativa de

	sobrevida do brasileiro.
--	--------------------------

Trabalhador Rural Regras Permanentes	
Legislação Atual	PEC 6/2019
<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 55 anos (mulher) ou 60 anos (homem) + 15 anos de atividade rural (contribuição sobre produção comercializada – Sem valor mínimo). 	<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 60 anos de idade (ambos os sexos) + 20 anos de contribuição (ambos os sexos).
<p>Tempo de atividade Rural:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Poderá ser comprovado com diversos documentos, entre eles: Documentos relacionados ao Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar – PRONAF; fichas de inscrição, declarações e carteiras de associado do Sindicato de Trabalhadores Rurais e de associação rural; ou recebimento de benefício decorrente de programa governamental relacionado a agricultura. Em todos os casos, o trabalhador precisa indicar de três a seis testemunhas que possam dar depoimento ao INSS para comprovar o tempo trabalhado no meio rural. 	<p>Tempo de atividade Rural:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Será comprovado na forma da legislação vigente há época do exercício da atividade, será reconhecido para a concessão de aposentadoria a que se refere o §7º do art.201 da Constituição.
<p>Gatilho sobre a idade mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Não possui. 	<p>Gatilho sobre a idade mínima:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Os limites de idade serão ajustados a cada 4 anos, a partir de 1º de janeiro de 2024, conforme expectativa de sobrevida da população brasileira aos 65 anos, para ambos os sexos, em comparação com a média apurada no ano de publicação desta Emenda, na proporção de 75% dessa diferença, apurada em meses, desprezadas as frações de mês.
<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Um salário-mínimo ou média do salário de contribuição. 	<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Um salário-mínimo.

Trabalhador Rural Regras de Transição	
Legislação Atual	PEC 6/2019
<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 55 anos (mulher) ou 60 anos (homem) + 15 anos de atividade rural (contribuição sobre produção comercializada – Sem valor mínimo). 	<p>Critérios:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 60 anos de idade (homem) ou 55anos (mulher) + 15 anos de contribuição.
<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Um salário-mínimo ou média do salário de contribuição. 	<p>Proventos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • 1 salário-mínimo.
<p>Aumento da idade e de contribuição:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Não possui. 	<p>Aumento da idade e de contribuição:</p> <ul style="list-style-type: none"> • A partir de 1º de janeiro de 2020, a idade será acrescida em 6 meses a cada ano, até a mulher atingir 60 anos. • A partir de 2020, o tempo de contribuição será elevado em 6 meses a cada ano até atingir 20 anos para ambos os sexos.

Anistiados Políticos	
Legislação Atual	PEC 6/2019
<p>Fixação de contribuição previdenciária para anistiados políticos</p> <ul style="list-style-type: none"> • Os valores pagos aos anistiados não podem ser alvos de contribuição do INSS. • Não há qualquer vedação para acumulação. 	<p>Fixação de contribuição previdenciária para anistiados políticos</p> <ul style="list-style-type: none"> • O anistiado e os seus dependentes contribuirão para a seguridade social por meio da aplicação de alíquota sobre o valor da reparação mensal de natureza econômica a que fizerem jus, na forma do RPPS. • Veda a percepção simultânea da reparação mensal com proventos de aposentadoria, hipótese em que o anistiado poderá, nos termos previstos em lei, optar pelo benefício previdenciário ou pela reparação mensal de natureza econômica mais vantajoso, respeitados os casos de direito adquirido até o início da vigência dessa vedação. • A concessão e o reajuste da prestação mensal devida aos anistiados não poderão ultrapassar o limite máximo estabelecido

	para os benefícios do RGPS, garantida a irredutibilidade dos benefícios já concedidos.
--	--

6 POSSÍVEIS SOLUÇÕES ALÉM DA PEC 6/2019

Por mais que se possa aceitar a ideia de que exista sim um déficit na Previdência Social, de certo, há de existir diferentes maneiras para gerar receita, que, muito possivelmente, iriam reduzir significativamente a necessidade de uma reforma tão truculenta como esta, que afeta de maneira agressiva os mais pobres as mulheres e os funcionários públicos, que acabam por ser as miras principais, os chamados “bodes expiatórios” das mudanças.

A necessidade das alterações na Previdência Social atribui, antemão, que o governo tome uma série de medidas mirando a saída de recursos. Uma adequada e necessária reforma da Previdência em casa.

Tais medidas são cruciais para um determinado avanço na gestão e estruturação do trabalho realizado pelo INSS em se tratando da concessão de benefícios, que tem como objetivo o aumento da eficácia na gestão administrativa.

Os avanços deverão ser ainda maiores se as sociedades como a Advocacia-Geral da União - AGU, Receita Federal do Brasil – RFB, Ministério do Trabalho e Emprego – MTE e Ministério do Desenvolvimento Social – MDS e Ministério do Desenvolvimento Agrário – MDA forem consolidadas.

Estas instituições federais se forem conectadas certamente irão ampliar atos apropriados para amortizar sensivelmente as despesas com a concessão indevida de benefícios da Previdência e assistência social.

Para se obter um progresso expressivo e melhoria significativa na Previdência Social é necessário que a AGU, RFB, o MTE, MDS e MDA estejam interligadas em desenvolver um sistema para segurar recurso e somente conceder benefícios e aposentadorias para quem realmente cumpre todos os requisitos necessários além de desenvolver um programa para inclusão de pessoas de baixa renda e constantemente alinhar todos os bancos de dados para efetuar revisões em todos os benefícios concedidos sejam de reparação, prevenção e sociais.

Destaca-se que as sugestões aqui expostas tem como baluarte impedir o pagamento indevido de benefícios e aposentadorias ou, raramente, diminuir as presunções de sua concessão uma vez que os requisitos necessários não forem cumpridos. O pagamento

impróprio de benefícios e aposentadorias é um dos maiores prejuízos dos diferentes regimes de previdência e carecem ser afrontados na linha de frente para a sua liquidação.

Não se é admissível ainda discorrer sobre Reforma Previdenciária sem sequer investir em eficácia da gestão pública para a diminuição dos gastos que são liberados erroneamente.

Proteger a Reforma Previdenciária sem investir no ajustamento da gestão é atuar com insensatez administrativa. Sendo nada mais do que uma maneira de não afrontar os apropriados problemas da Previdência Social e transferir o ônus econômico do déficit para toda a sociedade, especialmente os trabalhadores brasileiros.

Para além disso, ainda é possível obter de variadas fontes que asseguram que as empresas que estão inadimplentes com a Previdência empilham uma dívida que supera – e muito! – o tão falado déficit. A exemplo, de acordo com a Revista Exame (AGÊNCIA BRASIL, 2017, *online*), só até 2017, os inadimplentes da Previdência Social empilhavam uma dívida de mais de R\$ 426 bilhões, quase três vezes o então déficit da Previdência, que fora calculado em cada de R\$ 149 bilhões em 2016.

Hoje, segundo Tiago Mali (2019, *online*), um grupo de empresas relacionadas a deputados e senadores deve em torno de 320 milhões ao INSS.

Eis uma lista disponibilizada pelo site Poder 360 com os congressistas cujas empresas mais devem à Previdência (MALI, 2019, *online*):

nome	cargo	dívida irregular (R\$)	dívida regular (R\$)	dívida total (R\$)
Fernando Collor (PTB-AL)	Senador	136.238.222	3.790.774	140.028.995
Elcione Barbalho (MDB-PA)	Deputada Federal	23.900.321	23.098.248	46.998.569
Pedro Westphalen (PP-RS)	Deputado Federal	3.898.398	40.236.569	44.134.966
Professor Alcides (PP-GO)	Deputado Federal	dívida irregular (R\$)	4.081.199	43.851.953
Newton Cardoso Júnior (MDB-MG)	Deputado Federal	3.612.421	14.316.232	17.928.653
Haroldo Cathedral (PSD-RR)	Deputado Federal	2.420.937	7.789.481	10.210.418
Acir Gurgacz (PDT-RO)	Senador	4.195.737	885.060	5.080.797
Celso Russomanno (PRB-SP)	Deputado Federal	658.842	1.592.462	2.251.304
Gonzaga Patriota (PSB-PE)	Deputado Federal	403.878	1.344.121	1.747.999
João Henrique Caldas (PSB-AL)	Deputado Federal	1.209.532	0	1.209.532

fonte: PGFN (Procuradoria Geral da Fazenda Nacional) - dados enviados em 25/04/2019
 - dívida irregular: em processo de cobrança
 - dívida regular: parcelada, garantida, em negociação ou suspensa temporariamente por decisão judicial

Dadas as circunstâncias, o tanto de congressistas ligados a empresas inadimplentes com o INSS, fica a indagação: por que não cobrar a risca esses valores?

Ao que parece, de acordo com a matéria publicada pelo site da Câmara dos Deputados por Ralph Machado (2019, *online*), a Reforma até faz menção de um projeto assim, nesse sentido de capitalização do valor devido, no entanto ao que tudo indica, será tão somente mais uma apresentação de intenções sem o objetivo de realmente efetuar e cumprir.

De acordo com o ministro Paulo Guedes, em entrevista concedida à Martello (2019, *online*) caso a Reforma realmente entre em vigor é possível que o Brasil economize cerca de 1 trilhão em 10 anos.

No entanto, somente a Lei 13.586 de 2017 que fora vigorada ainda no governo de Michel Temer e é denominada como “MP do Trilhão” favorece a permissão por volta de 1 trilhão em isenções fiscais para empresas petrolíferas estrangeiras que tenham o intuito de operar no país, até 2040 conforme matéria disponibilizada por Fábio Góis (2017, *online*).

Dadas as circunstâncias, frente a uma Reforma cruel, por que não revogar tal lei?

Ainda nesta esteira, frequentemente o governo confere elevadas isenções fiscais a banqueiros e renomados empresários. A exemplo, somente em 2017, o governo Temer conferiu cerca de 400 bilhões em isenções dessa natureza (MARTELLO, 2017, *online*).

Ainda de acordo com Martello (2018, *online*) tal prática nociva, infelizmente, ainda não será extinta pelo atual governo de Bolsonaro, visto que deverá conceder, somente em 2019, cerca de 376 bilhões.

Em entrevista concedida ao canal Carta Capita na plataforma de vídeos *YouTube*, Eduardo Fagnani (2019) afirma que o valor em torno de 1 trilhão que o governo Bolsonaro menciona desejar economizar em 10 longos anos conseguiria ser facilmente economizado aproximadamente o mesmo valor a cada ano caso saíssem de cena as sonegações da ordem de 500 bilhões e isenções fiscais de cerca de 400 bilhões, em média, por ano:

Se somarmos R\$ 400 bilhões de isenções fiscais, R\$ 400 bilhões de juros e 500 bilhões de sonegação, temos R\$ 1,3 trilhão todo ano, são mais de 13 anos de economia com a reforma da Previdência. Claro, não dá para cortar tudo de uma vez, mas se o governo propuser cortar 30% desse R\$ 1,3 trilhão, são cerca de R\$ 400 bilhões por ano. Se cortar um terço desse programa extraordinário de distribuição de renda para os ricos, daria um montante de aproximadamente R\$ 400 bilhões por ano, equivalente a quatro anos de economia da reforma da Previdência.

Desta feita, ficam mais indagações: por que não reivindicar de maneira rigorosa os “trambiqueiros” e finalmente botar um fim nessas inúmeras isenções, ou sequer reduzi-las? Por que não realizar um exame minucioso e sistemático na dívida pública, de igual modo

tributar lucros e dividendos e enormes fortunas, ou se possível ainda majorar alíquotas sobre heranças, independentemente a quem possa afetar? Por que não realizar uma reforma tributária que permita tais mudanças significativas como estas e outras?

Justamente por tudo isso, é essencial que os recursos das diversas fontes de financiamento da Previdência Social sejam alocados ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social – FRGPS para que assim o INSS possa efetuar o pagamento dos benefícios e aposentadorias ou que, sequer, sejam contabilizados para que se possa apurar o verdadeiro déficit.

De certo, tais medidas iriam permitir a justaposição de um ideal de justiça social que o Brasil tanto clama. O acréscimo na arrecadação de receitas e a consecutiva viabilização de uma Reforma que não precisasse ser tão invasiva para a população brasileira e que ainda pudesse respeitar mais as condições consolidadas na Constituição Federal, não torturando especialmente as pessoas mais pobres e aquelas que já estariam prestes a se aposentar, que, no entanto, agora, mesmo com as regras de transição, terão que trabalhar bem mais para conseguir a concessão da aposentadoria, seria crucial para um desenvolvimento econômico social.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Reforma Previdenciária é, sem dúvida alguma, um tema que gera bastante polemica e complexidade devido ao cenário atual.

Nesse enredo é possível observar que haverá empresários e políticos que deverão ficar um tanto quanto felizes e satisfeitos com os termos nos quais ela poderá ser acatada. No entanto, outros acreditam que, embora deva sim existir uma Reforma na Previdência, ainda não é a PEC 6/2019 que deve reger essa mudança, uma vez que ela deveria favorecer a população e não prejudicar.

Infelizmente no teor da aludida PEC muita coisa que poderia favorecer o trabalhador brasileiro fora deixada de lado, levando tão somente em conta a prejudicialidade quanto a aposentação e claro, os benefícios assistenciais – que deveria ser mantido como um direito fundamental – que o labutador brasileiro deverá ter se for posta em vigor.

Essas pessoas, em sua maioria trabalhadores brasileiros, representantes de sindicatos e poucos políticos, tendem a continuar sendo motivadas pela busca constante de uma maior e melhor modernização da legislação previdenciária brasileira e assim, quem sabe, obter finalmente êxito em uma Reforma que deixe em harmonia a Previdência como filiação

obrigatória e a segurança social.

Entende-se que as alterações propostas, dentre outras, devem ser retiradas ou modificadas no Congresso Nacional. Existe, além disso, a probabilidade de declaração de inconstitucionalidade de algumas regras pelo Supremo Tribunal Federal – STF, caso a PEC seja admitida pelo seu texto original.

Desta forma, como fora aludido, embora seja possível admitir, ainda que pequeno, a existência de um déficit na Previdência Social, não seria o suficiente para justificar a aprovação da Reforma da maneira em que é proposta, já que as consequências de tal ato são avassaladoras para a maioria da população, em especial aos mais necessitados, aqueles que precisam dessa segurança social em que a Previdência deveria se encontrar.

Embora seja crucial uma Reforma Previdenciária, a PEC 6/2019 não representa os milhares de cidadãos brasileiros que serão prejudicados caso a mesma passe a vigorar, logo a PEC 6/2019 representa sim um retrocesso social, já que ao invés de contrabalançar as contas, a proposta da Reforma acaba por sentenciar a Previdência a um inadmissível e ainda inconstitucional retrocesso social, quiçá seu desaparecimento por completo, uma vez que se perde direitos conquistados pelos trabalhadores brasileiros, o que deixa desigual a relação de Previdência Social como direito social fundamental.

8 REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Devedores da Previdência devem quase 3 vezes o déficit do setor.** Revista Exame. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/economia/devedores-da-previdencia-devem-quase-tres-vezes-o-deficit-do-setor/>>. Acessado em: 21 mai 2019.

AVALLONE, Erika. **Contribuições: PIS/COFINS, CSLL e INSS.** Jusbrasil. Disponível em:<<https://ericaavallone.jusbrasil.com.br/artigos/235296491/contribuicoes-pis-cofins-csll-e-inss>>. Acessado em: 20 mai 2019.

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

CALGARO, Fernanda; MAZUI, Guilherme; MARTELLO, Alexandro. **Bolsonaro vai ao Congresso e entrega proposta de reforma da Previdência.** 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/02/20/bolsonaro-chega-ao-congresso-para-entregar-proposta-de-reforma-da-previdencia.ghtml>>. Acessado em: 21 mai 2019.

COSTA, Rodolfo. **Previdência: comissão especial deve mudar PEC, mas manter idade mínima.** Correio Braziliense. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/05/20/interna_politica,7558>

87/previdencia-comissao-especial-deve-mudar-pec-mas-manter-idade-minima.shtml>. Acessado em: 21 mai 2019.

EQUIPE DE REDAÇÃO. **Frente parlamentar defende regularização de jogos de azar.** D24am. Disponível em: <<https://d24am.com/claro-escuro/frente-parlamentar-defende-regularizacao-de-jogos-de-azar/>>. Acessado em: 20 mai 2019.

FAGNI, Eduardo. **Prof. Eduardo Fagnani (Unicamp) explica Reforma da Previdência:** Direto da Redação. 2019. Canal da Carta Capital. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=e7j_izWR6fY&feature=youtu.be>. Acessado em: 24 mai 2019.

FRENTE PARLAMENTAR EM DEFESA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Acesse aqui a PEC 6/2019 e Análise.** Disponível em: <<http://frenteparlamentardaprevidencia.org/documentosreformagovernobolsonaro/>>. Acessado em: 21 mai 2019.

GÓIS, Fábio. **Câmara envia ao Senado a “MP do Trilhão”, que isenta de impostos petrolíferas estrangeiras.** Congresso em Foco - UOL. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/camara-envia-ao-senado-a-%E2%80%9Cmp-do-trilhao%E2%80%9D-que-isenta-de-impostos-petroliferas-estrangeiras/>>. Acessado em: 22 mai 2019.

INSS. **Inscreeva-se.** Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/servicos-do-inss/inscricao-na-previdencia-social/>>. Acessado em: 17 mai 2019.

INSS. **Tabela de contribuição mensal.** Disponível em: <<https://www.inss.gov.br/servicos-do-inss/calculo-da-guia-da-previdencia-social-gps/tabela-de-contribuicao-mensal/>>. Acessado em: 20 mai 2019.

Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. **Lei Orgânica da Seguridade Social.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm>. Acessado em: 20 mai 2019.

MACHADO, Ralph. **Governo apresenta projeto contra devedor contumaz mirando a Previdência.** Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/ADMINISTRACAO-PUBLICA/573923-GOVERNO-APRESENTA-PROJETO-CONTRA-DEVEDOR-CONTUMAZ-MIRANDO-A-PREVIDENCIA.html>>. Acessado em: 22 mai 2019.

MALI, Tiago. **Empresas de congressistas devem R\$ 320 milhões à Previdência.** Poder 360. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/congresso/empresas-de-congressistas-devem-r-320-milhoes-a-previdencia/>>. Acessado em: 22 mai 2019.

MARTELLO, Alexandre. **Governo estima conceder R\$ 376 bi em incentivos fiscais em 2019.** 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/09/20/governo-estima-conceder-r-376-bi-em-incentivos-fiscais-em-2019.ghtml>>. Acessado em: 24 mai 2019.

MARTELLO, Alexandre. **Guedes diz que intenção é economizar R\$ 1 trilhão em dez anos com reforma da Previdência.** 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/02/05/guedes-diz-que-intencao-e-economizar-r-1-trilhao-em-dez-anos-com-reforma-da-previdencia.ghtml>>. Acessado em: 22 mai 2019.

MARTELLO, Alexandre. **Renúncia fiscal soma R\$ 400 bi em 2017 e supera gastos com saúde e educação.** 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/renuncia-fiscal-soma-r-400-bi-em-2017-e-supera-gastos-com-saude-e-educacao.ghtml>>. Acessado em: 24 mai 2019.

MEIRELLES, Mário Antônio. **A evolução histórica da seguridade social – aspectos históricos da previdência social no Brasil.** OAB – Pará. Disponível em: <<http://www.oabpa.org.br/index.php/2-uncategorised/1574-a-evolucao-historica-da-seguridade-social-aspectos-historicos-da-previdencia-social-no-brasil-mario-antonio-meirelles>>. Acessado em: 21 mai 2019.

REVISTA PREVI. **O que é cálculo atuarial?** Disponível em: <<http://www.previ.com.br/revista/mobile/indice/indice-detalhes-de-uma-materia-853.htm>>. Acessado em: 21 mai 2019.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Secretária de Previdência – Ministério da Economia.** Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/perguntas-frequentes/previdencia-social/>>. Acesso em: 15 mai 2019.

PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Secretária de Previdência – Ministério da Economia.** Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/perguntas-frequentes/previdencia-social/>>. Acesso em: 15 mai 2019.

**Submetido em 28 mai. 2019. Aceito em 04 jun. 2019.*



DIREITO DIÁRIO

O Direito Diário é um portal virtual jurídico que tem como objetivo a disseminação de informações e conhecimentos jurídicos. Por meio de variados tipos textuais, a Equipe Direito Diário traz constantemente notícias, artigos de opinião e dicas sobre as principais temáticas do mundo jurídico.

O Direito é o meio pelo qual o Estado organiza a sociedade, então, entendemos por bem desenvolver uma ferramenta online na qual fosse possível inserir pessoas, dos mais variados contextos sociais, na realidade jurídico-social brasileira.

Outro ponto que impulsionou o nascimento do Direito Diário foi o desafio constante de se manter bem informado sobre os principais acontecimentos jurídicos. Em face de tais percepções, temos então um portal virtual que contempla não só aplicadores do Direito (advogados, juízes, delegados, promotores, alunos etc.), como também o público em geral; produzindo textos com linguagem e informação que mescla o melhor entre estas duas realidades.

WWW.DIREITODIARIO.COM.BR