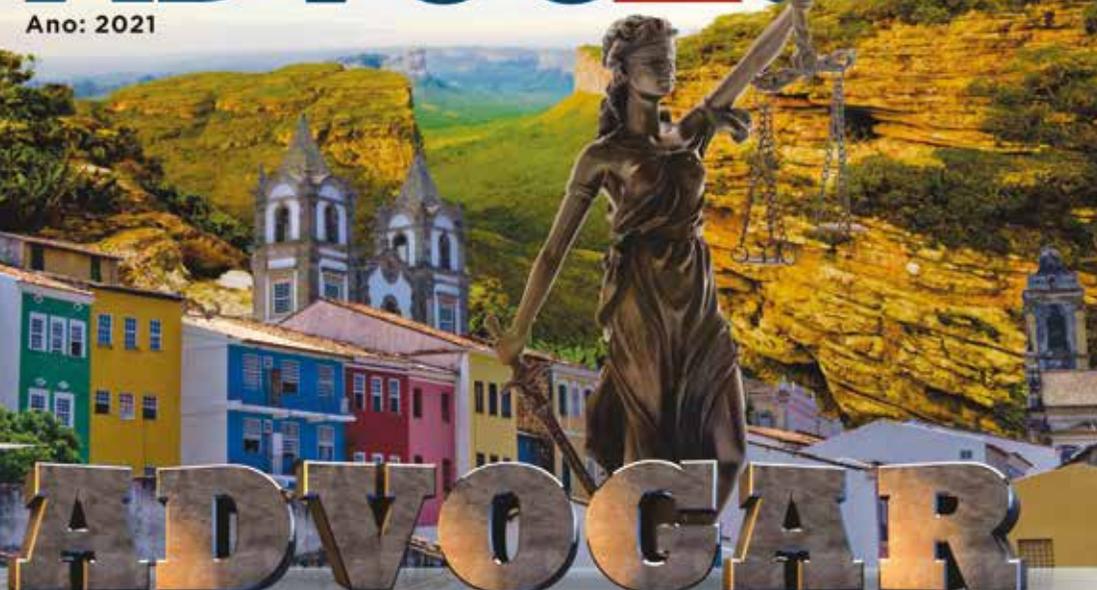


REVISTA
JURÍDICA DA

JOVEM ADVOCACIA

Ano: 2021



Organizadores

Hermes Hilarião Teixeira Neto

Lucas Macedo Silva

Sarah Barros Galvão



| JOVEM | ESA-BA



@ O A B . B A H I A @ O A B J O V E M B A H I A

Organizadores:

| LUCAS MACEDO SILVA | SARAH BARROS GALVÃO |

| HERMES HILARIÃO TEIXEIRA NETO |

Autores:

- Abraão Cícero Carneiro
- Aline Nascimento Gois
- Ana Claudia Maia Tanajura Guerra
- Arnaldo José de Macedo Junior
- Caroline Rodrigues Alves Gonçalves
- Claudinei Batista dos Santos
- Cristiane de Almeida Santa Rosa
- Débora Vasconcellos Cavalcanti
- Eliude Moreira Lopes Oliveira
- Felipe de Macedo
- Fernanda Graziella Bispo Barbosa
- Gleisiane Pereira Santos da Silva
- Íngradi Iramaia Alves Fonseca
- Isabele Pereira Nascimento
- João Pedro Bastos de Oliveira
- Jonata Wiliam Sousa da Silva
- Kamila Santos Silva
- Lara Pasquini Lopes
- Léo Vítor Travessa de Abreu
- Leonardo Macêdo dos Santos e Santos
- Luana de França Ferreira
- Luis Paulo Ferraz de Oliveira
- Mariana Nascimento do Rosário
- Maysa Nascimento Aguiar
- Nancy Evangelista Lima
- Nathan Gabriel Cerqueira Carvalho
- Pedro Henrique Cunha de Abreu
- Tainá Alves Rodrigues de Moura
- Vanessa Calvão Trindade
- Vanessa Luiza Figueiredo Brandão Rocha
- Wallace Nascimento Bispo

Revista Jurídica da Jovem Advocacia



Salvador, Bahia,
Brasil – 2021

Conselho Editorial Revista Jurídica da Jovem Advocacia

- Fernanda Andrade Carvalho
- Gabriela Silva Sady
- Hermes Hilarião Teixeira Neto
- Joana Rêgo Silva Rodrigues
- Lucas Macedo Silva
- Luiz Gabriel Batista Neves
- Milena Guimarães Andrade Tanure
- Renata Guimarães Andrade Tanure
- Renata Mendes Mendonça
- Sarah Barros Galvão

Produção gráfica:

Couto Coelho

E-mail: editorapagine@gmail.com

Conselho Editorial: Paginae

- Antonio Francisco Costa
- Gilson Alves de Santana Júnior
- Nelson Cerqueira
- Rodolfo Pamplona Filho
- Wilson Alves de Souza

Editoração eletrônica:

Cendi Coelho

E-mail: cendicoelho@gmail.com

Sumário

Mensagem do presidente da OAB/BA.....	19
– <i>Fabrcio de Castro Oliveira</i>	
Mensagem da presidenta do Conselho Consultivo da Jovem Advocacia da OAB/BA.....	21
– <i>Sarah Barros Galvão</i>	
Mensagem da Escola Superior da Advocacia.....	23
– <i>Thaís Bandeira</i>	
Mensagem do Diretor Tesoureiro da OAB/BA.....	25
– <i>Hermes Hilarião</i>	
Nota editorial.....	27
– <i>Os organizadores</i>	
CAPÍTULO I	
Excesso de prazo na prisão preventiva à luz do princípio da não-culpabilidade: considerações acerca da garantia da ordem pública e potencialidade do crime	29
– <i>Claudinei Batista dos Santos</i>	
1. Introdução.....	29
2. O princípio da não-culpabilidade como pressuposto maior de liberdade.....	31
3. A ilegalidade do excesso de prazo da prisão preventiva.....	35
4. Potencialidade do crime como argumento (ir)racional para decretação de extensas prisões preventivas.....	37
5. A inconstitucionalidade do conceito da garantia da ordem pública	39
6. Conclusão	41
Referências	42

CAPÍTULO II

O Auto da Compadecida: uma análise sob a luz do garantismo penal.....	45
– <i>Débora Vasconcellos Cavalcanti</i>	
– <i>Luana de França Ferreira</i>	
1. Introdução.....	45
2. O direito e a literatura: análise do filme o Auto da Compadecida.....	47
3. O garantismo penal	51
4. O tribunal de Manuel: uma análise da construção processual..	54
5. Considerações finais.....	61
6. Referências bibliográficas.....	62

CAPÍTULO III

A pandemia do coronavírus, a mistanásia e a responsabilidade civil do Estado.....	65
– <i>Nathan Gabriel Cerqueira Carvalho</i>	
1. Introdução.....	65
2. Panorama do coronavírus.....	66
3. A bioética e o fim da vida.....	68
4. Responsabilidade civil	70
4.1. Responsabilidade civil do Estado.....	73
4.2. Teoria do risco administrativo	75
4.3. Responsabilidade civil por omissão.....	77
5. A pandemia, a mistanásia e a responsabilidade do Estado	78
6. Considerações finais.....	80
Referências	81

CAPÍTULO IV

Direitos fundamentais e autonomia privada em rota de colisão: uma análise do julgamento do Recurso Especial nº 1.330.919 – MT pelo STJ	83
– <i>Cristiane de Almeida Santa Rosa</i>	
– <i>Eliude Moreira Lopes Oliveira</i>	
1. Introdução.....	83
2. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais.....	85
3. O princípio da autonomia da vontade na Teoria Geral dos Contratos.....	89

3.1. Contornos atuais da autonomia privada	90
4. Análise do julgamento do Recurso Especial nº 1.330.919 – MT pelo STJ	92
5. Conclusão	95
6. Referências	96

CAPÍTULO V

A segurança jurídica dos contratos eletrônicos

nas relações de consumo	99
– <i>Nathan Gabriel Cerqueira Carvalho</i>	
1. Introdução.....	99
2. O contrato como um negócio jurídico em tempos de pandemia.....	100
3. O comércio e os contratos eletrônicos.....	102
3.1. Partes de um contrato eletrônico.....	105
3.2. Lugar de celebração.....	106
3.3. Momento da contratação.....	108
3.4. Forma de contratação	110
3.5. Objeto da contratação	111
4. Da segurança jurídica nas relações inovadoras de consumo	112
5. Conclusão	113
Referências	114

CAPÍTULO VI

Da responsabilidade civil dos provedores de conteúdo por publicações de usuários em suas plataformas.....

– <i>Maysa Nascimento Aguiar</i>	
– <i>João Pedro Bastos de Oliveira</i>	
1. Introdução.....	117
2. Da máquina de Turing ao 5G: as relações sociais e jurídicas no âmbito digital	119
3. Da responsabilidade civil: fundamentos e conceitos necessários	122
4. Entre a (ir)responsabilidade e a responsabilidade objetiva: uma revisão jurisprudencial acerca do tema	123
5. Conclusão	127
Referências	128

CAPÍTULO VII

O direito de acesso à justiça e seu reflexo na justiça do trabalho: avanços e desafios na contemporaneidade	131
– <i>Luis Paulo Ferraz de Oliveira</i>	
Introdução.....	132
1. A passagem do pensamento formalista do princípio da igualdade para uma abordagem substancial no acesso à justiça	134
1.1. Repercussões da igualdade material na prática jurídica..	137
2. A institucionalização do acesso à justiça no Brasil: reformas para a promoção de um processo democrático	139
2.1. Amplitude do acesso à justiça e suas reformas democráticas.....	140
2.2. O formal e o real em torno do acesso à justiça	144
3. Transformações do acesso à justiça trabalhista e o estado de exceção aos direitos sociais com a Reforma Trabalhista de 2017	147
3.1. Breve histórico da justiça do trabalho no Brasil.....	150
3.2. Os impactos práticos da Reforma Trabalhista de 2017 e o teletrabalho	154
Considerações finais.....	159
Referências	160

CAPÍTULO VIII

A (in)viabilidade das candidaturas sem filiação partidária no ordenamento jurídico brasileiro.....	163
– <i>Arnaldo José de Macedo Junior</i>	
1. Introdução.....	164
2. Democracia representativa e direitos políticos	165
2.1. Sistema eleitoral pátrio	166
2.2. Condições de elegibilidade no texto constitucional: a filiação partidária	168
3. Partidos políticos e crise de representatividade	169
4. Análise sob a ótica da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).....	171
5. Conclusão	173
Referências	174

CAPÍTULO IX

Mandatos coletivos: desafios eleitorais para representação popular na política brasileira contemporânea.....	177
– <i>Pedro Henrique Cunha de Abreu</i>	
1. Introdução.....	177
2. Histórico, conceito e casos de mandatos coletivos.....	178
3. Dificuldades e questionamentos sobre o mandato coletivo.....	179
4. Caminhos para legitimidade dos mandatos coletivos.....	182
5. Constitucionalidade e legalidade dos mandatos coletivos.....	185
6. Conclusão.....	186
Referências.....	187

CAPÍTULO X

A proteção do bem de família e a impenhorabilidade do imóvel registrado em nome da pessoa jurídica.....	189
– <i>Vanessa Calvão Trindade</i>	
1. Introdução.....	189
2. Do direito à moradia e a proteção constitucional.....	190
3. Breve histórico da impenhorabilidade do bem de família.....	192
4. Da afetação do patrimônio da pessoa jurídica para a responsabilização por dívidas empresariais.....	194
5. Do objeto protetivo do bem de família.....	195
6. A proteção do bem de família nas diversas áreas do direito.....	196
6.1. A satisfação do crédito tributário e a impenhorabilidade do bem de família.....	196
7. Do entendimento jurisprudencial.....	198
8. Considerações finais.....	199
9. Referências.....	200

CAPÍTULO XI

Direito real de laje – a solidez da construção-base: a questão do habite-se.....	203
– <i>Lara Pasquini Lopes</i>	
1. Introdução.....	203

2. Habite-se: procedimento de emissão e averbação no registro de imóveis.....	204
2.1. Da averbação de edificações	207
2.2. A averbação da construção-base no âmbito do direito de laje.....	206
3. Irregularidades nos imóveis residenciais brasileiros	207
4. Posturas do poder público quanto à solidez da construção-base	290
4.1. Salvador/BA	210
4.2. Rio de Janeiro/RJ.....	212
4.3. Recife/PE.....	213
4.4. São Luís/MA.....	213
4.5. Belém/PA.....	214
5. Conclusão	214
6. Referências bibliográficas	216

CAPÍTULO XII

Junto ou separado? Como o princípio da concentração dos atos na matrícula oferta segurança jurídica aos de boa-fé

– <i>Íngredi Iramaia Alves Fonseca</i>	219
Introdução.....	219
1. Evolução histórica.....	220
2. A propriedade.....	221
3. O registro imobiliário.....	223
4. Um breve caminhar pelos princípios que regem o direito registral	224
4.1. Princípio da Publicidade.....	225
4.2. Princípio da Legalidade.....	225
4.3. Princípio da Unitariedade ou Unidade Matricial.....	225
4.4. Princípio da Especialidade.....	226
4.5. Princípio da Continuidade	226
4.6. Princípio da Prioridade	227
4.7. Princípio da Instância ou Rogação	227
4.8. Princípio da Presunção da Validade dos Atos.....	228
4.9. Princípio da Disponibilidade	228
4.11. Princípio da Territorialidade	228
4.12. Princípio da Obrigatoriedade do Registro	229

4.13. Princípio da Parcelaridade do Título.....	229
4.14. Princípio da Fé Pública.....	229
5. O poder do princípio da concentração dos atos na matrícula...	229
Considerações finais.....	232
Referências.....	234

Capítulo XIII 239

A necessidade de um plano de negócios para o sucesso do escritório do jovem advogado.....	237
– <i>Isabele Pereira Nascimento</i>	
Introdução.....	237
1. Importancia de determinar o ramo que pretende atuar e planejar um modelo de administração financeira	238
2. A gestão do escritório e escolha do sócio.....	241
3. A importância de ter um diferencial para ser reconhecido	245
Considerações finais.....	246
Referências.....	247

CAPÍTULO XIV

Retrocesso social em meio a crise político-econômica-jurídica.....	249
– <i>Aline Nascimento Gois</i>	
– <i>Caroline Rodrigues Alves Gonçalves</i>	
Introdução.....	249
1. Evolução histórica dos direitos sociais.....	250
2. Advocacia e direito social.....	254
3. Crise dos direitos sociais no âmbito jurídico – trabalhista	256
4. Responsabilidade do advogado perante a flexibilização das normas trabalhistas.....	259
Conclusão.....	260
Referências bibliográficas.....	261

CAPÍTULO XV

A jovem advocacia em tempos de crise: as novas estratégias do recém-formado para inserção no mercado jurídico.....	263
– <i>Jonata Wiliam Sousa da Silva</i>	
1. Introdução.....	263

2. “Das crises infinitas”: a evolução do ensino jurídico pós-ditadura e a(s) crise(s) econômica(s) como fator(es) de precarização da atividade advocatícia.....	264
2.1. Da mercantilização do ensino superior e o crescimento exponencial de bachareis em direito no Brasil contemporâneo.....	267
2.2. Do fenômeno de proletarização da advocacia no Brasil ...	268
3. Das novas estratégias da jovem advocacia para adequação ao mercado de trabalho em tempos de crise	269
4. Conclusão	272
Referências bibliográficas	272

CAPÍTULO XVI

Princípio da publicidade e o *trial by media*

nos julgamentos criminais.....	275
– <i>Léo Vítor Travessa de Abreu</i>	
1. Introdução.....	275
2. Sistemas processuais.....	276
2.1. Sistema Acusatório.....	277
2.2. Sistema Inquisitivo.....	279
2.3. Sistema Processual Brasileiro	280
3. O princípio da publicidade no ordenamento pátrio	281
3.1. O princípio da publicidade nos julgamentos criminais....	284
3.2. Classificações doutrinárias da publicidade	286
4. A mídia e os julgamentos criminais	288
4.1. <i>Trial by media</i> e suas implicações práticas.....	292
5. Conclusão	295
6. Referências	296

Capítulo XVII

Educação à distância no Sistema Carcerário Brasileiro

como mecanismo de ressocialização.....	299
– <i>Fernanda Graziella Bispo Barbosa</i>	
1. Introdução.....	299
2. O direito a educação na Constituição de 1988 e na Lei de Execuções Penais	301
2.1. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional	
– Lei 9.394/1996.....	303

3. A educação a distância e sua evolução histórica	304
3.1. O EAD e o Sistema Prisional	305
3.2. O EAD e o avanço na legislação	306
3.3. O EAD como opção viável	307
4. A ressocialização do preso	308
4.1. Ressocialização por meio do ensino no Sistema Penitenciário Brasileiro	311
4.2. Desenvolvimento de programas educacionais nos presídios baianos.....	313
5. Fatores que contribuem para a vulnerabilidade do egresso.....	315
5.1. O problema da qualificação profissional perante a reinserção social do egresso do sistema prisional.....	316
6. Considerações finais	317
Referências	318

CAPÍTULO XVIII

Em tempos de parcialidade, quem tem ética abre caminho: as consequências jurídicas desinentes da falta

de imparcialidade no Processo Penal Brasileiro	321
– <i>Tayná Alves Rodrigues de Moura</i>	
1. Introdução.....	321
2. Imparcialidade como princípio constitucional	322
2.1. O juiz natural como materialização da imparcialidade	324
2.2. Imparcialidade: objetiva X subjetiva.....	326
3. O Sistema Processual Penal Brasileiro.....	327
4. Análise do intrigante caso do ex-juiz e dos procuradores da República na Operação Lava Jato	328
5. “Pra não dizer que não falei das flores...”.....	328
6. A importância da imparcialidade no processo penal: visão doutrinária.....	329
7. Considerações finais	330
Referências	331

CAPÍTULO XIX

A Resolução 400/2016 da ANAC e cobrança pelo despacho das bagagens dos passageiros: violação ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor

– *Leonardo Macêdo dos Santos e Santos*

333

1. Introdução	333
2. Estudo do transporte aéreo como relação consumerista.....	335
2.1. Responsabilidade do transportador aéreo na relação consumerista	335
2.2. Aparente conflito de normas: Código de Defesa do Consumidor x Código Brasileiro de Aeronáutica e Convenções Internacionais	337
3. A Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil ..	339
3.1. Apresentação da Agência Nacional de Aviação Civil como agência reguladora.....	340
3.2. Explicação sobre a Resolução 400/2016.....	341
4. O retrocesso da defesa dos direitos	342
consumeristas quanto ao despacho de bagagem.....	342
4.1. O novo “regime” adotado pela Resolução 400/2016 da ANAC para despacho de bagagem	343
4.2. Impossibilidade de retrocesso na proteção dos direitos do passageiro consumidor no serviço de despacho de bagagem.....	344
5. Conclusão	347
Referências	348

CAPÍTULO XX

Os limites cognitivos do magistrado na audiência

de custódia	351
– <i>Nancy Evangelista Lima</i>	
1. Introdução.....	351
2. Um breve processo histórico conflitivo e a força normativa da audiência de custódia.....	353
3. Quais são os limites de atuação do juiz durante a audiência de custódia?.....	360
4. Considerações finais	367
Referências	369

CAPÍTULO XXI

Breve análise acerca da regressividade do Sistema

Tributário Brasileiro como fator de violação ao princípio da capacidade contributiva.....

371
– <i>Felipe de Macedo</i>

1. Introdução.....	371
2. O Sistema Tributário Brasileiro	372
2.1. Sistema Tributário Progressivo e Sistema Tributário Regressivo.....	374
3. A carga tributária brasileira	379
3.1. A proeminente participação dos tributos indiretos na composição da carga tributária brasileira	382
4. Distorções do Sistema Tributário Brasileiro	383
4.1. A predileção política por tributos indiretos em detrimento aos de caráter pessoal.....	384
4.2. Conseqüência da oneração tributária sobre o consumo...	388
5. Considerações finais	390
Referências	392
ANEXOS	
Anexo A – Representação gráfica da Carga Tributária no Brasil e em Países da OCDE (2014)	394
Anexo B – Representação gráfica da Carga Tributária – Brasil e países da América Latina e Caribe (2014).....	395
Anexo C – Representação gráfica da Carga tributária sobre a renda, lucro e ganho de capital – Brasil e Países da OCDE (2014)	396
Anexo D – Representação gráfica da Carga Tributária sobre bens e serviços – Brasil e Países da OCDE (2014)	397
CAPÍTULO XXII	
Judicialização da saúde no Município de Ilhéus – BA: efetividade do direito fundamental.....	399
– <i>Ana Claudia Maia Tanajura Guerra</i>	
1. Introdução.....	399
2. Direito fundamental à saúde.....	401
2.1. Conceito de saúde	401
2.2. Direito à saúde: um direito social e fundamental	404
3. Brasil: sistema único de saúde (SUS)	406
3.1. Conceito e legislação	406
3.2. Características e princípios regentes	407
3.3. Cobertura.....	409
4. Bahia: Central Estadual de Regulação	410
5. Ilhéus: central municipal de regulação	412

6. Efetividade da prestação jurisdicional em saúde.....	413
6.1. Garantia do direito à saúde via tutela do poder judiciário.....	413
6.2. Princípio da equidade e tutela de direito individual em detrimento do coletivo.....	416
6.3. Estudo de campo da judicialização da saúde no Município de Ilheus e sua efetividade. Período de estudo de janeiro de 2016 a janeiro de 2017	418
6.3.1. Metodologia	418
6.3.2. Resultados e discussão	419
7. Conclusão	425
Referências	427

CAPÍTULO XXIII

A precarização na era digital: o mito da autonomia de vontade e a “uberização” no âmbito das relações trabalhistas.....	431
– <i>Gleisiane Pereira Santos da Silva</i>	
1. Introdução	431
2. A 4ª Revolução Industrial e suas implicações na sociedade	433
3. O fenômeno da uberização do trabalho	435
4. A dignidade da pessoa humana e o princípio do não retrocesso social à luz do direito dos “uberizados”	437
5. Da (in)existência do vínculo empregatício dos trabalhadores em aplicativos	440
5.1. Dos elementos caracterizadores da relação de emprego....	441
5.1.1. Do entendimento dos tribunais pátrios trabalhistas	444
6. Considerações finais.....	446
Referências bibliográficas	447

CAPÍTULO XXIV

Participação da mulher na política brasileira.....	449
– <i>Vanessa Luiza Figueiredo Brandão Rocha</i>	
1. Introdução.....	449
2. Referencial teórico.....	450
2.1. Participação política.....	450

2.2. A luta por inclusão política	452
2.3. Dificuldades e conquistas na política brasileira	453
2.4. A sub-representação feminina na vida política	454
2.5. A igualdade de gênero	455
2.6. Os desafios da mulher contemporânea no Brasil.....	456
Conclusão	457
Referências	458

CAPÍTULO XXV

Apontamentos sobre a ausência de personalidade jurídica do condomínio edilício	461
– <i>Abraão Cícero Carneiro</i>	
1. Introdução.....	461
2. Ente despersonalizado, sujeito processual e patrimônio	462
3. Da possibilidade de instituir personalidade jurídica ao condomínio.....	465
3.1. Associação.....	468
3.2. Sociedade.....	471
3.3. Fundação	472
3.4. Inclusão de mais um inciso ao artigo. 44 do Código Civil	472
4. Considerações finais	474
Referências bibliográficas	475

CAPÍTULO XXVI

Usucapião com indisponibilidade: aquisição originária que carrega os ônus do proprietário anterior	477
– <i>Kamila Santos Silva</i>	
1. Introdução.....	479
2. Formas de aquisição da propriedade e usucapião	478
3. Situações de indisponibilidade e usucapião em bens indisponíveis.....	481
4. Aquisição originária de bem indisponível que carrega o ônus do proprietário anterior	484
5. Conclusão	486
Referências	487

CAPÍTULO XXVII

Jovem advocacia em tempos de crise: a reinvenção

da atuação do advogado	491
– <i>Mariana Nascimento do Rosário</i>	
Introdução.....	491
1. A atuação do advogado no tempo	492
1.1. Voltando às raízes	492
1.2. A busca pela desjudicialização	494
2. A mediação e a conciliação: novas possibilidades	496
2.1. O Advogado.....	496
2.2. O Poder Judiciário.....	498
Conclusão	501
Referências bibliográficas	502

CAPÍTULO XXVIII

O exame de convencionalidade pelo Ministério Público sobre o inquérito policial como forma de evitar

ações penais indevidas	505
– <i>Wallace Nascimento Bispo</i>	
1. Introdução.....	505
2. Distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos	507
3. Breves considerações acerca do exame de convencionalidade....	508
4. Exame de convencionalidade pelo ministério público sobre o inquérito policial no exercício do controle externo.....	510
5. Casos e o necessário exame de convencionalidade na persecução penal	513
6. Considerações finais	516
Referências	517

Mensagem do presidente da OAB/BA

O triênio 2019-2021 foi de muito sofrimento e muitas transformações para todo o mundo, intensamente afetado pela pandemia de Covid-19. Não foi diferente com o universo jurídico, que se deparou com uma série de desafios que até então sequer havíamos imaginado. Desafios que exigiram da advocacia baiana resiliência, criatividade e muito trabalho.

Nesse sentido, além do apoio aos jovens advogados e advogadas, o Conselho Consultivo da Jovem Advocacia realizou também um trabalho excelente de produção e disseminação de conhecimento, promovendo concursos e editais de seleção de artigos jurídicos escritos pelos jovens advogados e advogadas.

Fruto dessa iniciativa, o Conselho Jovem publica agora essa coletânea de artigos que se propõem a abordar, sob diferentes aspectos e pontos de vista da jovem advocacia, temas atuais e pertinentes.

Deste modo, a OAB da Bahia segue cumprindo seu papel institucional e honrando o juramento da advocacia de promover o aperfeiçoamento da cultura jurídica em nosso estado.

Fabício de Castro Oliveira

*Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil
– Seccional Bahia*

Mensagem da presidenta do Conselho Consultivo da Jovem Advocacia da OAB/BA

“Enquanto todo mundo espera a cura do mal e a loucura finge que isso tudo é normal, eu finjo ter paciência; O mundo vai girando cada vez mais veloz, a gente espera do mundo e o mundo espera de nós um pouco mais de paciência; será que é o tempo que lhe falta pra perceber, será que temos esse tempo pra perder e quem quer saber, a vida é tão rara, tão rara”

(Lenine, Paciência, de Lenine e Dudu Falcão)

Em meio às incertezas e turbulências, nas situações mais adversas, é preciso permanecer firme na luta pelos nossos propósitos. O cientista e pensador Silvio Meira afirma que “há décadas em que nada acontece e semanas em que décadas acontecem”, no mês de março de 2020 o mundo parou por conta da pandemia do Coronavírus. Eventos presenciais foram cancelados, fóruns fechados, aulas suspensas.

O ano foi marcado por um intenso combate ao vírus (covid 19) e pelo ajuste na dinâmica social, incluindo o aspecto acadêmico, o que demandou criatividade e proatividade.

A OAB possui funções que incluem a defesa da classe de advogados e advogadas, da Constituição, dos direitos humanos, da ordem jurídica do Estado democrático e da justiça social. Assim, a OAB jovem, no período de isolamento social, após a eclosão da pandemia, ao invés de se amedrontar, inovou e se adaptou à nova realidade.

Momentos de crise demandam soluções plurais e acessíveis. Nesse sentido, a OAB jovem, ciente da necessidade de promover políticas institucionais para jovem advocacia, e, em parceria com a Liga Acadêmica de Estudos Jurídicos da Bahia e da Escola Superior da Advocacia da OAB/BA, lançou o projeto dos “Grupos de Estudos”, com o intuito

de promover o desenvolvimento acadêmico da advocacia e dos estudantes de Direito.

A presente obra é uma coletânea de artigos produzidos durante um ano de muitos encontros, discussões e debates, com uma abordagem acessível e assertiva para tratar dos mais variados temas.

O sucesso desse projeto é a prova de que é possível colher bons frutos em tempos desafiadores.

O Conselho Consultivo da Jovem Advocacia agradece a toda a diretoria da OAB/BA pelo apoio incondicional ao projeto, nas pessoas do Presidente Fabrício de Castro Oliveira e do Diretor Tesoureiro Hermes Hilarião. Muito obrigado também a todos os professores que coordenaram os encontros, aos alunos que se dedicaram para a produção científica, à toda equipe da ESA/BA e a todos que contribuíram para a materialização desse projeto tão importante para a advocacia, em especial para a jovem advocacia.

Que a leitura na nossa Revista Jurídica da jovem advocacia, seja agradável, leve e prazerosa. E que a pluralidade que permeiam os capítulos da revista, confirme a nossa crença que o conhecimento transforma.

Sarah Barros Galvão

Presidente do Conselho Consultivo da Jovem Advocacia da OAB/BA

Mensagem da Escola Superior da Advocacia

Quanto orgulho em ver essa obra pronta!

Há um ano, se iniciava o projeto dos grupos de pesquisa da ESA Bahia, em parceria com o Conselho Consultivo da Jovem Advocacia da OAB/BA.

Eleitoral, Trabalho, Ciências Criminais, Imobiliário, Contratos e Responsabilidade civil. Essas foram as áreas de pesquisas dos referidos grupos.

Foram diversos encontros, nos quais houve intensa troca de experiências e vivências, pois, nos participantes, havia não só profissionais (advogados e advogadas), mas também alunos e alunas da graduação.

Muito obrigada por confiarem na ESA para colaborar nesse projeto.

A escola é a casa de vocês!

Thaís Bandeira

Diretora da ESA/BA

Mensagem do Diretor Tesoureiro da OAB/BA

A Jovem Advocacia indiscutivelmente carece de um espaço próprio para promover debates sobre temas jurídicos e sociais. A empolgação do início de carreira, seus anseios e suas expectativas caracterizam um momento único, no qual as ideias estão fervilhando e trazendo consigo possibilidades brilhantes – que precisam e merecem ser exploradas.

Este momento requer especial atenção, não apenas porque é um inequívoco meio de evolução e atualização do universo jurídico, mas também por ser necessário abrir espaço para as novas vozes e para os novos talentos, oportunizando visibilidade e trazendo chances de crescimento pessoal.

Iniciar a carreira não é uma tarefa simples, tampouco um trabalho fácil. É preciso investir tempo na dedicação à vida acadêmica, à produção científica e ao aprimoramento do Direito. Nesta revista, a Jovem Advocacia tem a possibilidade de mostrar seu talento, de ser vista e demonstrar sua capacidade de construções no mundo jurídico.

Tem, portanto, notório papel enquanto incentivadora da formação acadêmica, constituindo imprescindível veículo de comunicação através do qual os advogados e advogadas podem demonstrar conhecimento e ter o devido reconhecimento pela obra apresentada.

Nessa perspectiva, o Conselho Consultivo da Jovem Advocacia Baiana contribui enormemente para o fortalecimento da advocacia, democracia e também para o desenvolvimento da sociedade, pelo que merecem reconhecimento não só àqueles que contribuíram com as obras judiciais, mas sobretudo os idealizadores e organizadores desta revista.

Assim é que a Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Bahia, notadamente através da OAB Jovem, enquanto incentivadora da pesquisa e do debate jurídicos, tem também o papel de atuar como facilitadora, abrindo espaço para manifestação aos que estão chegando e

desejando-lhes boas-vindas nesta profissão tão imprescindível para a sociedade.

Que essa obra possa contribuir com o aperfeiçoamento da comunidade jurídica, em especial a advocacia!

Hermes Hilarião

Diretor Tesoureiro da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional Bahia

Membro Honorário Vitalício do Conselho Consultivo da Jovem Advocacia

Nota editorial

A obra que ora apresentamos ao leitor é resultado do profícuo trabalho realizado ao longo da gestão do Conselho Consultivo da Jovem Advocacia no triênio 2019/2021, com o apoio da Escola Superior da Advocacia da OAB/BA – ESA/BA. A publicação contou com a organização dos professores e advogados Hermes Hilarião, Lucas Macedo e Sarah Barros, bem como com a participação de professores convidados.

A partir das intensas e desafiadoras reflexões coletivas, emergiu a ideia de incentivar os integrantes dos grupos de estudos a se lançarem à produção de artigos sobre as temáticas estudadas.

Assim é que os artigos que compõem a presente obra abarcam temáticas recorrentes acerca das mais variadas e recentes discussões em Direito, vistas por novas perspectivas.

A seleção dos artigos foi realizada pelos(as) professores(as) orientadores(as) dos grupos de estudos, a saber:

- Direito Imobiliário – Fernanda Andrade;
- Ciências Criminais – Luiz Gabriel Batista Neves;
- Direito do Trabalho – Joana Rodrigues,
- Direito Eleitoral – Renata Mendonça e
- Contratos e Responsabilidade Civil – Gabriela Sady.

Apesar de os artigos terem sido produzidos a partir das discussões concebidas nos encontros coletivos, cada trabalho reflete a opinião individual do(s) seu(s) respectivo(s) autor(es). Aos autores e autoras, à diretoria da OAB/BA e à ESA/BA, o nosso muito obrigado por acreditarem nesse projeto especial.

Os organizadores

CAPÍTULO I

Excesso de prazo na prisão preventiva à luz do princípio da não-culpabilidade: considerações acerca da garantia da ordem pública e potencialidade do crime

*Claudinei Batista dos Santos**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O Princípio da Não-Culpabilidade como Pressuposto Maior de Liberdade; 3. A Ilegalidade do Excesso de Prazo da Prisão Preventiva; 4. Potencialidade do Crime como Argumento (Ir)Racional para Decretação de Extensas Prisões Preventivas; 5. A Inconstitucionalidade do Conceito da Garantia da Ordem Pública; 6. Conclusão; Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão Preventiva; Excesso de Prazo; Presunção de Inocência; Ordem Pública; Potencialidade do Crime.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar de maneira objetiva o instituto da prisão preventiva no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a sua aplicação no curso da persecução criminal. Nesta esfera tecer-se-á críticas, à luz da Lei nº 13.964/2019, ao seu uso como prisão-pena, ao invés

(*) Graduando em Direito pelo Centro Universitário Jorge Amado, membro do Grupo de Pesquisa em Ciências Criminais da Escola Superior da Advocacia (ESA-OAB/BA), membro do Grupo de Pesquisa em Direito Constitucional do Núcleo de Estudos Jurídicos da Faculdade Anísio Teixeira, coautor do e-book “Violência, Punição e Encarceramento” do Grupo de Pesquisa em Direitos Humanos da Liga Acadêmica de Estudos Jurídicos da Bahia, autor de diversos artigos voltados às áreas do Direito Processual, Direito Penal e Criminologia para o grupo Legisday na plataforma JusBrasil. E-mail: claudineibatist23@gmail.com.

de uma prisão meramente processual, ocorrido pelos excessos de prazo que cotidianamente são objetos de recursos às instâncias superiores. Além disso, serão discutidas algumas observações críticas acerca do conceito da garantia da ordem pública e como ele serve como porta de entrada para teratologias e ilegalidades, pondo em xeque o tão abalado princípio da não-culpabilidade.

Nesta esfera, serão debatidas também algumas margens que os Códigos Penal e de Processo Penal, respectivamente de 1940 e 1941, abrem para que se produza ilegalidades no âmbito da persecução criminal, já que são antigos demais e já não correspondem com o modelo democrático hoje vigente.

Apesar de, com o passar dos anos, a superveniência de reformas nestas legislações as colocasse mais próximas de um modelo de direito penal constitucional e de um processo penal acusatório, não se pode fechar os olhos para o que ainda acontece hodiernamente somente pelo fato de os tribunais adotarem correntes interpretativas enviesadas de alguns instrumentos, graças ao conceito legal aberto que contribui para que isto ocorra.

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, surgiu, inicialmente, como uma estratégia de uma ideia duvidosa de “combate à criminalidade” pregada pelo atual Governo. Sendo elaborada pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, a lei veio como uma série de medidas com o intuito de reformar e endurecer as leis penais e processuais penais a fim de facilitar as prisões e condenações no Brasil que, segundo eles, é o país da impunidade. Todavia, à despeito das pretensões do Governo, o Congresso Nacional promoveu uma série de alterações e emendas nos dispositivos do projeto original a ponto de, ao final, o pacote ter um viés muito mais garantista do que o previsto pelo Governo.

Entretanto, ao mesmo tempo que a referida legislação merece elogios, também comporta críticas por alguns dos dispositivos que trouxe ao ordenamento pátrio. De um lado ela tratou corretamente sobre o cuidado que os Juízos de Execução Penal são obrigados a tomar quanto aos prazos das prisões preventivas, de outro ela legitimou erroneamente a possibilidade deste tipo de prisão sob a justificativa da garantia da

ordem pública, podendo ser utilizada pelos juízes e tribunais para manter um sujeito preso valendo-se de uma argumentação rasa e sem o devido juízo de culpabilidade reconhecido.

2. O PRINCÍPIO DA NÃO-CULPABILIDADE COMO PRESSUPOSTO MAIOR DE LIBERDADE

Para que o Estado Democrático de Direito tenha êxito, atingindo seus objetivos pretendidos, é necessário que os direitos fundamentais, sejam resguardados, pois somente assim as garantias sociais, políticas e individuais podem ser exercidas em sua maior potencialidade. Logo, um Estado que infringe estas garantias, põe de lado o pleno funcionamento democrático, agredindo os seus cidadãos e obstando o desenvolvimento social como um todo (JÚNIOR, 2018).

É importante frisar ainda que os direitos fundamentais possuem um núcleo que é comum aos demais congêneres, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Este postulado é responsável pela efetiva concretização do bem-estar social e, apesar de não ser um critério absoluto, ele é o elemento que unifica as outras garantias e lhes dá bases de subsistência, ficando assim, sob sua égide (JÚNIOR, 2018).

Nesta feita, chama-se à baila o princípio da não-culpabilidade, também denominado como princípio da presunção de inocência, essencial e basilar em qualquer país civilizado, e fundamental para se proteger o cidadão no curso de uma ação penal. Além de estar elencado em tratados internacionais em que o Brasil é signatário, a exemplo do art. 8º do Pacto de San José da Costa Rica, este princípio está positivado no art. 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, *in verbis*: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Por se tratar de cláusula pétrea, as leis infraconstitucionais não têm o condão de suprimir o disposto nesta norma, correndo-se o risco de cancelar um processo penal autoritário e distante dos objetivos que o Estado, em tese, se funda (LOPES JR, 2019).

O referido postulado, apesar de encontrar fundamento no axioma da dignidade da pessoa humana, ocupa um papel central em qualquer persecução criminal, sendo pressuposto maior de liberdade e base para a consolidação de um processo garantista.

Dáí surge a observação de Ferrajoli, cuja valorosa lição – ao discutir a questão pertinente aos princípios e modelos estruturantes das garantias penais e processuais penais, notadamente os postulados “da consequencialidade da pena em relação ao delito”, “da legalidade”, “da necessidade”, “da lesividade ou da ofensividade do evento delituoso”, “da materialidade da ação”, “da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal”, “da jurisdicionalidade”, “da separação entre juiz e acusação (princípio acusatório)”, “do ônus da prova” e “do contraditório ou da defesa” – põe em destaque, a partir de tais diretrizes essenciais, dez axiomas que resumem a fórmula doutrinária de um pretensão garantismo penal (FERRAJOLI, 2002):

- Nulla poena sine crimine
- Nullum crimen sine lege
- Nulla lex (poenalis) sine necessitate
- Nulla necessitas sine injuria
- Nulla injuria sine actione
- Nulla actio sine culpa
- Nulla culpa sine iudicio
- Nullum iudicium sine accusatione
- Nulla accusatio sine probatione
- Nulla probatio sine defensione (FERRAJOLI, p. 74-75, 2002).

Nesta esteira, os poderes constituídos da República revelam-se, por excelência, como garantidores das liberdades individuais, sobretudo no âmbito do processo penal. Especificamente no tocante ao Poder Judiciário, este deve atuar de maneira contramajoritária a fim de não permitir que insurgências de cunho pretoriano penetrem nas paredes dos tribunais e interfiram no correto e justo julgamento do caso concreto, por maior que seja a lesividade crime em questão (LOPES JR, 2019).

Ao contrário do que arguem as visões autoritárias do processo penal, seja pela atividade midiática ou pelo senso comum da sociedade, a persecução criminal revela-se como um instrumento de perpetuação da liberdade humana, não podendo ser utilizado como alibi para discursos destoantes do arcabouço normativo constitucional. Em decisão da lavra do grande Ministro Celso de Mello, ele leciona acerca desta afirmação:

A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do “jus libertatis” titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula “nulla poena sine iudicio” exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual. (STF. HC nº 73.338/RJ. Relator Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJ 19/12/1996).

Haja vista os ditames do princípio da presunção de inocência e o papel garantidor das liberdades do processo penal, o art. 283 do Código de Processo Penal, espelhado na principiologia constitucional e com redação dada pela Lei 13.964/2019, assevera:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

O fato de o Estado persecutório ser obrigado a priorizar a liberdade do acusado traduz, em maior grau, o efeito primário do princípio da não-culpabilidade, pois o consectário lógico da privação de um dos direitos inerentes à pessoa é uma culpa reconhecida e formalizada por juízo competente, algo que só pode ser alcançado ao fim do processo, isto é, no trânsito em julgado de sentença condenatória.

3. A ILEGALIDADE DO EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO PREVENTIVA

No ordenamento jurídico brasileiro, entende-se a prisão preventiva como uma das formas de prisão de modalidade cautelar e de natureza processual, podendo ser decretada a qualquer momento durante a fase de investigação criminal ou no curso do processo, se não cabível qualquer outra medida menos gravosa e desde que sejam atendidos os seus requisitos legais (PACELLI, 2021). O art. 312 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019, prega, *in verbis*:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

A necessidade da decretação de prisão preventiva deve ser analisada com muita cautela pelo julgador, visto que diz respeito a uma prisão sem prazo determinado por lei e envolvendo um sujeito que ainda não teve a sua culpa comprovada por força da inexistência do trânsito em julgado de sentença condenatória, devendo ser analisada sob a égide da principiologia constitucional e das circunstâncias do caso concreto (LOPES JR, 2019).

No cotidiano jurídico do Brasil, são muito comuns os casos em que há flagrante excesso de prazo nas prisões preventivas. Segundo levantamento feito pelo Banco de Monitoramento de Prisões do Conselho Nacional de Justiça em 2019, 41,5% dos presos no Brasil são provisórios¹. Isso ocorre pela dificuldade que o Sistema de Justiça Criminal brasileiro enfrenta ao lidar com os processos de forma célere, de modo que essas prisões não se prolonguem. A boa doutrina traz severas críticas a este excesso de prazo.

Outra “garantia” que se encarta no “devido processo penal” é a referente ao desenrolamento da “*persecutio criminis*” em “prazo razoável”.

1 Dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça, apresentados por meio do site jornalístico G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>.

Ora, nosso País é um dos signatários da “Convenção americana sobre direitos humanos”, assinada em San José, Costa Rica, no dia 22.11.1969, e cujo art. 8.º, 1, tem a seguinte (também ora repetida) redação: “Toda pessoa tem direito de ser ouvida” com as devidas garantias e “dentro de um prazo razoável” por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei anterior; “na defesa de qualquer acusação penal contra ela formulada” (...). Por via de consequência, dúvida não pode haver acerca da determinação (...) na Carta Magna brasileira em vigor, do término de qualquer procedimento, especialmente o relativo à persecução penal, em “prazo razoável”.

Afigura-se, com efeito, de todo inaceitável a delonga na finalização do processo de conhecimento (especialmente o de caráter condenatório), com a ultrapassagem do tempo necessário à consecução de sua finalidade, qual seja a de definição da relação jurídica estabelecida entre o ser humano, membro da comunidade, enredado na “persecutio criminis”, e o Estado: o imputado tem, realmente, direito ao pronto solucionamento do conflito de interesses de alta relevância social que os respectivos autos retratam, pelo órgão jurisdicional competente” (TUCCI, p. 249, 2004).

Para tentar sanar este tipo de problema, a Lei nº 13.964 inovou ao trazer a obrigatoriedade de os juízes reavaliarem a necessidade da prisão preventiva a cada 90 dias.

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

No aspecto prático, o prazo estabelecido no artigo supra carrega algumas implicações no que diz respeito à sua efetivação e observação pelo Judiciário, vez que soma-se a isso um contexto de abarrotamento de processos que os juízes e tribunais têm que julgar todos os dias, dificultando que estes, de ofício, reavaliem periodicamente a necessidade da prisão (PACELLI, 2021). Levando em consideração essas dificuldades, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese, no julgamento da Suspensão de Liminar nº 1.395, de que “a inobservância do prazo nonagesimal do

Artigo 316, do CPP, não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juiz competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade dos seus fundamentos”. Naquela feita, o relator destacou:

O disposto no art. 316, parágrafo único, do Código de Processo Penal, insere-se em um sistema a ser interpretado harmonicamente, sob pena de se produzirem incongruências deletérias à processualística e à efetividade da ordem penal. A exegese que se impõe é a que, à luz do caput do artigo, extrai-se a regra de que, para a *revogação da prisão preventiva*, o juiz deve fundamentar a decisão na *insubsistência dos motivos que determinaram sua decretação*, e não no mero decurso de prazos processuais (STF. SL nº 1.395/SP. Relator Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. DJe 04/02/2021). *Grifos meus*.

Com as vênias devidas ao relator e à ampla maioria da Corte, com a ressalva do Min. Marco Aurélio, é preciso destacar que mesmo a inobservância de meros prazos processuais podem comprometer a legalidade do processo penal, que deve se pautar na legalidade estrita e cumprimento rigoroso daquilo que institui o diploma legal. Prazos, por mais difíceis que pareçam, têm que ser cumpridos, não dando a lei margem de discricionariedade ao magistrado neste dispositivo.

No que diz respeito ainda à temática abordada, o Superior Tribunal de Justiça editou súmula que impede o reconhecimento de excesso de prazo na prisão preventiva quando há pronúncia do réu nos crimes de competência do tribunal do júri, dando a possibilidade de o acusado ficar por anos à mercê de uma prisão cautelar sem um prévio juízo de culpabilidade formalizado.

Súmula 21: Pronunciado o réu, fica superada a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução.

Todavia, para além do entendimento sumulado do STJ, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido em reiteradas vezes a possibilidade de alegação de excesso de prazo mesmo após sentença de pronúncia. Em decisão da lavra do eminente Ministro Celso de Mello, com a incisividade que lhe é própria, ele diz:

EMENTA: “HABEAS CORPUS”. PRISÃO CAUTELAR QUE SE PROLONGA POR MAIS DE 06 (SEIS) ANOS. RÉU PRONUNCIADO, MAS SEQUER SUBMETIDO A JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI. EXCESSO DE PRAZO CARACTERIZADO. SITUAÇÃO QUE NÃO PODE SER TOLERADA NEM ADMITIDA. DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO DE

QUALQUER RÉU, MESMO TRATANDO-SE DE DELITO HEDIONDO, AO JULGAMENTO PENAL SEM DILAÇÕES INDEVIDAS NEM DEMORA EXCESSIVA OU IRRAZOÁVEL. DURAÇÃO ABUSIVA DA PRISÃO CAUTELAR QUE TRADUZ SITUAÇÃO ANÔMALA APTA A COMPROMETER A EFETIVIDADE DO PROCESSO E A FRUSTRAR O DIREITO DO ACUSADO À PROTEÇÃO JUDICIAL DIGNA E CÉLERE. PRECEDENTES (RTJ 187/933-934, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). MAGISTÉRIO DA DOUTRINA. OCORRÊNCIA, NA ESPÉCIE, DE LESÃO EVIDENTE AO “STATUS LIBERTATIS” DO PACIENTE EM RAZÃO DE OFENSA À CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 5) E À CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (ART. 5º, INCISO LXXVIII). “HABEAS CORPUS” DEFERIDO. (STF. Habeas Corpus nº 126.163/PE. Rel. Min. CELSO DE MELLO. Decisão Monocrática. DJe 01/02/2017)

Diante do entendimento da Suprema Corte, é possível se constatar o equívoco do entendimento sumulado do STJ, pois ainda que tenha havido sentença de pronúncia, é, no mínimo, inaceitável e inconcebível que se mantenha uma pessoa presa cautelarmente pelo tempo que for conveniente ao magistrado, sem que isso acarrete em qualquer arguição de excesso de prazo (LOPES JR, 2019). Essa divergência lança luzes sobre uma outra discussão importante, e que impacta diretamente a questão da confiabilidade das decisões judiciais e segurança jurídica, qual seja, a necessidade da uniformização da jurisprudência, principalmente se tratando da Corte Superior e da Suprema Corte em matéria penal e processual penal.

4. POTENCIALIDADE DO CRIME COMO ARGUMENTO (IR)RACIONAL PARA DECRETAÇÃO DE EXTENSAS PRISÕES PREVENTIVAS

Para que se possa decretar a prisão preventiva de um réu ou investigado, o juiz tem que analisar, cumulativamente, dois critérios que visam justificar a necessidade desta medida cautelar mais gravosa. O primeiro critério é o chamado *periculum libertatis*, que é a necessidade de se demonstrar que a liberdade do sujeito representa um risco à eficácia do processo ou do inquérito policial, sendo necessária a sua prisão cautelar para que haja uma eficiente apuração dos fatos. O segundo critério é o chamado *fumus comissi delicti*, que se traduz na necessidade de o magistrado apontar em sua decisão provas mínimas da existência de um

crime e indícios mínimos de autoria e materialidade que liguem o sujeito àquela conduta criminosa (PACELLI, 2021).

Ocorre que, na prática, os juízes consideram o mesmo fato, qual seja, a potencialidade do crime, para justificar tanto o primeiro pressuposto, quanto o segundo, ocasionando na ocorrência do *bis in idem*, sendo a dupla valoração e punição pelo mesmo fato, inaceitável e vedado pelo ordenamento jurídico pátrio (METZKER, 2019). Nas lições de Fernando Capez:

A prisão preventiva é modalidade de prisão provisória, ao lado do flagrante e da prisão temporária. Possui natureza cautelar e tem por objetivo garantir a eficácia do futuro provimento jurisdicional, cuja natural demora pode comprometer sua efetividade, tornando-o inútil. Trata-se de medida excepcional, imposta somente em último caso (CPP, art. 282, § 6º). Nesse sentido: “A prisão provisória é medida de extrema exceção. Só se justifica em casos excepcionais, onde a segregação preventiva, embora um mal, seja indispensável. Deve, pois, ser evitada, porque é uma punição antecipada” (RT, 531/301). Seus pressupostos são: necessidade, urgência e a insuficiência de qualquer outra medida coercitiva menos drástica, dentre as previstas no art. 319 do CPP (CAPEZ, p. 392, 2016).

Diante desta consideração, complementa Alexandre Reis:

A decisão, ademais, deve ser suficientemente fundamentada em uma das hipóteses legais, não bastando ao juiz, por exemplo, dizer, genericamente, que aquele tipo de crime é grave. Deve desse modo, apreciar as circunstâncias específicas que tornam grave aquele crime em apreciação no caso concreto e que tornam temerária a liberdade do réu ou, ainda, justificar a medida em outra das hipóteses legais (risco de fuga, ameaça a testemunhas etc.). A insuficiência da fundamentação dará causa à revogação da prisão por meio de habeas corpus interposto em prol do acusado (REIS, p. 477-478, 2013)

Acontece que, também nesta temática, a jurisprudência não é uníssona, ora acatando decretações de prisões com este fundamento, ora rechaçando esta possibilidade. Certa feita, o STF, em julgado consideravelmente antigo e importante, já se manifestou pela impossibilidade de se justificar a prisão processual levando em consideração a gravidade do delito.

Prisão preventiva: à falta da demonstração em concreto do “*periculum libertatis*” do acusado, *nem a gravidade abstracta do crime*

imputado, ainda que qualificado de hediondo, nem a reprovabilidade do fato, nem o conseqüente clamor público constituem motivos idôneos à prisão preventiva: traduzem, sim, mal disfarçada nostalgia da extinta prisão preventiva obrigatória. (STF RTJ 172/184, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Segunda Turma. DJ 03/02/2009) grifos meus

Diante das considerações explanadas ao longo deste capítulo, verifica-se a inaceitabilidade, sob pena de se violar o próprio processo penal acusatório, da decretação da prisão preventiva levando-se em consideração apenas o fato da gravidade do crime, bem como de outras fundamentações teratológicas que venham a justificar a sua necessidade. A irracionalidade por trás das decisões que comportam este tipo de tese não encontra respaldo nos axiomas constitucionais que orientam a justa e democrática persecução criminal.

5. A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONCEITO DA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA

A “ordem pública” ou “garantia da ordem pública” é um conceito nebuloso que integra a dogmática jurídico-penal brasileira e serve como fundamento legal para vários atos dos poderes da República, sendo, inclusive, um pressuposto legal para a decretação de prisão preventiva. O obscurantismo que gira em torno deste conceito o torna perigoso do ponto de vista dos direitos fundamentais, servindo, na prática, como um meio de driblar as regras do jogo democrático e esvaziar o princípio constitucional da presunção de inocência.

O conceito de ordem pública na doutrina nacional, e até na internacional, é multifacetário e admite uma gama de definições que se adequam à situação em que este é invocado (MACHADO; VINCENZI, 2009). Trata-se de um conceito jurídico indeterminado, mas que, basicamente, significa que há indícios de que o imputado voltará a delinquir se permanecer em liberdade. Entende-se por ordem pública a paz e a tranquilidade no meio social. Desse modo, aquele indivíduo inveterado na vida do crime acaba por abalar essa paz social, o que justifica a restrição da sua liberdade de maneira cautelara (CABETTE, 2012).

[...] a prisão para a garantia da ordem pública não se destina a proteger o processo penal, enquanto instrumento de aplicação da lei

penal. Dirige-se, ao contrário, à proteção da própria comunidade, coletivamente considerada, no pressuposto de que ela seria duramente atingida pelo não-aprisionamento de autores de crimes que causassem intranquilidade social” (PACELLI, p. 435, 2021).

Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinquente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Trata-se, por vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja vida social é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo. Quando outros motivos não ocorressem, o intuito de impedir novas violações determinaria a providência (GARCIA, p. 169, 1945).

No caso das prisões preventivas, nos parâmetros disciplinados no art. 312 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 13.964/2019, essa ordem diz respeito, como dito, ao pleno estado de bem-estar social e econômico (CABETTE, 2012). Porém, tendo em vista um contexto em que juízes cada vez mais se comportam como heróis e se colocam na obrigação de combater crimes, este postulado se torna mais estranho e perigoso do que o normal, pois, além de não estar calcado no princípio da legalidade ao não estar descrito de forma certa e estrita, ele é compreendido como uma espécie de função social do Judiciário de simplesmente prender alguém utilizando-se de argumentos genéricos. No entanto, toda essa dinâmica de decretações de prisões preventivas *sui generis*, pode facilmente tomar um viés arbitrário e romper com princípios democráticos, razão pela qual, neste caso, a “garantia da ordem pública” se torna um conceito nocivo ao Estado de Direito.

A problemática que gira em torno dessa questão não é uma novidade. Aury Lopes Jr. (2019) destaca a inconstitucionalidade do fundamento da garantia da ordem pública para a decretação de prisões preventivas.

Fica evidenciado, assim, que as medidas cautelares não se destinam a “fazer justiça”, mas sim garantir o normal funcionamento da justiça através do respectivo processo (penal) de conhecimento. Logo, são instrumentos a serviço do instrumento processo; por isso, sua característica básica é a instrumentalidade qualificada ou ao quadrado. É importante fixar esse conceito de instrumentalidade qualificada, pois só é cautelar aquela medida que se destinar a esse fim (servir

ao processo de conhecimento). E somente o que for verdadeiramente cautelar é constitucional. (...). Nesse momento, evidencia-se que as prisões preventivas para garantia da ordem pública ou da ordem econômica não são cautelares e, portanto, são substancialmente inconstitucionais (LOPES JR, p. 777, 2019).

É muito comum no cotidiano jurídico brasileiro que os juízes usem deste conceito, em conjunto com argumentações desarrazoadas e teratológicas, para justificar uma desnecessária e extensa prisão preventiva. Isso se deve ao fato de haver uma ausência no diploma legal do conceito do que seria a “ordem pública”. Ainda sobre a compreensão deste conceito, destaca-se a sua importância.

Compreender a garantia da ordem pública sob um viés racional, democrático e plenamente calcado na principiologia constitucional é a chave para que seja possível corrigir os erros cotidianos que o Estado – na figura de juízes, legisladores e policiais – se acomete amparado nessa premissa. É preciso que seja dada uma interpretação sob a égide dos Direitos Humanos ao termo constitucional em comento, para o desenvolvimento de estruturas judiciais e policiais que tenham como missão a desincompatibilização da ideia da “ordem pública” com as injustiças generalizadas (CARVALHO; SANTOS; SODRÉ, p. 55, 2021).

Haja vista a problemática apresentada no decorrer deste capítulo, percebe-se o equívoco dos juízes e tribunais quando decretam a prisão do sujeito sob a justificativa da garantia da ordem pública, mesmo nos casos em que os elementos que comprovem este risco sejam precários. Mostra-se inaceitável o uso deste instituto para que seja feita justiça instantânea, abandonando-se o princípio do devido processo legal e promovendo uma execução antecipada da pena.

6. CONCLUSÃO

Diante de toda a fundamentação apresentada ao longo deste estudo, se faz necessário entender que o Pacote Anticrime, entrinhado no ordenamento pátrio pela Lei nº 13.964/2019, trouxe inúmeras novidades relevantes para o Código Penal e para o Código de Processo Penal. Todavia, ao mesmo tempo que alguns dos dispositivos trazidos vieram para contribuir com o direito penal democrático e o sistema

processual acusatório, outros significaram inegáveis retrocessos nestes aspectos.

A prisão preventiva é, sem dúvidas, um instrumento importante à justa e célere persecução penal, todavia quando os juízes e a acusação se valem deste instituto como antecipação de pena ou como satisfação precoce dos interesses da sociedade, cria-se um contexto em que os postulados orientadores do devido processo legal se tornam exceção e o desrespeito generalizado à principiologia jurídico-penal se torna a regra, fato este inaceitável em qualquer Estado de Direito moderno.

Nas considerações trazidas à baila no decorrer deste artigo, percebe-se o modo pelo qual o sistema de justiça criminal costuma lidar com os casos de grande repercussão social, à revelia de toda carga axiológica constitucional que, em tese, deveria nortear qualquer persecução criminal. O clamor público se tornou um problema ao justo processo penal do ponto de vista dos direitos fundamentais, e tem contribuído para a perpetuação de injustiças generalizadas, tanto às vítimas, quanto aos réus. Decretações de prisões de natureza eminentemente cautelar merecem um viés de excepcionalidade e um juízo calcado no eficiente processo penal, não podendo se sustentar apenas em narrativas genéricas tocantes à gravidade do delito ou garantia da ordem pública. Além disso, a observância de prazos é de grande relevância para que se preserve o mínimo de dignidade do sujeito submetido ao arbítrio do Estado.

Cumprе salientar, por fim, que o processo criminal deve sempre caminhar de modo paralelo à cultura do ódio e da vingança, predominante no meio social. Quando isto não acontece, o rompimento do Estado de Direito torna-se iminente, acarretando em insurgências autoritárias nas instituições que deveriam agir como guardas da Lei Maior, servindo assim como um intolerável retrocesso aos tempos sombrios de outrora.

REFERÊNCIAS

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. G1, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml>. Acesso em: 05 de junho de 2021;

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988;
- BRASIL. **Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940)**. Brasília, 1940;
- BRASIL. **Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689/1941)**. Brasília, 1941;
- BRASIL. **Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019)**. Brasília, 2019;
- CABETTE, Eduardo Luis Santos. **Garantia da ordem pública como fundamento para a prisão preventiva**. Jusbrasil, 2012. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/121937452/garantia-da-ordem-publica-como-fundamento-para-a-prisao-preventiva>. Acesso em: 28 jun. 2021;
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016;
- CARVALHO, Nathan Gabriel Cerqueira; SANTOS, Claudinei Batista dos; SODRÉ, Millena Pires Queiroz. **Garantia da Lei e da Ordem: o Papel do art. 142 da Constituição Federal na Manutenção do Padrão de Violência Policial**. Capítulo 3. Editora Ceala, 2021. Disponível em: https://drive.google.com/file/d/11UKyxOX4lYyVR4nd9GiQ3_MoETaejsvF/view?usp=sharing. Acesso em: 27 de maio de 2021;
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002;
- GARCIA, Basileu. **Comentários ao Código de Processo Penal**. Vol. III. Editora Forense: São Paulo, 1945;
- JÚNIOR, Dirley da Cunha. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018;
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019;
- MACHADO, César Rossi; VINCENZI, Brunela Vieirade. **A Complexidade da Ordem Pública Entre Outras Culturas**. Consultor Jurídico, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009jun11/conceitoordempublicacomplexosituacoesulturaisdistintas#:~:text=A%20complexidade%20da%20Ordem%20P%C3%BAblica%20entre%20outras%20culturas&text=A%20ideia%20de%20discutir%20quest%C3%B5es,judicial%20ou%20arbitral%2C%20no%20Brasil>. Acesso em: 01 jun. 2021;
- METZKER, David. **Gravidade concreta não pode gerar prisão preventiva**. Consultor Jurídico, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-26/opinioao-gravidade-concreta-nao-gerar-prisao-preventiva>. Acesso em: 28 jun. 2021;
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25ª ed. Atlas: São Paulo, 2021;

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. Coordenador Pedro Lenza. 2 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 73.338/RJ**. Rel. Min. Celso de Mello. Segunda Turma. DJ 19/12/1996;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Habeas Corpus nº 126.163/PE**. Rel. Min. Celso de Mello. Decisão Monocrática. Decisão em 16/12/2016. DJe 01/02/2017;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RTJ 172/184**. Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Segunda Turma. DJ 03/02/2009;

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Suspensão de Liminar nº 1.395/SP**. Rel. Min. Luiz Fux. Tribunal Pleno. DJe 04/02/2021;

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAPÍTULO II

O Auto da Compadecida: uma análise sob a luz do garantismo penal¹

*Débora Vasconcellos Cavalcanti**

*Luana de França Ferreira***

RESUMO: Enveredando-se pelo campo da intersecção entre o Direito e a Literatura, o artigo visou à revisão crítica acerca da narrativa processual presente numa das cenas do filme *O Auto da Compadecida*, dirigido por Guel Arraes, a partir da obra de Ariano Suassuna, com o intuito de identificar as aproximações entre o Tribunal de Manuel e o instituto do Tribunal do Júri, bem como fomentar a percepção processual penal próxima das proposições do Garantismo Penal, de Luigi Ferrajoli. A partir dessa premissa, foi possível concluir que o filme, na cena do Tribunal das Almas, introduziu elementos críticos compatíveis com as acepções do campo da Teoria Garantista Criminológica do sistema processual penal.

PALAVRAS-CHAVES: Direito; Literatura; Garantismo Penal; Tribunal do júri.

SUMÁRIO: I. Introdução; II. O direito e a literatura: análise do filme o auto da compadecida; III. O garantismo penal; IV. O tribunal de Manuel: uma análise da construção processual; V. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Certos de que sendo do “tamanho do mundo”, “o sertão não tem janelas nem portas”, daí ser tão complicado saber as fronteiras das

(*) Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa em *Compliance* – EduCompliance. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Ciências Criminais da Ordem dos Advogados do Brasil/BA. *E-mail:* debora.cavalcanti@fda.ufal.br.

(**) Graduada em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Ciências Criminais da Ordem dos Advogados do Brasil/BA. Pesquisadora do Grupo de Estudos Avançados – A questão criminal em Alagoas 2020 – Maceió/AL (IBCCRIM/CESMAC). *E-mail:* luana.ferreira@fda.ufal.br.

1. Artigo apresentado para conclusão do Grupo de Estudos em Ciências Criminais da Ordem dos Advogados do Brasil, Salvador/BA.

coisas, dos saberes, dos discursos, das forças (SALGUEIRO, 2012, p. 300), o teatro de Suassuna se apresenta como uma representação não representável da vida de seus personagens, composto pelo conflito de narrativas, trazendo posicionamentos distintos acerca de um mesmo fato, sendo apaziguados por uma decisão.

A obra, fartamente influenciada pelas vívidas do sertão nordestino e das variadas formas de expressão popular, a despeito do seu caráter ficcional, pode ser verificada através da confluência entre a percepção social acerca do fenômeno jurídico e aquela retratada na produção, bem como entre contexto fático e o objeto no qual se insere.

A justificativa para a sua opção foi dada devido à importância e ao reconhecimento literário e linguístico que ela possui, frente à compreensão do Direito enquanto prática social interpretativa, propondo elementos críticos acerca da condução processual feita pelo “Diabo”, a fim de explorar as problemáticas processuais penais à luz da ótica cinemática.

O filme sugere um procedimento de persecução penal de ordem inquisitorial das instituições penalizadoras, permitindo, dessa forma, uma apreensão crítica acerca dos fatores atinentes ao processo penal através das personagens que materializam as entidades estatais e os seus jurisdicionados.

É nesse contexto, pois, que o presente texto se dedica a analisar a cena do tribunal das almas, no contexto da obra *O Auto da Compadecida*, a fim de compreender a abordagem feita pelos realizadores acerca do procedimento de persecução penal realizado no Tribunal das Almas, observando-se, ainda, as semelhanças e as diferenças existentes entre a instituição do Tribunal do Júri “real” e a interpretação do instituto jurídico do Tribunal do Júri adotado na construção do universo fictício de Suassuna.

A análise também se valeu dos conceitos relativos à corrente doutrinária proposta por Luigi Ferrajoli em seu livro “Direito e Razão”, objetivando tecer considerações acerca das acepções penais e processuais suscitadas pela obra dirigida por Guel Arraes, pretendendo-se empreender uma dinâmica de interferência mútua entre o contexto fático processualista e as representações filmicas.

Metodologicamente, é possível dizer que a pesquisa fez uso do processo investigatório bibliográfico, constituindo-se dos mais diversos campos literários.

2. O DIREITO E A LITERATURA: ANÁLISE DO FILME O AUTO DA COMPADECIDA

O homem, enquanto ser social, carece de relações interpessoais e de vivência em sociedade de modo a integralizar a sua dignidade humana. Esse espaço de liberdade, diga-se, enquanto fomentador de vontades, esta estendida a todos os outros seres humanos, fez surgir a necessidade de criação de um ente hierarquicamente superior de modo a regulamentar as ações humanas e de organizar as liberdades pessoais com a finalidade de nenhuma se sobrepor à outra.

O Direito, sob esta ótica, surge enquanto norma reguladora das condutas humanas e de limitação à atuação social com o fito de almejar a paz e justiça sociais e restabelecer uma convivência harmônica, ordem social essencial da vida em sociedade. Assim, o Estado, pessoa jurídica de Direito Público, politicamente organizado, cria através do Direito, princípios reguladores da vida em sociedade (ÂMBITO JURÍDICO, 2013).

Acerca dos conceitos que permeiam o mundo jurídico, vez que o homem sempre fora norteado por regras de conduta, impende mencionar duas correntes doutrinárias, quais sejam o jusnaturalismo e o juspositivismo. Esta última acredita que a existência do Direito, e consequentemente da justiça, está condicionada à ocorrência de normas positivadas, emanadas coercitivamente pelo Estado e adaptadas aos princípios fundamentais do direito natural (ÂMBITO JURÍDICO, 2013).

Doutro modo, o jusnaturalismo defende a independência do Direito frente à vontade humana, sendo sua existência anterior à condição humana e tendo como pressupostos os valores humanos, sempre na busca da concretização da justiça social (ÂMBITO JURÍDICO, 2013).

Neste contexto, Germano Schwartz (2006, p. 18-19) alerta para o fato de que a relação entre Direito e Literatura surge como uma forma de abordagem diferente da da ciência do Direito, vez que calcada na superação do modelo positivista e que visa à procura de novas formas

de observação transdisciplinares, as quais possibilitem a constatação e a superação do distanciamento temporal da sociedade a qual se insere.

O autor ainda destaca as relações entre a Literatura e o Direito, ressaltando que aquela sempre retratou os conflitos existenciais humanos, sejam advindos das relações processuais e das violações a direitos, como demonstrado em *O Processo*, de Kafka, sejam advindos da percepção social acerca da atuação dos operadores jurídicos, como bem explanado nos romances de John Grisham, ou até mesmo surgido do questionamento da validade normativa jurídica, como bem abordado por Dostoiévski em seu romance *Crime e Castigo*.

No entanto, a recíproca não se demonstra verdadeira, vez que o sistema jurídico raramente se mistura com os eventos literários. Neste contexto, é válido mencionar que a Literatura surge como um campo capaz de proporcionar novos horizontes de sentido para os juristas, na medida em que instiga o desenvolvimento de sua capacidade crítica perante os problemas cotidianos e do intelecto humano. No Brasil, os estudos e pesquisas sobre Direito e Literatura ainda são muito recentes, ao contrário do que se pode notar nos Estados Unidos, cujas primeiras incursões jusliterárias remetem ao início do século XX (*apud* IMED, p. 2).

Apesar da literatura estar presente em todos os atos da vida cotidiana, servindo enquanto retrato social, poucos são os juristas que reconhecem o papel essencial que a Literatura pode desempenhar na formação cidadã e dos operadores de Direito. Para além da resistência conservadora presente nos institutos jurídicos, é necessário entender e validar a literatura enquanto elemento fundamental, visto que desperta a sensibilidade do leitor ao colocá-lo em situações nunca antes experimentadas (IMED, p. 2).

Nesse sentido, a relação estabelecida entre o Direito e a Literatura expande a compreensão do conhecimento jurídico do jurista, que faz essa interação entre os saberes, já que a Literatura contribui para a qualificação do jurista-leitor, desenvolvendo seu horizonte de sentido, a fim de auxiliá-lo na interpretação dos fenômenos jurídicos e da concretização dos direitos fundamentais de segunda geração (IMED, p. 2).

Dessa forma, a interseção realizada entre os saberes jurídicos e literários permitem aos juristas, através da leitura, a ampliação da capacidade

de compreensão e a formulação de novas soluções passíveis a melhor decidir sobre os casos concretos.

Para Trindade e Gubert:

[...] a imaginação literária possibilita o resgate da singularidade e das nuances do mundo da vida, pois ela aproxima o sujeito das situações de qualquer um que é diferente de si, na medida em que o leitor admite (re)conhecer, mediante uma representação concreta, o valor da dignidade humana e as necessidades daqueles que com ele vivem. A imaginação literária deve, portanto, ser entendida como “um componente essencial de uma posição ética que nos exige a preocupação com o bem das outras pessoas, cujas vidas encontram-se distantes da nossa” (*apud* IMED, p. 3).

Ademais, os autores ainda nos fazem refletir acerca da capacidade que a Literatura possui de sensibilizar o jurista, com a tendência de humanizar as relações, não se atendo somente a função processual e esquematizada.

É neste cenário que o presente artigo invoca a obra *O Auto da Compadecida*, peça teatral escrita em 1955, pelo escritor paraibano Ariano Suassuna, e adaptada para o cinema brasileiro no ano 2000, vez que, além de retratar o drama vivido pelo povo nordestino e a questão coronelista presente há muito no nordeste do país, traz em tela, em uma de suas cenas, o sistema de justiça criminal brasileiro, o qual será melhor abordado posteriormente.

A obra mencionada se trata de um drama nordestino apresentado em três atos, contendo elementos da literatura de cordel, estando inserida no gênero da comédia e se aproximando, nos traços, do barroco católico brasileiro. Nela, destaca-se a linguagem oral, o regionalismo e a caracterização do nordeste, sendo traçado o perfil dos sertanejos nordestinos que estão submetidos à opressão e subjugados por famílias de poderosos coronéis donos de terra (GLOBO).

A peça é uma síntese do modelo medieval com o modelo regional: trabalha o tema religioso da moral católica, o que a aproxima do Barroco, mas o insere no contexto nordestino. Por ser um dos objetivos do movimento modernista trabalhar tendências mundiais de forma regional, adaptando-se a nossa realidade, a peça pode ser considerada como uma tendência modernista (GLOBO).

Apesar da obra ter sido originariamente escrita no formato de peça teatral em forma de auto, ou seja, trabalhando com elementos cômicos e tendo intenção moralizadora, este artigo irá se restringir à análise do filme homônimo baseado nesta obra teatral.

Assim, lançado no ano de 2000, *O Auto da Compadecida* é uma comédia dramática dirigida por Guel Arraes, trazendo ainda referências de obras como “*O Santo e a Porca*” e “*Torturas de um Coração*”, todas do escritor paraibano, e influências da obra *Decameron*, de Giovanni Boccaccio (NICODEM, p. 266).

O filme se insere no vilarejo de Taperoá, sertão da Paraíba, e tem como principais personagens João Grilo e Chicó, dois paupérrimos nordestinos que lutam diariamente pela sobrevivência humana. Em busca deste intento, as personagens imaginam vários planos como estratégia para conseguir dinheiro, envolvendo-se em diversas confusões, dentre elas a com um temido cangaceiro, Severino de Aracaju, que culmina na morte de João Grilo e de outros personagens coadjuvantes em cena.

Fica evidente o cunho de sátira moralizante da peça, através das características de seus personagens. O padeiro e a mulher são avarentos, deixando passar necessidade o empregado enquanto cuidam bem do cachorro. O padre e o bispo, gananciosos, utilizam da autoridade religiosa para enriquecerem (GLOBO).

À luz de um olhar mais religioso sobre a obra, especificamente acerca dos preceitos da religião católica, vislumbra-se, após a morte, o julgamento de todos os presentes, na presença de Jesus Cristo, que remete às ideias do magistrado e da justiça criminal, e do Demônio, que nos traz à ideia do órgão acusatório e, conseqüentemente, do Ministério Público.

Além disso, o filme ainda nos transfere ao cenário de execução da pena no inferno. No papel de advogada de defesa, temos Nossa Senhora, que exerce o papel defensivo dos acusados pelo sistema de justiça criminal.

A verdade é que no grande palco, que mais se assemelha a um pica-deiro, o Direito se encontra com a literatura e, através de um julgamento divino, aspectos humanos das implicações jurídicas se revelam e se convidam a ser repensados (CRUZ, 2021, p. 29). Repensemos.

3. O GARANTISMO PENAL

Norberto Bobbio, no prefácio à primeira edição italiana da obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli, declara que através da Teoria do Garantismo pode-se indagar acerca os elementos fundantes do sistema punitivo brasileiro, de modo a investigar e limitar o abuso do poder estatal, caminhando para permitir que cada um desfrute da máxima liberdade compatível com a igual liberdade de todos os outros (BOBBIO, 2014, p.08).

Para o autor, a teoria desenvolvida por Ferrajoli se apresenta como a elaboração de um sistema geral de garantismo ou, se preferir, a construção das vigas-mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e por escopo, a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder (BOBBIO, 2014, p. 7).

Ferrajoli, em um aspecto macro de seus ensinamentos, destaca que a teoria pode ser entendida sob três aspectos bem delineados que se relacionam, sendo a primeiro um sistema de estrita legalidade, um modelo normativo de direito que:

[...] sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, já sob o plano político se define como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos (2014, p. 785-786).

Sob a ótica normativista do direito, explica Ferrajoli:

O garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao Direito Penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente (2002, p. 684).

Assim, entende-se que o modelo preconizado pela Teoria Geral do Garantismo está baseado no respeito à dignidade da pessoa humana e

seus Direitos Fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais (ROSA, 2011, p. 5). O direito penal, nessa acepção, não é mais concebido apenas como instrumento de prevenção dos crimes, mas também como “técnica de minimização de violência e do arbítrio na resposta do delito” (FERRAJOLI, 2002, p. 102).

Para além disso, a teoria ainda se utiliza de dez axiomas ou princípios axiológicos fundamentais relativos aos sistemas de garantias penais e processuais penais para definir as regras do jogo de responsabilização penal, sendo eles:

- i) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito;
- ii) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito¹⁷;
- iii) princípio da necessidade ou da economia no direito penal;
- iv) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento;
- v) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação;
- vi) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal;
- vii) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito;
- viii) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; ix) princípio do ônus da prova ou da verificação e x) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

Todavia, destaca-se, assim como bem defende o autor, que o princípio norte, basilar de todo o sistema garantista, é o princípio da legalidade estrita, que concatena todos os outros. Pode-se afirmar, então, que o Garantismo, como modelo normativo, é compatível com o Estado de direito, e mais além, seria sinônimo deste. A conexão lógica de tal afirmação é notável, já que por outro lado não seria compatível uma doutrina de garantias em um estado despótico ou autoritário (MENEZES et al, 2017, p. 52).

Para Glícia Paula Resende:

[...] não se pode olvidar que a controvérsia existente entre a epistemologia garantista e a epistemologia autoritária, tem seu núcleo entre a verdade jurídica que se busca. A epistemologia garantista busca uma verdade processual, ou seja, uma verdade construída a partir da observância de regras predeterminadas e atinentes aos fatos que

tenham relevância penal. Já a epistemologia autoritária, busca uma verdade única, absoluta, orientada por um direito penal máximo, admitindo em seu processo de construção qualquer meio para sua realização, ultrapassando, se necessário, os limites procedimentais. Deste modo, a epistemologia garantista visa a proteção máxima da liberdade dos indivíduos, em consonância com os objetivos de um direito penal mínimo (2015, p. 38-39)

O fato é que através de seus axiomas Ferrajoli busca:

[...] discutir o sistema penal atual, em suas bases filosófica, políticas e jurídicas, destrói velhos vícios teóricos e práticos, para em seguida, construir a Teoria Geral do Garantismo como modelo ideal – um sistema normativo dotado de garantias que lhe tragam racionalidade – a partir da qual são analisados os problemas fundamentais da pena, do delito e do processo penal (BOBBIO, 2014, p. 5).

Ao racionalizar um sistema punitivo, nota-se que somente por convenção jurídica, e não por imoralidade intrínseca ou por anormalidade, é que um determinado comportamento constitui delito; e a condenação de quem se tenha provado ser responsável não é um juízo moral nem um diagnóstico sobre a natureza, devendo os tipos penais serem claros (FERRAJOLI, 2014, p. 33), estabelecendo critérios de racionalidade e de civilidade à intervenção penal, bem como colocando limites constitucionais a todos os poderes, dentro de uma nova perspectiva de se encarar a relação entre os indivíduos e o Estado.

Para o autor italiano, para além de outras considerações teóricas, constata-se que o direito penal mínimo também tem a função de ser lei de proteção do mais fraco, por seu turno, o lado mais fraco da relação não é estático, de sorte que no momento do delito é a parte ofendida, no momento do processo é o acusado e, por fim, no momento da execução, é o réu (FERRAJOLI, 2002, p. 32).

No que se refere ao processo, este é, a técnica de diminuir a reação social ao delito, sendo alertado pelo autor que esse instrumento “não serve para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas” (FERRAJOLI, 2014, p. 450).

Nesse sentido, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas individualizar os seus comportamentos vedados pela lei (FERRAJOLI,

2006, p. 208). Assim, a pena não serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas também para prevenir as injustas punições (FERRAJOLI, 2014, p. 309).

É sob esta base que, uma vez apresentados os significados elaborados acima, poderemos compor um quarto e único conceito da teoria do garantismo penal como uma política criminal onde prevalece a mínima intervenção do Estado no sistema normativo punitivo, pautado na validade da norma e na sua efetividade – de forma distinta e, entre si – atuando como uma filosofia política externa que impõe ao Estado e ao direito, o ônus de buscar a finalidade da norma penal (NOVELLI, 2014, p. 122).

Em todos os casos, um cidadão pode ser punido apenas por aquilo que fez, e não pelo que é (FERRAJOLI, 2002, p. 208), pois nenhum valor ou princípio pode se satisfazer sem custos, e tais custos o sistema penal deve estar disposto a pagar se quer salvaguardar sua razão de ser (FERRAJOLI, 2002, p. 447/449).

Desta feita, uma vez elaborados e contextualizados os conceitos e as peculiaridades presentes na obra e, especialmente, no garantismo penal, passamos ao cerne deste artigo que se consubstancia na análise da cena do tribunal de Manuel sob a ótica garantista.

4. O TRIBUNAL DE MANUEL: UMA ANÁLISE DA CONSTRUÇÃO PROCESSUAL

Antes de contextualizarmos a cena do julgamento, tema central deste artigo, importa dizer, ainda que não seja o objetivo deste artigo exaurir todo o roteiro da obra dirigida, que a cosmovisão de cada personagem é representativa das multiplicidades das atuações dos seres humanos em seus palcos artísticos e representa para o Direito a possibilidade da invenção de leis e castigos para o disciplinamento dos homens (MELO, 2016, p. 12).

Pensar em *O Auto da Compadecida*, drama cômico, numa visão jurídica, é perceber que cada personagem, antes de ter uma atuação jurídica, tem uma atuação existencial e, em consequência de suas emoções, provoca alguma transformação no mundo (SARTRE, 2011. p. 63).

Para Gabriel Cruz (2021, p. 37):

[...] seja como forma de identificação e aprendizado para alguns, seja como repulsa para outros. Podemos, então, compará-los à sociedade que espera por resposta do Estado-Juiz quando há transgressões a valores tidos como fundamentais. Destarte, a obra incorpora o espírito do Tribunal do Júri, que por meio da dramatização e da violência intrínseca às suas instâncias, provoca emoções extremas e externaliza para a sociedade as consequências da transgressão a determinados valores, sendo, portanto, um espetáculo pedagógico que apresenta e legitima o sistema de justiça criminal [...].

Na obra, o julgamento de Manuel se trata de um exercício dramatizado de poder, que desperta emoção e pertencimento. O assassinato dos personagens do Bispo, Padre, Padeiro, a Mulher do Padeiro e João Grilo, pelo cangaceiro Severino de Aracaju, dão ensejo à relação que está em jogo, podendo dizer que há, por certo, uma semelhança entre a cena e o julgamento feito através de um Tribunal do Júri.

Assim, num sentido metafórico e dialógico, podendo ser comparado a um grande palco onde as práticas coletivas se manifestam, há uma aproximação conceitual entre Tribunal, Encenação e Drama, que estreita e torna possível a relação entre o Auto da Compadecida e o referido instituto (CRUZ, 2021, p. 36).

No entanto, na linha de intersecção dialógica entre Direito e Arte, entre Direito e Literatura, entre Direito e Teatro, percebe-se que as construções imagético-discursivas sobre o Tribunal em um Júri se assemelham muito à própria concepção cristã da formação de um Tribunal (MELO, 2016, p. 12). Ocorre que, enquanto o julgamento de um júri pode conduzir os réus a mortes morais e ao cumprimento de pena em presídio, o veredicto celestial pode resultar na morte eterna e punição pelos seus pecados no inferno (CRUZ, 2021, p. 36).

No filme, a Advogada de Defesa é a Compadecida; o Promotor é o Diabo; o Padre, o Sacristão, o Padeiro, a Mulher do Padeiro, João Grilo e Severino de Aracaju são os acusados; Manuel é o Juiz, que na visão católica é Jesus, quem julga e oferece um veredito.

Na conjuntura, Manuel mostrou-se neutro e imparcial, considerando as narratividades humanísticas e éticas, demonstrando ser um modelo de juiz a ser seguido. Em relação ao Diabo, este parte da premissa de que

todos são culpados e que devem ser punidos, antes mesmo da instauração do devido processo legal, o que o distancia da verdadeira justiça. A Compadecida, por sua vez, problematiza a necessidade de contextualização dos fatos, buscando atenuantes para as condutas dos sertanejos.

Assim, após ouvir o que o Diabo e a Compadecida tinham a dizer, Manuel absolve Severino, vez que sua história de vida parece justificar seus atos na vida terrena, permitindo a entrada no céu; julga os cinco sertanejos – o Bispo, o Padre, o Sacristão, o Padeiro e a sua mulher – condenando-os ao purgatório para pagarem pelos seus pecados e, ao mesmo tempo, assegurando-os a salvação; por último, não podendo salvar João Grilo, dá-lhe outra oportunidade permitindo que este retorne à vida (CRUZ, 2021, p. 55-54).

Cumpre salientar que:

O primeiro procedimento retratado se assemelha à fase de inquérito, na qual predomina uma característica inquisitorial, sendo o sistema inquisitivo caracterizado pela “concentração de poder para julgar, acusar e defender, nas mãos de uma só pessoa. Posteriormente, é possível observar que ocorre a instauração de um procedimento judicial, no qual as regras procedimentais requerem a possibilidade de participação da defesa em todos os atos (OLIVEIRA, 2018, p. 33-34).

Assim, diante da arbitrariedade do Diabo, cuja intenção é levar o maior número de almas para o inferno, Grilo evoca Jesus, que dá início a uma audiência penal. É a partir deste momento que se tem a cena do julgamento, uma espécie de *judicium accusationis*, em que há o juízo de admissibilidade da acusação pelo magistrado, de modo a verificar se os elementos constantes da Exordial acusatória e, se for o caso, consubstanciadas pelas peças de informação, ressoam nos fatos narrados pelo Ministério Público, de modo a justificar o regular exercício da persecução penal.

Essa característica presente na construção do personagem do Diabo, que apenas tem interesse em arrebanhar todas as almas para levar consigo, muito tem a revelar acerca dos aspectos da política criminal brasileira (OLIVEIRA, 2018, p. 34).

Ainda para Ana Oliveira:

Iniciado o julgamento, o bispo é o primeiro a ser acusado. O Diabo lhe atribui a prática do crime de simonia pela aprovação ao enterro

da cadela, diante do que o acusado pergunta se isso seria razão para condenação. O Diabo, respondendo que não sabe precisar se essa é uma conduta proibida, aponta para o contexto da prática atribuindo-lhe valor negativo. Nesse trecho é possível ressaltar uma violação às garantias postuladas no processo penal, segundo o axioma, “sem lei, sem pena”, diante do que nenhuma objeção é feita por nenhum dos personagens. Em seguida, o acusador diz que tudo que se disse do bispo se aplica ao padre, não individualizando a conduta de cada um deles e novamente desvirtuando os procedimentos corretos do processo penal. Neste momento, o padre se manifesta afirmando que, diferente do bispo, não citou o Código Canônico em vão, diante do que o diabo o acusa de incorrer em falso coleguismo. A reação do padre diante desta situação, na qual questiona se os atos praticados no tribunal ainda podem ser penalizados, revela outra questão salientada pelo Garantismo Penal, evocando a impossibilidade de súbitas acusações no meio de procedimento em curso, o que não possibilitaria a ampla defesa e o contraditório e obstaria a defesa do réu (2018, p. 34-35).

Interessante destacar a fala de João Grilo no filme, onde ressalta que, para uma pessoa ser condenada, ela deve ser previamente ouvida, diante do que o Diabo responde que isso seria uma besteira ou maluquice. Nesta passagem observa-se que o discurso do Grilo, pautado na legalidade e nas normas constitucionais, se aproxima do garantismo penal, segundo o qual devem ser assegurados os direitos de ampla defesa e contraditório, vez que a defesa é essencialmente necessária no sistema processual penal brasileiro. Convém lembrar o que dispõe o Código de Processo Penal:

Art. 261. **Nenhum acusado**, ainda que ausente ou foragido, **será processado ou julgado sem defensor**.

Art. 263. **Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz**, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, **nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação** (BRASIL, 1941). (Grifo nosso)

Manuel, enquanto juiz, pede ao Diabo que inicie os trabalhos acusatórios, vez que a fala primeira é dada à acusação, vez que os acusados somente podem se defender depois de ouvidas todas as acusações contra eles. Assim procede o Diabo que começa discorrer sobre os fatos e capitalizar as tipificações penais dos acusados. Porém, há o esquecimento de incluir João Grilo na acusação, que ressalta que não foi acusado de coisa

nenhuma, oportunidade em que assinala que, por tal razão, o Demônio não pode mais acusá-lo.

Diante disto, Manuel esclarece que ainda há o direito de acusação, relembrando-nos do instituto do aditamento à Denúncia, previsto no art. 384, CPP, o qual dispõe que:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente (Brasil, 1941).

Após a acusação incluir João Grilo no que seria o Aditamento à Denúncia ministerial, este intercede à Compadecida, papel claramente exercido pela advogada de Defesa. Neste sentido, Leonardo Fontana Trevisan e Marina Paiva Alves assinalam as exposições orais de estratégias e táticas, ou seja, os planos de ação voltados a dirimir as adversidades supervenientes no transcurso processual (TREVISAN; ALVES, 2018).

Para os autores, na fala da Compadecida vislumbram-se a estratégia de aproximação entre o julgador e os réus; a tática de desmerecimento da tese da acusação; a espetacularização e eloquência da fala com o intuito de persuadir através da sensibilização; e a análise do pretexto social incriminador.

Para Oliveira:

A figura institucional do acusador não tem como finalidade precípua a condenação, mas a fiscalização do estrito cumprimento da norma, observando, inclusive, a violação procedimental dos direitos do réu. Nesse sentido, o filme apresenta uma situação que, devendo ser observada num processo penal garantista, quando violada reitera a falibilidade das instituições penais (2018, p. 34).

Quanto à composição e roupagem fílmica, os sujeitos processuais penais, a saber o órgão de acusação ou Ministério Público, o juiz e o réu, representado pela Defesa, se enquadram nos personagens do Diabo, de Deus ou Manuel, e de Nossa Senhora, nesta ordem, apesar do caráter religioso presente na obra, demonstra uma evidente afinidade com atores judiciais do Tribunal do Júri, como dito.

Interessante narrar ainda que:

Em relação a organização do espaço, a encenação teatral adota posições parecidas àquelas notadas na prática jurídica, com o trono de Manuel disposto em local elevado; o inferno (a acusação) à esquerda; e o céu e o purgatório (a defesa) à direita. Isso ocorre, pois, conforme leciona Leonardo Fontana Trevisan e Mariana Paiva Alves, no período anterior à separação entre religião organizada e Estado-nação, o Direito findou por incorporar diversos ritos da Igreja Católica. Além disso, a justiça ganhou um status “divino”, sendo incumbido aos juízes a tarefa de julgar o que é certo e errado (CRUZ, 2021, p. 38).

Os personagens, portanto, representam a dualidade humana. Como mostrar o mundo assim como ele é? Suassuna proporcionou a representatividade real de situações concretas a partir da reanálise processualística canônica, dando três possibilidades para o julgamento: inferno (condenação), céu (absolvição) e purgatório (um espaço para purgar os pecados antes de chegar ao céu). Na obra, portanto, a sanção penal maior é ser condenado ao inferno; na realidade jurídica brasileira da condenação no Tribunal do Júri, a sanção é a prisão (MELO, 2016, p. 48).

Atenta-se para o fato de que a execução da pena seria a condenação ao inferno, enquanto a absolvição seria a ida ao céu e o purgatório seria uma espécie de pena alternativa. Contudo, o convite para que todos padecessem no fogo eterno, conforme questionou João Grilo, era incabível, afinal, “que diabo de tribunal é esse que não tem apelação?” (SUASSUNA, 2018, p. 137).

Doutro modo, visualiza-se que a João Grilo não é imposta nenhuma das penas anteriormente mencionadas, mas sim uma espécie de perdão judicial via extinção da punibilidade, conforme previsto no art. 107 do Código Penal.

Revela-se, pois, a existência de um trâmite a ser seguido para a acareação dos fatos.

João Grilo acha graça e comenta: “Tenho visto poucos sujeitos levar carão e ficar com cara lisa como esse”. O Encourado, então, ressalta o quão justo é Manuel e relembra que a situação está desfavorável para os sertanejos. Ao ser questionado o que teria a dizer em sua defesa, João Grilo com toda a sua esperteza afirma não ter sido acusado de coisa nenhuma e, em seguida, diz que o Encourado não pode mais acusar, pois a hora de acusar já passou (CRUZ, 2021, p. 150).

Aury Lopes Jr. (*apud* TREVISAN; ALVES, 2018, p. 330) destaca que a violência operada sobre a vítima do fato tipicamente criminoso é invertida na lógica do processo penal, no qual o réu sofre a violência institucionalizada pelo Estado.

Para Trevisan e Alves (2018, p. 330), denota-se uma presença assídua do Direito Penal do Autor na obra de Suassuna, vez que as condutas e as qualidades das personagens são terminalmente confundidas, quase que tratadas enquanto sinônimos, sendo o julgamento norteado pelos rótulos personalíssimos em detrimento da apuração dos crimes cometidos.

Para eles, o maniqueísmo processual penal desencadeia o desmembramento doutrinário-dogmático do Direito Penal em Direito Penal do Autor e Direito Penal do Fato, em vista da carga valorativa que apõe aos jurisdicionados, judicantes e acusadores. Para Streck, o Direito Penal do Autor, conforme acima mencionado, julga os réus com supedâneo no *status* social e nos parâmetros de normalidade no qual estão contidos; diferentemente do Direito Penal do Fato, prelecionado pelo Código Penal Brasileiro, ao prever que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal” (Brasil, 1940), em alusão ao convencionalismo penal (*apud* TREVISAN; ALVES, 2018, p. 330).

Assim, se o passado é causa, as pessoas podem usá-lo para justificar os crimes contra a vida no presente, no entanto acredita-se que os crimes não nascem no passado e que, ao contrário, é decisão do presente, obedecendo ao livre-arbítrio do executante (MELO, 2016, p. 51), a partir de um ponto de vista garantista:

[...] a narrativa da acusação assume o caráter de hipótese ao passo que a condição de tese deverá ser suscitada pela defesa. Hipótese, pois, no sistema processual penal acusatório deveria prevalecer o benefício da dúvida, isto é, ninguém deveria ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (CRUZ, 2021, p. 42).

Desse modo, considerando as experiências vividas pelos sertanejos e sem desconsiderar os mandamentos, Manuel resolve os litígios com penas alternativas àquela proposta inicialmente pelo Encourado, qual seja, a eternidade no fogo do inferno, prevalecendo assim a “misericórdia” (CRUZ, 2021, p.55).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, evidencia-se que, apesar de causar certo estranhamento num primeiro momento a intersecção entre o Direito e a Literatura, esta é uma representação da vida humana e de todos os aspectos que norteiam o ser humano e, exatamente por esse motivo, aliado ao fato de que as normas jurídicas norteiam a conduta humana, é que o Direito repercute frequentemente nos enredos literários.

Exemplo disso é a obra-objeto deste trabalho que, para além de ter sido redigida por um escritor, também foi escrita por um advogado, vez que Ariano Suassuna era formado em Direito e tinha conhecimento acerca dos institutos jurídicos, o que por certo influenciou suas obras.

Nesta seara, interessante atentar-se para o olhar garantista de Luigi Ferrajoli, que defende a questão do estrito cumprimento do devido processo legal, vez que o acusado, perante o Estado, é posto em situação desfavorável em relação aos institutos legais. Tal condição exige do sistema criminal a observância de uma série de procedimentos, de modo a limitar e proteger o acusado de eventual excesso punitivista estatal.

E é exatamente este paralelo que é observado na obra de Suassuna, visto que toda a dinâmica norteadora do Tribunal vista no filme guarda correlação com a dinâmica presenciada na primeira fase do rito do Tribunal do Júri, apesar de nem todos os crimes cometidos pelos acusados serem de natureza dolosa contra a vida. E mesmo não o sendo, tais crimes são processados e julgados pelo juiz singular da causa que, neste caso, é representado por Manuel ou Jesus.

De uma forma ou de outra, certo é que, além da literatura representar histórias da vida cotidiana, ainda que cercadas pela evidência de falsos moralismos sociais e comicidade, assim como é a vida, a obra acima mencionada nos faz refletir acerca da necessidade de observância do princípio da legalidade, especialmente no tocante ao processo criminal brasileiro.

É certo que, pelo fato de o Direito Penal ser destinado à tutela dos bens jurídicos mais importantes, em atenção ao princípio da subsidiariedade, e por dele decorrer a pena mais severa, a saber a restritiva de liberdade, é essencial que o poder punitivo do Estado seja limitado às regras que ele mesmo previu, frente a fragilidade do sujeito passivo no processo criminal, nos moldes defendidos por Ferrajoli.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ÂMBITO JURÍDICO. **O Conceito de Direito**. 2013. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-119/o-conceito-de-direito/>>. Acesso em: 10 de junho de 2021.
- BOBBIO, Norberto. Prefácio à 1ª Edição Italiana. In: FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do garantismo penal. Trad. Ana Paula Zomer Sica (et. al). 4ªed.rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 16 de junho de 2021.
- BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 16 de junho de 2021.
- CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. Justitia, São Paulo, 63 (195), p. 78-100, 2001.
- CAMUS, Albert. **O avesso e o direito**. São Paulo: Record. 1995.
- CRUZ, Gabriel. **Uma análise da construção da narratividade processual na peça Auto da Compadecida, de Ariano Suassuna**. Universidade Federal de Sergipe. Centro de Ciências Sociais aplicadas. Departamento de Direito. Sergipe. 2021.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 2ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. 4ª Ed. ver. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. SICA, Ana Paula Zomer; CHOUKR, Fauzir Hassan; TAVARES, Juarez; GOMES, Luiz Flavio (trad.). 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GLOBO. **Auto da Compadecida**. Disponível em: <<http://educacao.globo.com/literatura/assunto/resumos-de-livros/auto-da-compadecida.html>>. Acesso em: 10 de junho de 2021.
- IMED. **Por que estudar Direito e Literatura?** Disponível em: <https://www.imed.edu.br/Uploads/micimed2014_submission_262.pdf>. Acesso em: 10 de junho de 2021.
- MELO, Ezilda Claudia de. **A Invenção do Tribunal do Júri em “Auto Da Compadecida” de Ariano Suassuna**. Revista de Direito, Arte e Literatura. Brasília, v. 2, n. 1, p. 37-56, Jan/jun. 2016.
- MENEZES, Gabriella Mendes; GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. **O garantismo penal integral no processo penal brasileiro**. Revista Ceuma Perspectivas, vol. 29, 2017.

- NICODEM, Maria Fatima Menegazzo. **A Obra Literária Vai Ao Cinema: Um Estudo Da Prática Docente Em Literatura Brasileira**. 2013. 298 f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Estadual de Maringá, Paraná, 2013.
- NOVELLI, Rodrigo Fernando. **A teoria do Garantismo penal e o princípio da legalidade**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 16 | n. 31 | Jan./Jun. 2014.
- OLIVEIRA, Ana Júlia Mendes. **O processo penal pela ótica do cinema: a representação do poder Judiciário no filme. O Auto da Compadecida**. Universidade de Brasília. Departamento de audiovisual e publicidade. Brasília: 2018.
- RESENDE, Glicia Paula. **Direito Penal do Inimigo, Seletividade penal e a relativização de garantias segundo a Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli**. 2015. 158 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2015.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material: aportes hermenêuticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. **Jogo, Ritual e Teatro: um estudo antropológico do Tribunal do Júri**. Prefácio Paulo Monteiro; posfácio Sérgio Adorno; São Paulo: Terceiro Nome, 2012.
- SCHWARTZ, Germano. **A Constituição, a literatura e o Direito**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.
- SALGUEIRO, Wilberth. **O que a Literatura do testemunho (e considerações em torno de Graciliano Ramos, Alex Polari e André Du Rap**. Matraga, Rio de Janeiro, v. 19, n.31, p. 284-303, jul./dez. 2012.
- SARTRE, Jean-Paul. **Esboço para uma teoria das emoções**. Porto Alegre: L&PM, 2011.
- SUASSUNA, Ariano. **Auto da Compadecida**. 39. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.
- TREVISAN, Leonardo Fontana; ALVES, Marina Paiva. **Uma Análise do Tribunal do Júri Através da Obra O Auto Da Compadecida**. RDL – Rede Brasileira Direito e Literatura. Anais do VI Cidil, v. 1, p. 322-341, ago/2018.

CAPÍTULO III

A pandemia do coronavírus, a mistanásia e a responsabilidade civil do estado

*Nathan Gabriel Cerqueira Carvalho**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Panorama do coronavírus. 3. A bioética e o fim da vida. 4. Responsabilidade civil. 4.1. Responsabilidade civil do estado. 4.2. Teoria do risco administrativo. 4.3. Responsabilidade civil por omissão. 5. A pandemia, a mistanásia e a responsabilidade do estado. 6. Considerações finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Organização Mundial da Saúde (OMS) anunciou o nome oficial da doença causada pelo novo coronavírus, o Covid-19. Doença com nascedouro em Wuhan na China, o *Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus* (SARS-CoV-2), síndrome respiratória aguda grave do coronavírus. Esse vírus perfurou o cordão de segurança do isolamento na China e logo se alastrou por outros países, devastou sistemas de saúde, da economia e sistemas políticos das sociedades no globo terrestre (VEJA SAÚDE, 2021).

Em virtude do ocorrido, o presente trabalho objetiva investigar o panorama do coronavírus e o seu impacto na coletividade, em razão do número de mortes promovidas pelo vírus; logo após, a pesquisa se debruça a entender conceitos amplamente discutidos pela bioética e pelo biodireito, como: eutanásia, distanásia, ortotanásia e mistanásia.

(*) Nathan Gabriel Cerqueira Carvalho é graduando em Direito pela Faculdade Anísio Teixeira e em Gestão Pública pela Universidade Norte do Paraná.

Em seguida, foi construída uma análise acerca da responsabilidade civil, enquanto enfoque, a responsabilidade civil do Estado e as suas nuances. Com o arcabouço teórico, edificado para amparar o debate acerca da pandemia do coronavírus, a mistanásia resultado do período e a possibilidade de responsabilização do agente estatal, em seus atos comissivos ou omissivos, frente ao que poderia ser desenvolvido à época.

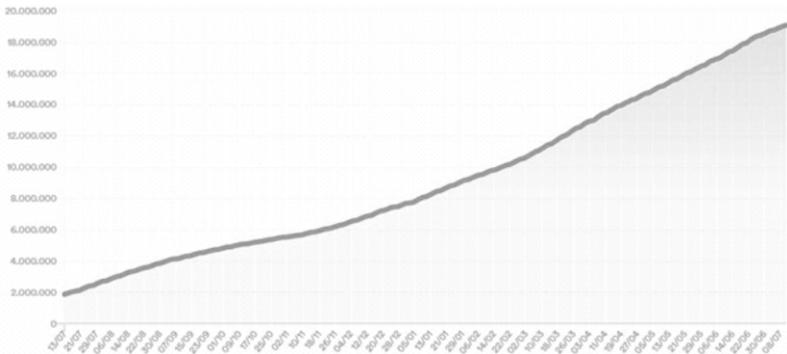
A produção textual foi construída através da metodologia de investigação e pesquisa bibliográfica, que consiste na revisitação sistemática de referências em produções científicas do direito, como livros, artigos, jornais de grande circulação, publicações em *sites* e revistas; de forma a edificar uma arcabouço teórico hábil para abarcar as problemáticas norteadoras da construção.

Por fim, foi possível constatar que a mistanásia pode ser identificada no período pandêmico, na medida em que os(as) gestores(as) públicos(as) tivessem dados, instrumentos e ferramentas capazes de não somente explicar o momento vivenciado e os pormenores de cada uma das ações possíveis, como também mecanismos à disposição, de modo a viabilizar medidas efetivas em benefício da sociedade.

2. PANORAMA DO CORONAVÍRUS

O coronavírus, conforme leciona Rodrigues e Silva (2020), é um vírus de ácido ribonucléico (RNA), que a despeito de possuir uma baixa taxa de letalidade, possui uma alta performance de disseminação, quando comparado com os demais da mesma espécie. Isso significa dizer que, em virtude da sua forma de transmissão (acontecer mediante o contato com secreções e gotículas daquele indivíduo que se encontra infectado por tal), o seu alcance é avassalador.

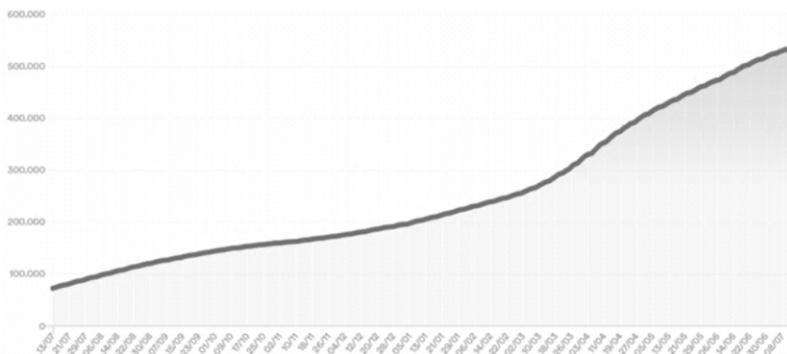
E isso pode ser constatado nos dados disponibilizados pelo Ministério da Saúde, com base naquilo que foi notificado, desconsiderando os casos de subnotificação e aquilo que não chega para a base de dados, é possível notar que até o presente momento, somam-se 19.089.940 (dezenove milhões, oitenta e nove mil, e novecentos e quarenta) casos acumulados, desde a primeira notificação (BRASIL, 2020-a).

FIGURA 01 – Casos acumulados de COVID-19 por data de notificação

Fonte: Ministério da Saúde, Brasil (2020-a)

Deste modo, constata-se que o coronavírus representa um grave perigo para a coletividade, nem tanto por sua letalidade, mas por sua capacidade de se espalhar pelo país e atingir grande número de pessoas, com a perspectiva de ascender constantemente. E por essa razão, resta ao Estado, com o apoio da coletividade, trabalhar em prol de inviabilizar a disseminação do vírus, por meio do uso de máscara e do distanciamento social.

Assim, impede que o número de mortes cresça; pois o país atingiu uma marca, no presente momento, de 533.488 (quinhentos e trinta e três mil, e quatrocentos e oitenta e oito) mortos acumulados, desde o início da pandemia segundo o Ministério da Saúde (BRASIL, 2020-b).

FIGURA 02 – Óbitos acumulados de COVID-19 por data de notificação

Fonte: Ministério da Saúde, Brasil (2020-b)

Desta forma, conforme informações do Ministério da Saúde, os números não conseguem demonstrar que essas vidas foram ceifadas, arrancadas do seio familiar, dos grupos de amigos que jamais terão a oportunidade de interagir com esses seres novamente. Vidas que podem ter sido finalizadas, sem ao menos a chance de fazer o mínimo em benefício próprio. Os números expressam a frieza de um momento desolador e só quem conhece a dor da perda, é capaz de mensurar o que cada um desses números representa.

Um dos exemplos disso foi a crise da falta de oxigênio que ocorreu no Estado do Amazonas (LAVOR, 2021), onde, por uma ingerência do Poder Público na gestão das medidas de contenção da disseminação do coronavírus, somada com um problema no gerenciamento dos recursos hospitalares públicos, geraram um número considerável de mortes, em um curto espaço de tempo. Mortes enumeradas nos balanços publicados diariamente que não conseguem mensurar o impacto fático na vida cotidiana de quem perde um ente.

Destarte, em face deste contexto, faz-se necessário avaliar como a Administração Pública lidou com esse período endêmico e se cabe a responsabilização em virtude de seus atos. Em especial, pois a pandemia do coronavírus é um fato extraordinário e imprevisível, que numa primeira análise parece constituir uma excludente de responsabilidade. Contudo, com o passar do tempo, esse questionamento é posto em voga, por conta dos dados e informações que foram coletadas e deram base para novas medidas garantidoras da saúde coletiva.

Por esse motivo, a produção se propõe a perpassar pela bioética e entender sua relação com o biodireito. Por conseguinte, propõe-se a entender a relação da vida em face da morte e como o fenômeno jurídico encara esse fato, de modo a proporcionar um arcabouço teórico suficiente para avaliar os atos dos gestores públicos em detrimento da relação dos entes federados e o vírus.

3. A BIOÉTICA E O FIM DA VIDA

Como muito explica Pires e Barbosa (2020), as questões pertinentes ao fim e à concepção da vida são pautas recorrentes dentro da bioética, a disciplina responsável por estudar essa temática sob o prisma da ética,

e por consequência, o biodireito é a positivação das normas elencadas pela disciplina referida. A grande questão em voga, durante a pandemia do coronavírus é acerca das questões de morte, tanto a bioética quanto o biodireito apresentam importantes instrumentos para se pensar esse momento, bem como o papel do Estado e da sociedade, frente ao contexto imprevisível e calamitoso.

O primeiro grande segmento dessa área é a eutanásia, que consiste na interrupção da vida, de forma voluntária, quase sempre atrelada a visão de interrupção de dor, de morte em benefício da vida. É válido ressaltar que o ordenamento jurídico pátrio não permite a eutanásia, pois ela é tratada como ilícita. Mas a sua gênese remete a ideia humanitária de salvar o ser humano que sofre e não tem previsão de melhorar ou de se salvar, daí surge o ato de interrupção voluntária da vida (PIRES E BARBOSA, 2020).

Essa decisão pode ser fruto tanto da vontade do ser que sofre quanto dos médicos ou dos familiares, por entenderem ser a decisão mais acertada. E em cima disso, existem diversos debates, pois parte dos autores entendem não ser necessariamente um bem, apesar de parte desse corpo entender por esse viés; pois se tem constatado que desde a época de Hipócrates, o ofício do médico está atrelado à ideia de abrandar o sofrimento e postergar a morte (PIRES E BARBOSA, 2020).

Já a distanásia está atrelada à ideia de prolongar a vida ao máximo possível, partindo da premissa da implementação de um conjunto de paliativos, para manter o corpo no planeta Terra, dentro do maior intervalo de tempo possível, embora prolongue o sofrimento. Isto posto, ao invés de se garantir uma vida/morte saudável, faz-se de tudo para evitar a morte até o último segundo possível (PIRES E BARBOSA, 2020).

Contudo, o segmento pode ser concebido enquanto um problema, em virtude do ato de forçar a natureza a sustentar algo que por vezes tende a ser maléfico para o indivíduo, mas numa perspectiva de manter o corpo presente por um tempo maior do que ele pode sustentar (PIRES E BARBOSA, 2020).

É tido como uma concepção reducionista da vida humana em suas mais variadas faces, pois trata a vida como uma relação entre corpo presente na Terra, e afasta as demais dimensões da existência, por vezes,

causa mais dor do que se consegue evitar. Assim, dá mais ênfase a postergar a morte do que abrandar o sofrimento (PIRES E BARBOSA, 2020).

Contudo, a ortotanásia está ligada a uma ideia de morte na hora certa. O conceito está ligado à noção de conciliar o juízo de abrandar o sofrimento e postergar a morte, de uma forma saudável, que respeite o corpo e a vida. É a concepção de garantir uma morte de qualidade, visa garantir ao ser que ele morra, somente quando for devido, quando não for possível fazer mais nada para manter a vida com saúde na Terra (PIRES E BARBOSA, 2020).

Entretanto, a mistanásia segue numa linha distinta da ortotanásia, pois ela está intimamente ligada ao juízo de morte fora de hora. Onde ocorre o abandono da dignidade, no caso em que o ser poderia viver mais e tinha todas as condições para isso, mas vê a sua vida ceifada por uma razão que está além do seu controle; como nas situações em que está com uma doença tratável e caso fosse atendido no momento devido, teria sobrevivido, mas por falta de atendimento, vem a falecer (PIRES E BARBOSA, 2020).

É uma das noções de morte antecipada, sem dignidade, que poderia ser evitada, ocasionada por razões previsíveis, voltada à concepção de morte involuntária, na contramão da eutanásia e da ortotanásia. Ela pode ser ocasionada pelos mais diversos motivos, que vão desde: carência de prestação básica de serviços de saúde, aqueles que podem prevenir a morte e tratar a doença até a má gestão dos serviços, que inviabilizam o acesso devido (PIRES E BARBOSA, 2020).

Isto posto, em detrimento da possibilidade da mistanásia, é mister a investigação acerca da possibilidade de responsabilização civil nestes casos, pois se há uma morte prematura, fora do seu momento devido, surge a necessidade de se questionar quanto a responsabilidade de quem detém o dever de evitá-la, mas que assim não o fez e gerou um dano grave para a coletividade (PIRES E BARBOSA, 2020).

4. RESPONSABILIDADE CIVIL

No atual cenário social em face da pandemia, diversos conflitos passaram a existir entre governos, comunidade médica, hospitais e pessoas contaminadas pelo COVID-19, brasileiros que perderam a vida nas

portas dos hospitais colapsados, sem atendimento, sem oxigênio, bem como outros que tiveram causa *mortis* declarada equivocadamente por Coronavírus, esses danos encarregam o Direito Civil através do Instituto da Responsabilidade Civil a devida reparação por aquele que causou o dano a outrem.

Venosa (2018) explica a Responsabilidade Civil enquanto instituto fruto de ato que ocasiona prejuízo, ressalvadas as hipóteses de excludentes, sob a premissa de garantir um equilíbrio do patrimônio e da moral vilipendiados por ações ou omissões de terceiros, de modo a viabilizar a harmonia social, pois quando ocorre um prejuízo e ele não é indenizado, isso promove um mal-estar social em face do ocorrido.

Este conceito pode ser constatado na Lei de Talião, na ideia de retribuição de um mal por outro mal, a famigerada premissa “olho por olho”, responsável por denotar o juízo de reparação de dano. De modo que esse princípio geral que consiste na ideia de Responsabilidade Civil é algo que já se via nas sociedades primitivas e foi aprimorado com o avanço da sociedade, no que tange a sua estrutura e a sua relação com a coletividade (VENOSA, 2018).

Pois a ideia de garantia de reparação é uma temática que remete à noção de justiça, de garantia de que nenhum ato causador de dano a outrem possa passar de forma impune, caso o qual surge a necessidade de restaurar. De forma que, ele foi desenvolvido com o desenrolar da história e teve um dos seus ápices no período de Justiniano, com a *Lex Aquilia*, daí nasce a concepção hodierna de responsabilidade extracontratual. Um sistema voltado a punir danos causados a terceiros, ainda que não exista uma relação contratual em voga (VENOSA, 2018).

Tanto que a terminologia responsabilidade aquiliana surge desse contexto. Com o desenrolar do tempo e da história, esse instituto foi aperfeiçoado, como a Escola de Direito Natural, responsável por expandir esse instrumento e chegou ao seu ponto elementar de zelar pelo equilíbrio patrimonial, onde o enfoque deixa de ser a possibilidade de culpa e centraliza no dano causado (VENOSA, 2018).

A partir disso, é válido apresentar o juízo de Carnacchioni (2021), ao apontar que o Instituto nasce de três bases responsáveis pela sua constituição e pelo seu efeito:

- a) a inobservância de um dever juridicamente relevante, que pode ser fruto de uma norma ou de uma relação entre seres;
- b) lesão ao bem considerado relevante pelas vias jurídicas;
- c) e o nexo de causalidade entre a inobservância e o dano, pois não haveria de se falar em responsabilidade civil, se o dano fosse fruto de uma outra ocasionalidade que não a inobservância.

Essa teoria pode ser observada por dois prismas, o primeiro prisma é o da teoria objetiva, onde os três elementos apresentados no parágrafo anterior são suficientes para constituir a responsabilidade civil; já o segundo prisma é o da teoria subjetiva, onde além dos três elementos apresentados, faz-se necessário um quarto elemento para constituir a responsabilidade civil, o instituto da culpa (elemento subjetivo, nasce da intenção de causar o dano – dolo, ou da culpa em sentido estrito – imprudência, imperícia e negligência) (CARNACCHIONI, 2021).

A responsabilidade civil pode ser resultado do cometimento de um ilícito, até pela culpa (caso do elemento subjetivo, que está na casa do dolo e da culpa, em sentido estrito), assim como pelo abuso de direito (caso da teoria objetiva) e pelo risco da atividade. Ademais, ela pode ser rotulada também, através de um viés calcado na dicotomia de negocial e extranegocial (CARNACCHIONI, 2021).

No caso da negocial, seria aquela em que existe uma relação de negócio anterior entre as partes, uma relação jurídica no ínterim; já a extranegocial, seria aquela em que essa relação citada não existe, não há um negócio anterior entre os envolvidos. E por fim, a sua função central e o seu objetivo norteador de ser e de existir, é o de garantir o devido reparo frente a um dano, a uma lesão a um bem jurídico, pois o agente causador e responsável pelo dano será obrigado a restaurar o ocasionado, na medida do possível (CARNACCHIONI, 2021).

Além de servir também como um desestímulo para a prática desses ilícitos, de modo a deixar os seres preavisados de que caso algum dano seja proporcionado a um terceiro, na possibilidade de existência de nexo de causalidade, insurgirá a responsabilidade de indenizar, de forma a servir como um agente inviabilizador do ato, e fortalecer a segurança jurídica das relações. Além de proporcionar a devida prevenção e

enfraquecer a possibilidade e o interesse de se cometer um ilícito que promova essa lesão (CARNACCHIONI, 2021).

Ademais, esse dever não funciona de forma irrestrita, pois carrega consigo algumas excludentes de responsabilidade, inviabilizam o dever de reparar, justamente por entender que nessas situações não há como se exigir a responsabilização: quando a culpa da lesão é exclusiva da vítima ou de um terceiro, bem como em legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de direito; como também nas hipóteses de caso fortuito e de força maior, ambos são eventos extraordinários e imprevisíveis, que estão para além do controle do agente (CARNACCHIONI, 2021).

4.1. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Do mesmo modo, Venosa (2018) comenta que as pessoas jurídicas de direito público não estão isentas de responsabilidade, contudo, o sistema funciona de uma forma um pouco diferente do que é tido habitualmente. A modalidade está centrada na objetividade, em que não há necessidade de se pensar a culpa, focada no dano, autoria e nexó de causalidade.

Desta forma, comenta Oliveira (2020), caso o Estado promova alguma lesão, seja através da ação ou da omissão, ele deverá repará-lo. Em especial, porque ele possui uma missão essencial: garantir e agir em conformidade com a supremacia do interesse público; logo, todas as suas ações são norteadas por esse princípio, mas não só isso, ele também é a razão de ser e de existir do Poder Público.

Entretanto, quando se fala em responsabilidade civil do Estado, um debate vem à tona: o eterno dilema do Poder Público consiste em conciliar as lesões ocasionadas pelo referido e o sacrifício dos interesses privados, em benefício do interesse público/coletivo. Porém, tem-se em tela que quando o agente estatal sacrifica um direito, em benefício do bem-estar social, ele está atuando com base no ordenamento jurídico pátrio; contudo, quando ele lesiona um bem juridicamente relevante, ele está rompendo com o que determina a ordem legal (OLIVEIRA, 2020).

Embora o tema em voga nem sempre foi contemplado da mesma forma que o é trabalhado na hodiernidade. Isto porque a responsabilidade civil vem como um agente limitador da atuação do poder estatal, de

modo a inviabilizar abusos, prevenir lesões e garantir a devida reparação. Tem-se datado que o Estado passou por uma fase de irresponsabilidade civil, mais precisamente, no período dos Estados Absolutistas, nos quais os soberanos eram a lei e a justiça, e assim, agiam conforme o bel prazer de cada um (OLIVEIRA, 2020).

Ao passo que, com as Revoluções Liberais, essa fase começou a ser superada, pois a partir delas, iniciou-se uma movimentação para inviabilizar os abusos cometidos pelo Estado, através do advento do Estado de Direito, que limitava a atuação do agente estatal e determinava a ordem legal, além da separação das funções, de forma a garantir uma fiscalização mútua e mais uma forma de barrar os abusos, assim como a constituição de direitos fundamentais, invioláveis por essência (OLIVEIRA, 2020).

Com o avanço da edificação da ordem legal e com o estabelecimento da padronização de decisões judiciais, onde o Estado de Direito se robusteceu e validou suas construções, essa fase perdeu força, até que ela fosse rompida por completo. Com a suplantação dessa fase, iniciou-se o novo momento dentro dessa história, na qual a responsabilidade civil subjetiva ganha o enfoque, o que colocou os agentes públicos em cheque (OLIVEIRA, 2020).

Mas ainda assim, havia divisão entre os atos de império e os atos de gestão, onde os atos de império, como o poder de polícia, em virtude da sua dimensão e da sua relevância, em virtude da soberania, não comportavam responsabilização. Contudo, os atos de gestão, aqueles destinados à administração, comportam a responsabilidade civil, em razão do fato de que o Estado abandonaria suas vestes de soberania naquele momento e agia como um particular (OLIVEIRA, 2020).

Com o avanço da Teoria da Culpa Anônima, essa relação mudou progressivamente, na qual o centro do debate não era mais apontar o agente causador do dano, mas sim, a falta do serviço ou o não funcionamento da maneira adequada, para comprovar a existência da lesão. A partir desse momento, os avanços seguiram no sentido de fortalecer a responsabilidade objetiva do Estado, não mais necessária a indicação do agente promotor do dano, mas sim o dano, o nexo de causalidade e a inobservância de um dever (OLIVEIRA, 2020).

Tanto que a teoria adotada no ordenamento jurídico é a da responsabilidade objetiva, e vale ressaltar que nunca houve a adesão ao modelo de irresponsabilidade. O *Códex* de 1916, versava sobre o direito civil e adotava a teoria subjetiva e solidária, entre os agentes promotores e o estatal; mas foi alterada com o advento da Constituição de 1946, em que era priorizado responsabilizar a personalidade jurídica de direito público, fato zelado pelas demais Constituições supervenientes, até ser consagrado na Constituição de 1988 (OLIVEIRA, 2020).

Vale ponderar que a fundamentação da responsabilidade está calçada no cometimento de um ato ilícito, porém, o ordenamento jurídico viabilizou algumas outras possibilidades, como: quando houver expressa previsão legal de responsabilidade civil ou for promovido uma privação ou uma penitência desproporcional ao particular, o que pode implicar em grave sacrifício. Pois nestes casos, a responsabilidade vai para além daquela conduta danosa por parte do agente estatal e foca no dano antijurídico (OLIVEIRA, 2020).

Um exemplo disso é fato de que a União é responsabilizada por lesões provocadas por atentados terroristas contra as aeronaves de matrícula brasileira; apesar de não ter causado o ano, o foco está no resultado. Dados responsáveis por demonstrar o avanço da responsabilidade civil do Estado, base para a compreensão da Teoria do Risco Administrativo (OLIVEIRA, 2020).

4.2. Teoria do risco administrativo

É consabido que a Teoria do Risco Administrativo (TRA), parte da premissa que o Estado assume prerrogativas e obrigações distintas daquelas assumidas pelos particulares. Com isso, assevera Oliveira (2020), a Teoria do Risco Administrativo, parte d o juízo de que o Estado, em virtude da sua posição e do seu compromisso para com a coletividade, assume prerrogativas especiais e algumas obrigações distintas daquelas assumidas pelos particulares e naturalmente, carregam a possibilidade de oferecer um risco.

A partir disso, tem-se a Teoria da Repartição Dos Encargos Sociais, que consiste em o Estado precisa assumir alguns riscos para atingir o interesse público e caso algum dano seja proporcionado a algum

particular, nascerá o dever de ressarcir, ato o qual será realizado mediante a arrecadação tributos. Logo, o Estado arrecada valores dos contribuintes para promover o interesse social/coletivo e com a lesão, utiliza-se desse recurso para reparar o dano causado aos prejudicados por essa ação (OLIVEIRA, 2020).

Ademais, há de se ressaltar a Teoria do Risco Integral, que coloca o Estado em uma posição de assumir todos os encargos advindos de suas ações. Desta forma, cabe a ele assumir todas as lesões promovidas pela sua ação, de maneira integral, de modo a garantir que todos os possíveis danos sejam reparados e inviabilizados. Assim, garante em sua plenitude, o interesse público, ainda que promova algum dano no percurso (OLIVEIRA, 2020).

Isto posto, ainda que houvesse uma causa excludente de responsabilidade, o Estado deveria reparar o dano; fato este não previsto na Teoria do Risco Administrativo, pois na existência de uma cláusula excludente de responsabilidade, como um caso fortuito ou uma força maior, não caberia responsabilização. Contudo, a ordem legal adotou a tese do risco administrativo, onde cabe, por parte de alguns doutrinadores e com base em alguns julgados, em algumas situações específicas, como nos casos de danos nucleares, a tese do risco integral (OLIVEIRA, 2020).

Do mesmo modo, preleciona Di Pietro (2020), o entendimento de que a Teoria do Risco Administrativo enquanto ferramenta de execução da Responsabilidade Civil objetiva é fruto desse risco intrínseco à atividade estatal e por isso ele é destaque dentre a responsabilização do Poder Público (responsabilidade objetiva do Estado e subjetiva do agente). Deste modo, o agente estatal responderá como responde uma pessoa jurídica de direito privado de seguro, onde figura no polo dos segurados, o contribuinte e o Estado na figura do segurador.

4.3. Responsabilidade civil por omissão

Como aponta Oliveira (2020), existem diversas correntes que entendem a responsabilidade civil do Estado por omissão, das mais diversas formas, desde a teoria subjetiva até a teoria objetiva. A tese adotada pelo autor é a de que cabe responsabilidade civil objetiva, pois o Texto Magno

não diferencia o ato comissivo do ato omissivo, cabendo em ambos os casos, a responsabilização objetiva.

Porém, é necessário ter muita cautela ao avaliar o tema, pois essa omissão pode ser natural, onde o Estado não age quando deveria agir ou pode ser uma omissão normativa, quando descumpre com o que determina a ordem legal, o que resulta em implicações jurídicas e normativas. Para que haja a responsabilização, faz-se necessária a previsibilidade e a possibilidade de se evitar o dano, em razão da teoria da causalidade direta e imediata, quando se trata denexo de causalidade entre o dano e o fato administrativo (OLIVEIRA, 2020).

Logo, se o Estado não tinha como prever os danos insurgentes de uma situação, em virtude de um evento extraordinário, como um caso fortuito ou uma força maior, não há que se falar em responsabilidade civil, até porque são causas excludentes de responsabilidade. Contudo, se o Estado pode agir, tem ferramentas para tal e consegue evitar o dano, ele tem o dever de agir e caso não haja, dessa omissão, cabe responsabilização (ressalvadas as excludentes de responsabilidade) (OLIVEIRA, 2020).

Do mesmo modo, Di Pietro (2020) reconhece a relevância do tema e a controvérsia que permeia o assunto, contudo, a autora se filia à corrente de autores que entendem como a mais assertiva, a Responsabilidade Civil Subjetiva nos casos de omissão, onde o Estado responderá pelo não funcionamento ou pelo funcionamento atrasado, quando deveria operar.

Além disso, vale ressaltar que ela adota o entendimento de que somente cabe responsabilização nos casos em que existe o dever de agir e este é possível, de modo a impedir a lesão. Isto posto, o Princípio da Reserva do Possível garante o requisito possibilidade no momento de aferição da responsabilidade, em virtude de não ser proporcional/razoável exigir de outrem o cumprimento de algo impossível. Outrossim, o elemento culpa comum da responsabilidade subjetiva é intrínseca à noção de omissão (DI PIETRO, 2020).

Desta forma, existe a possibilidade de se conceber a Responsabilidade Civil do Estado por Omissão, visto que ela é um agente potencial causador de dano e o instituto visa garantir o equilíbrio patrimonial, assim como o bem-estar social e o desestímulo à prática de atos lesivos. A partir disso, surge a problemática da relação da mistanásia em face

da pandemia e os seus reflexos na possibilidade de responsabilização (DI PIETRO, 2020).

5. A PANDEMIA, A MISTANÁSIA E A RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Para Godinho (2020), os dados acerca da pandemia do coronavírus oferecem um panorama geral acerca da relação dos países do globo com o vírus, eles demonstram o resultado das ações do Poder Público, em conjunto com a atuação da sociedade civil organizada. Sabe-se que essa pandemia foi um fato imprevisível para todo o mundo e que em sua gênese, carregava uma série de dúvidas acerca de qual seria a melhor posição a ser adotada frente ao enfrentamento do vírus.

Com o avanço das pesquisas e com o que a ciência ofertou ao mundo, em conjunto com as organizações internacionais, os posicionamentos foram trabalhados e se desenvolveram nesse ínterim até o presente momento. Isto posto, falar sobre responsabilidade civil do Estado no início do período pandêmico era deveras complicado, em especial, pois o próprio momento configurava uma excludente de responsabilidade, não seria prudente ponderar acerca da possibilidade de responsabilidade em face de ações ou omissões estatais.

Tanto que à época da obra de Godinho (2020), falava-se em centenas de mortos e isso já representava uma tremenda aflição para a sociedade internacional. Pouco mais de um ano se passou, e já se falam em centenas de milhares de mortes acumuladas, isso no Brasil. Se essas mortes fossem frutos de um período de dúvidas, isso não diminuiria a dor da perda, mas seria compreensível, no que tange à carência de dados e informações.

Porém, essa não foi a realidade brasileira, com o passar do tempo, diversas pesquisas foram desenvolvidas e tratavam desde a importância do uso da máscara, do distanciamento, do uso do álcool em gel, assim como do perigo das aglomerações. Porém algo no percurso, ainda que com essas informações, inviabilizou uma tomada de decisões efetiva que promovesse resultados palpáveis e significativos; e essa ausência pode ser constatada nos números apresentados no capítulo que versa acerca do panorama.

No País, a responsabilidade de decidir acerca dos rumos da nação e de quais posturas adotar frente ao vírus foi distribuída entre alguns agentes públicos, estes responsáveis por delimitar as medidas de contenção do vírus e de resolução das demandas que emanavam da sua proliferação.

Isto posto, se houveram atos comissivos ou omissivos em face da pandemia, de modo a fortalecer a disseminação do vírus ou a não combater a sua proliferação, em ambos os casos, há que se discutir acerca da Responsabilidade Civil do Estado. Outrossim, vidas foram ceifadas antes do seu tempo devido, um caso que pode ser interpretado como mistanásia, na possibilidade de se evitar as mortes.

Neste caso, existe um dever legal por parte do Poder Público de garantir a dignidade da pessoa humana e da saúde enquanto direitos fundamentais, além do mais, havia informações suficientes para agir e houve o dano, que se encontra expresso no número de mortes, que pode até ter começado de uma excludente de responsabilidade, mas que pode terminar em ações omissivas e/ou comissivas em prol de qualquer outra coisa, de qualquer outro interesse, menos do que versa o Texto Magno.

Em síntese, a grande problemática posta em voga trata da possibilidade de se evitar o número de mortes acumulado com o desenrolar do período endêmico. É fato que o período é completamente imprevisível e muitas medidas não surtem efeito de imediato, assim como existem situações que não estão no controle pleno do Poder Público, como nos casos das festas clandestinas, promovidas de modo a garantir a discrição.

Contudo, um ponto é questionável e versa sobre discursos de representantes do Estado que poderiam desestimular condutas danosas para a saúde coletiva, que por vezes foi incentivada das mais diversas formas. Esse é um tema alvo de controvérsia e demanda a devida análise, pois todos os atos que caminharam no sentido de agravar a pandemia e de não conter a disseminação do vírus, tendem a estimular/promover o dano. Fato que deveria ser desincentivado a todo custo em benefício da coletividade.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho não se propõe a esgotar o debate acerca da mistanásia e da responsabilidade civil do Estado, mas sim, visa preparar e disponibilizar um arcabouço teórico suficiente para abarcar as construções que permeiam a análise da pandemia do coronavírus, a mistanásia, fruto das ações e omissões dos agentes estatais, assim como a possível responsabilização civil, que insurge desse contexto.

Essa pandemia surgiu como um evento extraordinário e imprevisível, que abalou todo o planeta, em razão não da sua letalidade, mas da sua potencialidade de transmissão, que poderia gerar sérios danos na vida humana; em especial, pela carência de informações característica da sua descoberta, pois naquele primeiro momento, não se sabia muito acerca das possíveis lesões proporcionadas, assim como, o que poderia surgir a partir dele.

Porém, com o desenrolar das pesquisas, muitas informações nebulosas veiculadas à época de sua descoberta foram desmistificadas e de fato, durante um breve período, tudo o que se tinha era especulação e boas intenções de adotar as melhores medidas. Nem todas foram as mais corretas, mas a intenção persistia, e dado o contexto, não havia muito o que se fazer.

Contudo, essa fase de desinformação não se manteve por muito tempo e todas as ações que vinham de encontro com as perspectivas amplamente divulgadas pelos institutos científicos e pelas organizações internacionais caminhavam para uma trilha de mortes sem destino. Divergências relevantes entre medidas adotadas por parte do Poder Público brasileiro e pelas autoridades internacionais de saúde foi um dado marcante do período endêmico.

No final das contas, todas essas divergências resultaram em um alto número de mortes acumulado até o presente momento. O que se tem datado são: atos comissivos e omissivos indo de encontro a deveres legais, graves lesões no tecido social e um agente causador que não foi responsabilizado.

Tal cenário reverbera na necessidade de se pensar medidas em benefício da coletividade, em especial, no que tange o dever do Estado de zelar pelo interesse público. Por fim, a pandemia do coronavírus

estabeleceu um ambiente de instabilidade inato que inviabiliza as ações de responsabilização, em virtude da possibilidade de promover mais instabilidade. Contudo, os agentes do Poder Público recebem o compromisso de resguardar os interesses da Nação através do seu ofício, por isso, é mister o zelo para com a coisa pública.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Casos acumulados de COVID-19 por data de notificação. Brasil: Secretarias Estaduais de Saúde, 2020-a. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 12. jul. 2021.
- BRASIL. Óbitos acumulados de COVID-19 por data de notificação. Brasil: Secretarias Estaduais de Saúde, 2020-b. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em 12. jul. 2021.
- CARNACCHIONI, Daniel. **Manual de Direito Civil: volume único**. – 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2021.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. – 33. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- GODINHO, Adriano Marteleto. Coronavírus e mistanásia: a morte indigna dos excluídos e a responsabilidade civil do estado. In: ROSENVALD, Nelson; MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo; DENSA, Roberta. (Org.). **Coronavírus e responsabilidade civil? primeiros impactos**. 1ed. Indaiatuba: Foco, 2020, v. 1, p. 405-416.
- LAVOR, Adriano de. Amazônia sem respirar: falta de oxigênio causa mortes e revela colapso em Manaus. RADIS: **Comunicação e Saúde**, n.221, p.20-23, fev. 2021.
- MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: projetos de pesquisa, pesquisa bibliográfica, teses de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso**. Atualização da edição João Bosco Medeiros. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. – 8. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2020.
- PIRES, F. I.; BARBOSA, C. L. C. . **Mistanásia e responsabilidade civil**. In: Nelson Rosenvald; Joyceane Bezerra de Menezes; Luciana Dadalto. (Org.). **Responsabilidade civil e medicina**. 1ed. Indaiatuba: Foco, 2020, v. 1, p. 379-400.
- RODRIGUES, NH; SILVA, LGA. Gestão da pandemia Coronavírus em um hospital: relato de experiência profissional. J. nurs. health. 2020; 10 (n.esp.): e20104004.

VEJA SAÚDE. OMS decreta pandemia do novo coronavírus. Veja Saúde, 2021. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/oms-decreta-pandemia-do-novo-coronavirus-saiba-o-que-isso-significa/>. Acesso em Acesso em 12. jul. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: obrigações e responsabilidade civil.** – 18. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

CAPÍTULO IV

Direitos fundamentais e autonomia privada em rota de colisão: uma análise do julgamento do Recurso Especial nº 1.330.919 – MT pelo STJ

*Cristiane de Almeida Santa Rosa**

*Eliude Moreira Lopes Oliveira***

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais 3. Autonomia da vontade na teoria geral dos contratos. Contornos atuais da autonomia privada. 4. Análise do julgamento do recurso especial nº 1.330.919 – Mt pelo stj 5. Conclusão 6. Referências

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo fazer um estudo acerca das tensões entre os direitos fundamentais e autonomia privada, ou seja, da aplicabilidade dos direitos fundamentais as relações jurídicas privadas. Para isso, analisamos o Recurso Especial nº 1.330.919 do Superior Tribunal de Justiça, no qual a Corte entendeu por reconhecer a eficácia horizontal dos direitos fundamentais numa relação eminentemente privada. Deste modo, partimos de uma análise que contempla a evolução histórica da autonomia privada/autonomia da vontade, sem perder de vista o enfoque na nova ordem de valores inaugurada com a Constituição de 1988 que foi o principal catalizador do processo de constitucionalização do Direito Civil,

PALAVRAS-CHAVE: Eficácia horizontal; Direitos fundamentais; Autonomia Privada; Contratos.

1. INTRODUÇÃO

Ab initio, a liberdade era considerada como atributo imanente a todo ser humano, o qual admitia, inclusive, a oposição à ordem política e jurídica vigente, com vistas a promover a paz e a felicidade aos indivíduos

(*) Graduanda de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana.

(**) Graduando de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana.

(GEDIEL, 2000). Entretanto, face ao reconhecimento da desigualdade substancial entre as partes, a autonomia da vontade restou limitada pela ordem jurídica, a fim de que fosse assegurada a garantia dos direitos fundamentais nas relações privadas (ZANETTI, 2012).

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a liberdade de contratar, em termos mais precisos, a autonomia privada, teve que se adequar à nova ordem político-jurídica, de molde a resguardar os direitos e garantias fundamentais (NANNI, 2008). Assim, o contrato, como acordo de vontade entre as partes, no atual contexto de intervenção estatal, deixou de ser apenas a expressão da autonomia privada, estruturando-se como conteúdo complexo em que a composição dos interesses reflete o posicionamento social dos sujeitos (GOMES, 2009). Razão pela qual, fez-se mister a aplicabilidade da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, mormente, quando evidenciado o desequilíbrio de poderes sociais entre os particulares.

Nesse contexto, o presente artigo objetiva realizar uma breve reflexão acerca da aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos contratos privados, a partir da análise do julgamento do Recurso Especial 1.330.919/MT, pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que contou com a relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, em que se discutiu a validade de prescrições médicas emitidas por profissional que se descredenciou da operadora de Saúde.

Optou-se, enquanto método de investigação qualitativa, pelo estudo de caso, porquanto, pertinente sua utilização em situações humanas em contextos contemporâneos. Para Dooley (2002) pesquisadores das diversas áreas utilizam o método de investigação de estudo de caso para desenvolver, produzir, constatar ou desafiar teorias; explicar questões; estabelecer base de aplicação de soluções para situações; explorar ou descrever objetos ou fenômenos.

A escolha temática é justificada diante da relevância dos direitos fundamentais, enquanto mecanismo de proteção da própria condição humana, somada à expressividade numérica de casos judicializados em que presente a colisão entre a autonomia privada e os diferentes direitos fundamentais. Ressalta-se que o estudo em tela não pretende esgotar o tema, do contrário, suscita a necessidade de reavivar a discussão acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais aos casos concretos.

Para tanto, preliminarmente, apresenta-se uma linha do tempo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais até sua atual conformação e a escolha adotada pelo Brasil, percorrendo os contornos atuais da autonomia privada na teoria geral dos contratos, até a análise do julgado, propriamente dito.

2. A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria dos direitos fundamentais liberal clássica limitava o seu alcance apenas às relações jurídicas de direito público, ou seja, onde figuram nos polos ente estatal e o particular, não abarcando as relações de natureza privada, as quais eram regidas pela autonomia da vontade em plenitude. Contudo, essa concepção na atualidade se encontra obsoleta, ante ao avanço doutrinário daquilo que se denomina eficácia horizontal dos direitos fundamentais, atribuindo aplicabilidade dos direitos fundamentais ao que antes era território exclusivo privatista (SARMANETO; GOMES, 2011).

Essa nova concepção se deve a ideia de que não se verifica violência apenas por parte do Estado contra os seus cidadãos, mas também entre os que são considerados presumidamente iguais, entendendo assim as esferas da família, sociedade civil e pessoas jurídicas de diferentes feições, sendo a incidência dos direitos fundamentais nessas relações um imperativo incontornável (SARMENTO; GOMES, 2011).

À vista disso, essa perspectiva é necessária em países com o tecido social marcado por profundas desigualdades, como é próprio do Brasil. Assim, ante o registro de desníveis de toda sorte, as relações privadas, onde se presumem as partes estarem em condição de igualdade, é imperiosa a aplicação dos direitos fundamentais como forma de garantir a proteção da dignidade da pessoa humana entre as partes.

Entretanto, em que pese toda relevância prática da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, é preciso delimitar o raio de incidência, sob pena dessa aplicação descambar para o autoritarismo (SARMENTO; GOMES, 2011). Todavia, não seria correto transpor o particular para a condição de sujeito passivo do direito fundamental, o

equiparando ao regime jurídico dos Poderes Públicos, já que o indivíduo é o titular de direitos fundamentais, possuindo o direito de autodeterminação dos seus interesses.

Noutro giro, em que pese os apontamentos de temperança em relação a incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas, é importante registrar a posição antagônica do constitucionalismo americano com fundamento no individualismo extremado. Por lá, vigora a doutrina do *state action*, a qual se apoia na literalidade da Constituição Americana, asseverando a aplicação dos chamados *Bill of Rights* apenas aos poderes públicos, preservando a autonomia privada, havendo a exceção apenas da 13^o que aboliu a escravidão nos EUA (SILVA, 2005).

De igual semelhança, com algumas distinções, é a realidade inglesa, tendo em conta a ausência de uma Constituição escrita e rígida que é um dos pilares para o que se denomina constitucionalização do direito. Assim, preserva-se uma perspectiva liberal clássica, onde não há uma irradiação dos direitos fundamentais entre os particulares, limitando-se apenas a alguns documentos históricos que garantem proteção negativa ante ao arbítrio estatal (BARROSO, 2015).

A vanguarda surge com a promulgação da Lei Fundamental de 1949 na Alemanha, com a interpretação conferida pelo Tribunal Constitucional Federal, ao assentar que os direitos fundamentais, muito além de possuir uma dimensão subjetiva de proteção individual, também possuíam a função de instituir uma verdadeira ordem objetiva de valores (BARROSO, 2015). Nesta acepção, são precisas as lições do eminente ministro Luís Roberto Barroso (2015, p. 391):

Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute também nas relações entre particulares.

Por sua vez, a nova ordem constitucional brasileira, inaugurada com a Constituição de 1988, se lastreia muito na experiência constitucional alemã, conferindo uma verdadeira feição subjetiva aos direitos fundamentais, sendo estes aplicados também nas relações jurídicas privadas.

Entretanto, diferentemente da Constituição portuguesa, que faz menção direta à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais,

em terras brasileiras o constituinte preferiu não se posicionar explicitamente quanto à questão. Todavia, é cediço em toda a doutrina e no acervo jurisprudencial, que os particulares são destinatários dos direitos fundamentais, havendo de algum modo (a depender da posição filiada) a irradiação desses direitos em suas relações, (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Conforme esclarece Flávio Tartuce (2014) o modo como se dá a horizontalidade dos direitos fundamentais nas relações particulares é por meio de cláusulas gerais, próprias do Direito Civil, como os princípios da boa-fé objetiva e da função social dos contratos. Dessarte, os referidos princípios acabam por se revelar um importante instrumento hermenêutico para a concretização da solidariedade e dignidade da pessoa humana, princípios de envergadura constitucional, concretizando o chamado Direito Civil Constitucional (TARTUCE, 2014).

Assim, para além do primado da autonomia da vontade, agora era preciso garantir total observância ao postulado da função social da propriedade. Nesse sentido, leciona Barroso (2015, p. 391):

Por fim, para os *particulares*, estabelece limitações à sua autonomia da vontade, em domínios como a liberdade de contratar ou o uso da propriedade privada, subordinando-a a valores constitucionais e ao respeito a direitos fundamentais.

De todo modo, a doutrina e a jurisprudência têm se debruçado acerca dos limites e possibilidades para a vinculação dos direitos fundamentais às relações privadas, havendo posições quando a vinculação direta (ou imediata) dos particulares a norma de direito fundamental, como também a indireta (ou mediata) (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Segundo os aderentes da teoria da eficácia direta (imediata), os direitos fundamentais são aplicados às relações privadas de forma direta, sem que haja a necessidade de mediação do legislador. Essa eficácia seria efetiva principalmente diante de atividades de cunho privado que tenham uma essência de natureza pública, como escolas, clubes e nas relações trabalhistas (LENZA, 2019).

Por sua vez, para os adeptos da corrente da eficácia indireta dos direitos fundamentais nas relações privadas, os direitos fundamentais possuem duas dimensões, sendo a primeira de feição negativa

funcionando como um limitante para atividade legislativa estatal, ou seja, são comandos proibitivos ao legislador. Já a segunda dimensão possui feição positiva, ao apregoar que o legislador deverá efetivar os direitos fundamentais ponderando quais direitos deverão serem aplicados as relações de caráter privado. Deste modo, os direitos fundamentais irradiam nas relações privadas por meio intercessão da figura do legislador (SILVA, 2005).

Além destes entendimentos, há os que sustentam uma posição intermediária, mais temperada, no que diz respeito à vinculação dos particulares às normas de direitos fundamentais, haja vista as tensões existentes na aplicação desses direitos na esfera privada e os seus possíveis desdobramentos na autodeterminação individual, autonomia privada e liberdade negocial e geral, conforme esclarece o magistério do professor Sarlet (2017, p. 379):

É justamente por esta razão que, para muitos, o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais constitui, em verdade, mais propriamente um problema relativo à conciliação dos direitos fundamentais constitui, em verdade, mais propriamente um problema relativo à conciliação dos direitos fundamentais com os princípios basilares do direito privado.

Por último, no Brasil, apesar dos diferentes posicionamentos, tem prevalecido a tese de que os direitos fundamentais produzem uma eficácia *prima facie* nas relações privadas. Além do mais, é preciso destacar que a total efetivação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares deve ser uma confluência entre os poderes destacando o Poder Legislativo federal, o qual possui a competência para legislar em matéria de direito privado, razão pela qual deve conformar as relações privadas e os seus institutos as premissas dos direitos fundamentais (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018).

Ademais, na aplicação da lei, o Poder Judiciário tem a missão de se apropriar de uma hermenêutica que consiga harmonizar a autonomia privada individual com a tutela efetiva dos direitos fundamentais entre os particulares, sem que nenhuma opção venha anular totalmente a outra, se utilizando das cláusulas gerais que são *a porta de entrada* dos valores constitucionais nas relações privadas (TARTUCE, 2014).

3. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE NA TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

O princípio da autonomia da vontade por muito tempo foi considerado o construto basilar das relações contratuais, sendo entendido como um poder que é concedido ao sujeito para que criar uma norma individual (contrato) nos limites circunscritos pelo ordenamento jurídico (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018).

Nesta concepção, a vontade seria o elemento distintivo das pessoas em relação às demais espécies dos seres vivos existentes na terra, considerado como o elemento fundamental para o ajuste de vontades na formação do contrato. Para isso, a vontade deveria ser manifesta, livre de qualquer vício que comprometesse a voluntariedade do querer emanado pelos sujeitos, ante o risco do vício de consentimento, levando a nulidade do negócio jurídico (GONÇALVES, 2017).

Ademais, nas concepções oitocentistas a autonomia da vontade possuía forte influência do liberalismo econômico clássico, com ênfase da não intervenção estatal no ajuste de vontades entre as partes de um determinado negócio jurídico. Assim, deu-se realce ao postulado da força obrigatória dos contratos corporificado no princípio do *pacta sunt servanda*. A ideologia contratual dominante teria como fundamento garantir a circulação de riquezas na sociedade sem a intervenção estatal nas questões econômicas, razão pela qual o contrato operacionaliza as transações econômicas no capitalismo industrial nascente (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018).

Contudo, como nos ensinou o mestre baiano Orlando Gomes (2009), a liberdade contratual sempre encontrou limites em bases morais, religiosas, políticas e econômicas a depender da infraestrutura ideológica de uma determinada época. Com efeito, em maior ou menor grau, é possível apontar que houve sempre uma limitação ao exercício da autonomia contratual.

Por sua vez, o termo autonomia da vontade remonta à conjuntura de transição entre o sistema feudal e o comercial, ocasião em que propício o fortalecimento da autonomia dos sujeitos a fim de estimular a liberdade da contratação (GODOY, 2012). Nesta acepção, a autonomia da vontade

seria fundada em três princípios (FARIAS; NETTO; ROSENVALD, 2018, p. 148):

A autonomia da vontade é centrada em três princípios:

- a) **liberdade contratual**, como livre estipulação do conteúdo do contrato, sendo suficiente à sua perfectibilidade a inexistência dos vícios de consentimentos;
- b) **intangibilidade do pactuado** – o pacta sunt servanda exprime a ideia da obrigatoriedade dos efeitos contratuais pelo fato de o contrato ser justo pela mera razão de emanar do consenso entre pessoas livre;
- c) **relatividade contratual**, pautada na noção da vinculatividade do pacto, restrita às partes, sem afetar terceiros, cuja vontade é um elemento estranho à formação do negócio jurídico.

Por fim, a ideologia contratual dominante era baseada em assegurar o que fora acordado, com ênfase na proteção das partes, nos moldes do liberalismo clássico. Essa infraestrutura ideológica influenciou em grande medida a codificação brasileira de 1916, razão pela qual se notou a dissonância do Código Beviláqua com a Constituição de 1988, o que foi decisivo para a inovação legislativa do Código Civil de 2002 a fim de trazer maior conformidade com a nova ordem constitucional.

3.1. Contornos atuais da autonomia privada

Segundo ensina Zanetti (2012) os conceitos de autonomia privada e autonomia da vontade são considerados por alguns autores como sinônimos. Contudo, é preciso traçar algumas distinções, tendo em vista que a autonomia da vontade tem uma ligação com uma visão clássica e a autonomia privada está ligada a uma moldura inaugurada com o processo de constitucionalização do direito advinda do neoconstitucionalismo.

Ocorre que, a visão clássica de autonomia da vontade, constante à definição clássica do contrato, não mais se mostrou bastante a estruturar a relação entre os sujeitos, na medida em que as relações negociais, sobretudo com o advento da industrialização, acentuaram o desequilíbrio entre as partes, a exemplo dos contratos de massa, o que atraiu a gerência do Estado nas relações privadas de molde a minimizar as consequências dessa disparidade (GOMES, 2009).

É neste momento que o conceito de autonomia privada ganha um conteúdo autônomo e operativo; e é esse conteúdo que vai investir a própria noção de negócio jurídico. Este deixa de ser visto na perspectiva de instrumento de troca de bens – na perspectiva da sua função – para ser acentuado o seu caráter de realização da liberdade econômica. O negócio é a afirmação da liberdade da pessoa, o negócio é o efeito jurídico da vontade livre (MIYAZATO, 2020).

Desta forma, é possível visualizar que embora a autonomia privada possua como fundamento a autonomia individual, este se encontra limitado por uma ordem objetiva de valores corporificada na Constituição, como também nos limites impostos pela legislação ordinária privada infraconstitucional, estando adstrito a estes (FARIAS; BRAGA; ROSENVALD, 2018).

Muito embora a doutrina moderna conceba a liberdade contratual no campo da autonomia privada, estando a mesma limitada por cláusulas gerais que promovem uma abertura para aplicação dos princípios da função social do contrato e boa-fé objetiva, lastreados pelo princípio solidariedade decorrente da Constituição, as teorias oitocentistas a colocava no campo do individualismo liberal, centrando o ajustes de vontades completamente livre da influência da esfera estatal, sendo considerado com o efeito prático de lei entre as partes (RIZZARDO, 2015).

Em um primeiro momento, conforme nos orienta Flávio Tartuce (2014) a afirmação da autonomia privada trata-se da personalização do direito privado com vista a centralidade da pessoa humana como destinatária da ordem jurídica privada. Deste modo, a autonomia privada não seria apenas aplicável a principiologia contratual, mas também ao Direito das Coisas, Direito de Família e das Sucessões, bem como na seara consumerista em atenção ao postulado do diálogo das fontes.

Além do mais, a autonomia privada teria dois desdobramentos, a saber: a autonomia contratual e à autonomia existencial. Assim, a autonomia privada transcenderia os limites do negócio jurídico de natureza patrimonial, sendo também evidenciada quando a pessoa humana manifesta situações jurídicas de personalidade na concretização de seus projetos espirituais (TARTUCE, 2014).

Destarte, em virtude da liberdade contratual em excesso, com o fenômeno da contratação em massa com os chamados *contratos de adesão*, nos quais há uma limitação da liberdade de contratar da parte mais vulnerável, é que surge a necessidade de se repensar as bases da autonomia da vontade clássica, sendo um vetor para uma mudança conceitual para o que hoje se denomina *autonomia privada*.

À vista disso, o contrato deixa de ser a pura expressão de teorias voluntaristas, passando a ser compreendido como um complexo híbrido, em contextos voluntários e compulsórios, em que os interesses são reflexo dos estamentos sociais dos quais cada parte pertence, na condição de fornecedor e consumidor, empregador e trabalhador, locador e locatário (GOMES, 2009).

Por conseguinte, em razão da virada copernicana experimentada a partir do pós-guerra, com o advento do neoconstitucionalismo, acabou-se por produzir uma mudança na autonomia privada com a sua limitação em prol da funcionalização da igualdade lastreada nos princípios da solidariedade e justiça contratual. Além do mais, os atos decorrentes da autonomia passam a ter incidência em questões subjetivas existenciais (BARROSO, 2015).

Por fim, no atual estágio de desenvolvimento doutrinário, o direito privado não se encontra mais isolado, não mais oferecendo resistência ao Estado Democrático de Direito. Qualquer relação negociação, antes de tudo, deve ser meio de realização da pessoa humana. Em razão de qualquer disparidade, a interpretação deve ser em favor da pessoa em sua dimensão existencial e assegurar a função social.

4. ANÁLISE DO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.330.919 – MT PELO STJ

Apesar de a Constituição Federal, nos termos de seu art. 105, dispor, entre as atribuições do STJ, a uniformização da interpretação de lei federal, sendo de sua responsabilidade a solução definitiva de casos cíveis e criminais que não envolvam matéria constitucional nem da justiça especializada (BRASIL, 1988), a Corte Superior não está alheia a dizer o direito à luz dos ditames constitucionais. Assim é que, malgrado a

discussão acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais detenha viés, eminentemente, constitucional, por vezes, no caso concreto, a autonomia da vontade das partes resta mitigada para a salvaguarda do primado dos direitos fundamentais.

Como cedição, face a restrições de cunho processual, a aplicação horizontal do direito constitucional do âmbito da Corte Superior de Justiça, ocorre por via indireta, com vistas a conferir à legislação infraconstitucional adequação à normativa constitucional que dispõe acerca dos direitos fundamentais. Com efeito, a dignidade da pessoa humana deve ser o preceito orientador do julgador quando da aplicação do direito no caso concreto, como medida de justiça. Isso porque a dignidade da pessoa humana não é direito fundamental, e sim fundamento constitucional.

Assim, com o escopo de verificar a aplicação da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nos contratos privados, foi realizada a análise do julgamento do Recurso Especial 1.330.919/MT, pelo Superior Tribunal de Justiça. O caso em tela trata-se de ação civil pública intentada pelo Parquet em face de Unimed Cuiabá – Cooperativa de Trabalho Médico, em que se discute a validade de prescrições médicas emitidas por profissional que se descredenciou da operadora de saúde.

Isto porque, no caso, constatou-se que os usuários, para realizar exames prescritos por médicos sem vínculo com a cooperativa, necessitaram arcar com as custas ou solicitar a médico cooperado nova prescrição. O Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Cuiabá julgou procedentes os pleitos da ação civil, declarando, para todos os efeitos jurídicos, nulas as cláusulas contratuais.

Ato contínuo, a Cooperativa interpôs Recurso Especial fundamentando, dentre outras questões, a licitude das cláusulas que permitem a negativa de cobertura de exames, internações e outros procedimentos não solicitados por médicos cooperados da Unimed Cuiabá; a inexistência de qualquer vedação válida e vigente que proíba que as cooperativas neguem autorizações de procedimento em razão de o profissional solicitante não ser cooperado; a necessidade de aplicação primária das regras especiais contidas na Lei dos Planos de Saúde, que autoriza a limitação do atendimento à rede previamente credenciada; a pretensão do Ministério Público ameaçar o equilíbrio contratual, já que altera sensivelmente os

custos da operadora, com reflexos imediatos nos valores das mensalidades a serem cobradas (STJ, 2016).

À ocasião do voto do Relator, o Ministro Luís Felipe Salomão, restou nítida a relação jurídica patrimonial e existencial da querela, haja vista estar intrinsecamente ligada à tutela do direito fundamental à saúde do usuário, o que coloca tal espécie contratual em uma perspectiva de grande relevância no sistema jurídico pátrio. Nos termos do voto do Ministro Relator, a realização de exames, internações e demais procedimentos hospitalares não podem ser obstados aos usuários cooperados, exclusivamente pelo fato de terem sido solicitados por médico diverso daqueles que compõem o quadro da operadora, pois isso configura não apenas discriminação do galeno, mas também tolhe, tanto o direito de usufruir do plano contratado, como a liberdade de escolha do profissional que lhe aprouver (STJ, 2016).

Da mesma sorte, concluiu o Ministro que a cláusula contratual que prevê o indeferimento de quaisquer procedimentos médico-hospitalares, se estes forem solicitados por médicos não cooperados, deve ser reconhecida como cláusula abusiva. Fundamentou seu voto, o Ilustre Relator, aos auspícios de que a legislação de regência defende a preponderância do zelo ao bem-estar do usuário em face do viés econômico da relação contratual e que os ditames constitucionais, os quais detém força hierárquica, estabelecem o direito à saúde como congênito (STJ, 2016).

Sustentou que a eficácia do direito fundamental à saúde ultrapassa o âmbito das relações travadas entre Estado e cidadãos – eficácia vertical –, para abarcar as relações jurídicas firmadas entre particulares, limitando a autonomia das partes, com o intuito de se obter a máxima concretização do aspecto existencial, sem, contudo, eliminar os interesses materiais. Ressaltou que, para dirimir conflitos existentes no decorrer da execução contratual (nos casos em que o interesse da operadora de plano de saúde tem caráter eminentemente patrimonial, e o dos usuários é voltado à subsistência), deve-se ater à incidência direta e imediata da eficácia horizontal do direito fundamental à saúde aos contratos de plano de saúde. Assim, no acórdão, os Ministros da Quarta Turma do STJ decidiram, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Especial da Cooperativa (STJ, 2016).

Com efeito, para o deslinde da controvérsia, em que se verificou latente colisão entre a autonomia privada (contratação de plano de saúde) e o direito fundamental à saúde (autorização da realização de procedimentos prescritos por médico não cooperado), fez-se mister a preponderância dos direitos em voga, sob os auspícios da aplicação horizontal dos direitos fundamentais (STJ, 2016).

Exsurge da análise do julgado que o STJ, como razão maior de seu posicionamento, alçou o direito à saúde à condição de subsistência do indivíduo, por força dos diplomas legais invocados, razão pela qual, restou fragilizada, in casu, a autonomia privada, quanto à obrigatoriedade de contratação, mais precisamente, no que se refere à cláusula contratual de plano de saúde que preveja o indeferimento de quaisquer procedimentos médico-hospitalares, se estes forem solicitados por médicos não cooperados.

5. CONCLUSÃO

Destarte, tem-se como resultado das análises deste estudo de caso que os direitos fundamentais ultrapassaram o conceito de norma programática, adquirindo feição de imperativo legal, razão pela qual utilizados, hodiernamente, como fulcro para decisões judiciais entre os particulares, de molde a se sobrepor à autonomia privada. O Estado passou a intervir nas relações privadas para frear o desequilíbrio nas relações contratuais, na medida em que a liberdade formal não corresponde a uma liberdade social.

É dizer, os direitos fundamentais exarados ao texto constitucional deixaram de influenciar indiretamente as relações privadas e passaram a balizar a prática da atividade jurisdicional estatal, incidindo, portanto, a teoria da eficácia imediata ou direta dos preceitos constitucionais na seara do direito privado.

Assim, o STJ tem aplicado a teoria da eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações particulares, isto porque a autonomia privada está condicionada à observância dos direitos fundamentais, sobretudo, para contrapor a igualdade contratual formal à substancial, para obstar

abusos pela parte contratante com maior poderio em face da exploração da parte mais vulnerável.

6. REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#art105>. Acesso em: 02 mai. 2021.
- DE MARCO, C. M. Elementos sobre a autonomia privada e sua relação com o mínimo existencial na teoria dos direitos fundamentais. *In*: BAEZ, N. L. X.; CASSEL, D. (Org.). **A realização e a proteção internacional dos Direitos Humanos: desafios do século XXI**. Joaçaba: Ed. UNOESC, 2011. p. 246-59.
- DOOLEY, L. M. **Case Study Research and Theory Building**. *Advances in Developing Human Resources*. 3. ed. 335-354 p. 2002. v. 8. Disponível em: <<https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1523422302043007>>. Acesso em: 03 mai. 2021.
- GEDIEL, J. A. P. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.
- GOMES, O. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- GODOY, Claudio Luiz Bueno de. **Função social do contrato**. 4ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. – 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 23ª edição. São Paulo: Saraiva. 2011.
- MIYAZATO, Sheila Keiko Fukugauchi. **A Autonomia Privada no Direito Contratual Contemporâneo**. *Revista Pensamento Jurídico – São Paulo – Vol. 14, n.3, p. 324-346, ago./dez. 2020*.
- NANNI, G. E. A evolução do direito civil obrigacional: A concepção do direito civil constitucional e a transição da autonomia da vontade para a autonomia privada. *In Cadernos de Direito Civil Constitucional*. 1. ed. 2001. 8. reimpressão. Curitiba. Juruá, 2008.
- SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, Virgílio Afonso. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SARMENTO, D; GOMES, F. R. **A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares**: o caso das relações de trabalho. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011.

STJ. **Recurso Especial nº 1.330.919 – MT**. Relator Ministro Luis Felipe Salomão. Brasília, DJe: 18/08/2016. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=63987497&tipo=5&nreg=201201277083&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20160818&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em: 02 mai. 2021.

TARTUCE, F. **Direito civil 3**: teoria geral dos contratos e contratos em espécie. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014.

ZANETTI, A. C. **Princípio do equilíbrio contratual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

CAPÍTULO V

A segurança jurídica dos contratos eletrônicos nas relações de consumo

*Nathan Gabriel Cerqueira Carvalho**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O contrato como um negócio jurídico em tempos de pandemia. 3. O comércio e os contratos eletrônicos. 3.1. Partes de um contrato eletrônico. 3.2. Lugar de celebração. 3.3. Momento da contratação. 3.4. Forma de contratação. 3.5. Objeto da contratação. 4. Da segurança jurídica nas relações inovadoras de consumo. 5 Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo nasce da necessidade de se avaliar os contratos eletrônicos, que ganharam força e destaque durante a pandemia do coronavírus. Tendo como norte os contratos, o referido passeia pelas teorias que versam sobre o negócio jurídico, sobre o direito obrigacional e fecha como a teoria geral dos contratos. O objetivo geral é avaliar os pormenores da vigência do contrato eletrônico e os seus impactos nas relações de consumo, partindo do momento em que ele ganha destaque no plano privado, em virtude do período endêmico.

Ademais, possui enquanto objetos específicos: apresentar os institutos do negócio jurídico contratual e digital em face das relações de consumo, mediante a pandemia de coronavírus; bem como correlacionar, aplicar, indicar, estudar e apresentar os reflexos dos contratos eletrônicos no comércio virtual, forma de proteção do consumidor; e analisar a tutela do consumidor em face da necessidade de se pensar

(*) Nathan Gabriel Cerqueira Carvalho, graduando em Direito pela Faculdade Anísio Teixeira e em Gestão Pública pela Universidade Norte do Paraná.

em inovações jurídicas que abarque esse universo proporcionado pela rede internacional de comunicação.

Por conseguinte, analisa-se os pormenores que perpassam os contratos eletrônicos, destrinchando o que pode representar um problema, tanto no plano do direito civil, quanto no plano do direito do consumidor. Deste modo, o questionamento basilar da presente obra visa confirmar se os contratos eletrônicos são capazes de garantir um sistema de segurança jurídica que zele pelo direito do consumidor, em meio ao período pandêmico.

Propõe-se investigar uma problemática contemporânea, de modo a proporcionar um debate necessário, que resultará em consequências jurídicas para toda a história da humanidade, pois não há que se falar no fim dos contratos eletrônicos, mas sim no avanço desenfreado, dada a comodidade que eles proporcionam e a potencialidade que ofertam ao comércio eletrônico, além de dinamizar a vida dos fornecedores e dos consumidores.

A obra foi construída através da metodologia de investigação e pesquisa bibliográfica, revisitando a sistemática de referências em produções científicas do direito, como livros, artigos, jornais de grande circulação, publicações em *sites* e revistas; de modo a edificar um arcabouço teórico suficiente a abarcar as problemáticas norteadoras da produção.

Por fim, foi possível constatar que os contratos eletrônicos carregaram significativos problemas quanto: às partes contratantes, ao lugar de celebração, ao momento da contratação, à forma da contratação e ao objeto da contratação. Todos esses dados foram elencados e dispostos sistematicamente para propiciar ao leitor uma oportunidade de refletir acerca das medidas que precisam ser adotadas pelo Parlamento e pela Academia Jurídica.

2. O CONTRATO COMO UM NEGÓCIO JURÍDICO EM TEMPOS DE PANDEMIA

Conforme explica Coelho (2020), o contrato é um negócio jurídico por excelência, que nasce do acordo de vontades entre duas ou mais partes e gera direitos e obrigações, de modo a criar, modificar ou

extinguir uma relação jurídica. Isto posto, pode-se dizer que calcado na autonomia da vontade do indivíduo, ele pode ser estabelecido de forma a criar normas entre as partes, restando estas obrigadas a cumpri-las, ressalvadas as hipóteses em que isso não é possível, como nos casos das excludentes de responsabilidade.

Assim, como aponta Carnacchioni (2021), desde a sua fase mais remota, sempre houve um Princípio De Função Social, ainda que de uma forma mais arcaica, dado o contexto e o período em que estava inserido, em razão dos valores e do sistema vigente em meios às relações intersubjetivas. Entretanto, não é um axioma imutável, pois em dado momento da história da humanidade, o princípio objetivava garantir a circulação de riquezas até se tornar um mecanismo de promoção da dignidade da pessoa humana.

A Parte Geral do Código Civil 2002 é responsável por cuidar da constituição e da gestação do negócio jurídico, por ser dedicada a apresentar o plano da validade do referido, bem como seus defeitos e a sua invalidade, de modo a ser responsável pela fase geracional do negócio. O negócio jurídico tem como substância a vontade humana/autonomia da vontade, responsável por exteriorizar o impulso da alma, a ânsia, a intenção; sendo ela a responsável por produzir a maioria dos efeitos nas relações privadas entre sujeitos de direito (CARNACCHIONI, 2021).

Disso resulta a liberdade jurídica, o poder de contrair para si direitos e/ou deveres, o agir com eficácia jurídica, regular juridicamente a relação entre os sujeitos, de modo a respeitar suas individualidades e os seus interesses e atingir o fim pretendido pelas partes. O que não seria possível sem o advento da autonomia da vontade, que marca o rompimento para com os abusos autoritários, de modo a obrigar o ser a fazer somente aquilo que lhe for do seu interesse privado, ressalvados os compromissos para com a coletividade (CARNACCHIONI, 2021).

Desta forma, não se confunde com a autonomia privada, que consiste no direito privado do indivíduo de instituir um ordenamento jurídico próprio, individual, em conformidade com a exteriorização da sua vontade, que somente atinge as partes envolvidas. Representa o limiar entre a vontade do ser e o que determina o ordenamento jurídico, seja

na permissão ou na proibição. Por isso, o negócio jurídico goza da autonomia privada e não o contrário (CARNACCHIONI, 2021).

E desde que o estabelecido em um negócio respeite o ordenamento constitucional/legal pátrio, ele pode ser inserido na convenção, aceite por ambas as partes acordantes. Assim sendo, os efeitos provocados na vida das partes são convencionados antes da sua vigência, de modo a resultar na formação de uma norma que rege a vida dos sujeitos de direito que se submeteram ao referido regime jurídico, fruto da exteriorização da vontade humana (CARNACCHIONI, 2021).

Em síntese, o negócio jurídico consiste na autonomia da vontade e na autonomia privada, utilizadas como mecanismo de fabricação de efeitos jurídicos (sendo estes, criação, alteração e extermínio de relações jurídicas) que implicam resultados significativos na vida privada, assim, garante o fortalecimento da ordem jurídica, de modo a não desrespeitá-la, mas promover inovações, de forma a zelar pela liberdade do indivíduo (CARNACCHIONI, 2021).

Dada a sua volatilidade e os seus avanços constantes, frente a sua presença nas mais diversas relações, é impossível não conceber a sua inserção no meio digital e não considerar a força que adquiriu durante o período pandêmico, em que houveram fortes restrições do contato humano, em virtude do isolamento, o que implicou no série de avanços das relações contratuais digitais, conforme muito bem aponta a Redação do G1 (2021).

Nesse sentido, a pandemia de coronavírus é um fato sem precedentes que deixou a comunidade internacional embasbacada em face de todo o ocorrido. Dentre as medidas utilizadas para conter a disseminação do vírus, o comércio eletrônico foi o mecanismo de maior destaque nesse processo, por tentar reduzir o contato presencial, forte elemento propagador do vírus.

3. O COMÉRCIO E OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

Em face da modernidade, como aponta Pimentel (2018), o Direito digital ou eletrônico brasileiro nasceu a uma média de duas décadas, conforme pode ser concebido através da Portaria Interministerial nº

147, de 31 de maio de 1995, editada pelos Ministérios da Comunicação e da Ciência e Tecnologia. Ela foi o primeiro estatuto legal a tratar desse segmento no Brasil, pois ele regulamentava a utilização de mecanismos da rede pública de telecomunicações para a disposição e o aproveitamento de serviços de conexão à *Internet*.

Entretanto, a investigação do Prof. João Marcello de Araújo Jr., exposta no Congresso de Würzburg – Alemanha, em 1992, foi capaz de demonstrar que desde 1976, já tramitavam projetos de lei sobre informática no Congresso Nacional, como: o PL nº 3.279, de 1976, apresentado pelo Deputado Siqueira Campos, tratava da programação viciada de computador, arquivado em 1979; e o PL nº 96, de 1977, emanado pelo Senador Nelson Carneiro, abordava a defesa das informações computadorizadas, arquivado em 1980 (PIMENTEL, 2018).

Isto posto, ele não é tratado enquanto um ramo próprio, como o Direito Penal ou o Direito Processual Civil, mas sim, um avanço da própria ciência jurídica, pois ele abarca todos os demais segmentos do Direito. Assim, ele pode ser constatado no Direito Penal, através dos crimes digitais; no Direito Processual Civil ou Penal, através dos seus instrumentos que se encontram à disposição dos procedimentos. Como também no caso em tela, no direito privado, onde ele deixa importantes contribuições ao comércio eletrônico e aos contratos digitais (PIMENTEL, 2018)..

Sob o mesmo ponto de vista, Coelho (2016) trata dessa estrutura comercial calcada na rede internacional de comunicação. Ele aponta que o comércio proporcionado pela *internet* foi o responsável pela construção e pelo fortalecimento de novas modalidades de atividades econômicas. Ademais, o seu crescimento é característico do final dos anos 1990, período no qual os bens, o consumo e a prestação de serviços ganharam novas faces, e não precisavam mais da corporeidade e da obrigação de fazer presencial. Daí nasce a necessidade de se pensar um diploma legal que zele pelas relações comerciais eletrônicas.

Conforme preleciona Schreiber (2014), o *e-commerce* ou comércio eletrônico é um dos marcos da hodiernidade, em virtude do impacto financeiro de suas movimentações no plano internacional, haja vista os bilhões de reais que circulam nas mais variadas plataformas e sítios virtuais. Apesar da força das operações das empresas que vendem para

empresas, um exponencial avanço é constatado frente ao varejo eletrônico, destinado às operações entre empresas e consumidores.

Sob o mesmo ponto de vista, a obra de Glitz (2002) caminha, pois para o estabelecimento de um comércio eletrônico, basta que haja uma oferta do produto ou serviço e a aquiescência da outra parte, através da rede internacional de comunicação (*internet*). Ademais, amparado na potencialidade da atipicidade contratual, é notável o avanço da adesão aos contratos eletrônicos, responsáveis por viabilizar o comércio digital, em virtude da dinamização cedida pelas relações virtuais.

Uma forma de contratar que denota um rompimento com a ideia de acordo entre partes, promovida presencialmente, em virtude da desnecessidade de um contato físico ou oral para a edificação dessa relação contratual. Basicamente, um abandono do papel e o foco na transmissão de dados, de forma eletrônica, calcada num vínculo registrado e estabelecido no plano da nuvem (GLITZ, 2002).

Mas para que ele possa existir, é necessário o respeito ao plano de existência, como muito bem define Carnacchioni (2021), ele demanda: agentes, objeto, forma e vontade; assim como a adequação desse objeto ao ordenamento jurídico pátrio, que consiste no plano de validade: agentes capazes para o estabelecimento do negócio, forma prescrita pela legislação vigente ou não proibida por tal, assim como uma vontade livre e espontânea, e um objeto possível, determinado ou determinável, que não seja ilícito.

E por fim, a depender da existência de cláusula acessória que limite os seus efeitos, este existe, vale e é eficaz no universo jurídico. Tanto que, para Glitz (2002), este contrato, independentemente do plano em que foi estabelecido, vale e implica na possibilidade de exigência de adimplemento. Assim, um importante instrumento na manutenção das relações de comércio; na qual, um simples clique, isento de vícios e carregado da vontade de acordar, mediante prévia oferta, resulta no estabelecimento de vínculo contratual.

Tão logo, para elucidar o ponto em questão, serão apresentados na sequência, alguns elementos relevantes para a discussão do plano em que devem ser inseridos, os contratos eletrônicos: lugar de celebração, momento da contração, forma de contratação, objeto da contratação e partes de um contrato.

3.1. Partes de um contrato eletrônico

Para Tartuce (2019), as partes são elementos do plano mínimo de existência de um negócio jurídico; isto posto, não há que se falar em um instrumento de pactuação que cria, modifica ou extingue relações jurídicas, sem falar no envolvimento de partes que ao externalizar suas vontades lícitas em um instituto prescrito ou não defeso em lei, firmam um acordo. Vale ressaltar que essa vontade deve ser livre e o objeto em voga deve ser lícito, possível, determinado ou determinável.

Assim como, os agentes envolvidos na construção desse instrumento jurídico devem ser capazes civilmente, de modo a declarar sua vontade e ela ser a responsável de contrair as obrigações e adquirir direitos. Desta forma, o Código Civil de 2002, impõe esse requisito para que o contrato possa ter validade dentro ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, as pessoas absolutamente incapazes devem ser representadas e as relativamente incapazes devem ser assistidas para a celebração de negócios jurídicos (TARTUCE, 2019).

Conforme aponta Schreiber (2014), a contratação em sua modalidade tradicional, viabiliza a percepção de quem são as partes no momento de se contratar, pois estariam presentes, ou ainda que através de correspondência, seria possível conceber de imediato ou mediante pesquisa, quem são as partes contratantes. Ainda que no caso de uma contratação envolvendo pessoas jurídicas, haveria um representante de tal, que estabeleceria uma certa regularidade e garantia de quem eram as partes.

Por conseguinte, o que dificulta para o comprador a identificação da parte contratante e até uma tentativa de resolução de demandas fruto do processo de contratação é a possibilidade do anonimato. Isto, caso o sítio seja de domínio brasileiro (o que já representa uma série de complicações para conseguir qualquer dado relevante sobre aquele empreendimento), pois no caso de domínios estrangeiros, submissos a outros diplomas legais, podem ser ainda mais complexos de serem identificados (SCHREIBER, 2014).

Apesar de já existirem normas, como é o caso do Decreto 7.962, que estabelece algumas exigências com o intuito de proteger o consumidor;

o que se constata no plano fático é uma situação de “semianonimato eletrônico”. Onde diversas empresas descumprem as obrigações de disponibilizar em um local de nítida visualização, os: nome empresarial, informações relevantes para a localização (como endereço eletrônico e físico), número de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas ou no de Pessoas Físicas (SCHREIBER, 2014).

Desta forma, resta ao Poder Público uma maior demanda de exigir o cumprimento dessas normas, mas que se torna muito complicado, em virtude da possibilidade de criação de diversos *sites* a cada segundo. O universo virtual é um espaço de difícil regulação, dada a dificuldade de se chegar aos responsáveis pela ação e pelo anonimato que permeia grande parte dos trabalhos e da flexibilidade do ambiente.

Por fim, entender o que compõe o contrato eletrônico e as problemáticas que permeiam o tema é de suma importância para a edificação de uma base viável para a identificação do lugar de celebração e os pormenores do objeto em questão.

3.2. Lugar de celebração

Com o advento dessa rede internacional de comunicação, as barreiras físicas e geográficas foram ultrapassadas, o que tornou possível uma pessoa no Brasil negociar com outra na China. Apesar de estarem em países opostos, essa negociação deixa de ser dificultosa e a cada dia, torna-se mais tranquila e plausível. No passado, como aponta Schreiber (2014), essa situação configurava uma relevante problemática para o Direito Civil e para o Direito Internacional, em especial, no que se refere à determinação do lugar de celebração.

Ademais, para Gonçalves (2021), o endereço de residência do proponente é considerado o local de celebração do negócio jurídico. Isto posto, essa regra geral se aplica aos contratos realizados por intermédio da rede internacional de comunicação; de modo que o Parlamento optou pela uniformização de qual seria o elemento concretizador e foi possível definir de onde parte a vontade inicial ou de contratar. Ou, através do uso da vontade autônoma, as partes podem convencionar um lugar, em específico, para ser o foro de eleição.

Ademais, o nono artigo do Decreto Lei nº 4.657, de 1942, determina que as obrigações seguirão as normas do País onde residir o proponente ou, no caso da obrigação ser executada no Brasil, o ordenamento brasileiro será o vigente no caso em voga, resguardado o disposto no diploma legal estrangeiro para a situação, quanto às condições extrínsecas do ato (BRASIL, 1942).

Todavia, a *internet* viabilizou esse universo, onde um brasileiro, em uma viagem no Japão, pode comprar um livro escrito por um autor argentino, em um site alemão, que será enviado por uma empresa russa. O fato anteriormente apresentado denota a transnacionalidade que permeia a relação contratual contemporânea, em que não há necessariamente um local único para delimitar cada passo vivenciado pelos contratantes para o aperfeiçoamento do contrato, conforme explica Schreiber (2014).

Assim, constata-se a existência de um local abstrato e fictício, responsável pelo aperfeiçoamento da relação contratual, a qual não mais se restringe às barreiras territoriais de um espaço físico. O que pode ser um problema quando existem poucas informações disponíveis acerca do empreendimento proponente do contrato, de modo a deixar o consumidor, mais uma vez, em uma posição de vulnerabilidade por estar se relacionando com um fornecedor de um país que potencialmente desconhece.

Assim como, o fato dos fornecedores optarem por não possuir uma sede em países de forte controle jurídico, onde a proteção ao consumidor é mais acertada e priorizar territórios em que a tutela é menor, de modo a garantir uma maior proteção do seu patrimônio; mas em compensação, deixa o consumidor em uma posição de maior complexidade, dada a sua posição de vulnerável na relação de consumo, o que pode ser constatado na obra de Silva, Bessa e Moura (2014).

Schreiber (2014) disserta sobre o modo utilizado pelos Tribunais brasileiros para enfrentar essa problemática, a partir das decisões no sentido de aplicar o Código de Defesa do Consumidor nos casos em que o fornecedor é estrangeiro (e mantém a relação através das vias eletrônicas) e o consumidor é brasileiro. De modo a resguardar o consumidor, pois quem decide estabelecer relações de consumo com consumidores

de um país, deve assumir os ônus aplicados pelo ordenamento jurídico deste. Como no seguinte caso:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA – “AQUISIÇÃO DE AUTOCLAVE PARA ESTERILIZAÇÃO DE MATERIAIS MÉDICO- HOSPITALARES – RELAÇÃO DE CONSUMO – OPÇÃO DO CONSUMIDOR EM AJUIZAR A AÇÃO EM SEU DOMICÍLIO – ARTIGO 101, I, DO CDC – POSSIBILIDADE – RECURSO NÃO PROVIDO. Nos termos do artigo 101, I, do Código de Defesa do Consumidor, é competente o foro do domicílio do consumidor para processar e julgar as lides versando sobre a responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou serviços (STJ) – AREsp: 196780 MS 2012/0132545-5, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Publicação: DJ 11/11/2014) (BRASIL, 2014).

Apesar de proteger o consumidor, através da delimitação da competência do foro do domicílio do autor no caso em tela, conforme aborda Schreiber (2014), isso não resolve a problemática da definição do lugar de contratação, somente das demandas judiciais que possam surgir. Como resultado, insere uma quebra de um pilar muito antigo do Direito Contratual, no sentido de que o lugar de celebração do contrato determinaria o foro competente para julgar os conflitos resultantes da relação.

Nesse sentido, o comércio eletrônico denota uma ruptura, que apresenta severas repercussões no ordenamento jurídico pátrio. Desta forma, demanda ampla dedicação do Parlamento, da doutrina e da jurisprudência nesse sentido. Posto isto, faz-se necessário aprofundar também o momento da contratação.

3.3. Momento da contratação

Tal qual expõe Gonçalves (2021), o momento de contratação é relevante para o Direito Contratual pois ele determina quando o negócio deverá ser considerado, oficialmente, celebrado. No caso do contrato firmado entre presentes, não existem problemas, isto porque ambas as partes vêem e determinam o que desejam, tanto que existe a possibilidade do estabelecimento de um prazo para a aceitação.

Já nos contratos entre ausentes, quando não há esse contato presencial entre as partes, insurge uma problemática quanto ao momento devido. Contudo, o Código Civil de 2002, adota a Teoria da Expedição,

que configura o aperfeiçoamento do ato a partir da expedição da resposta em face da proposta, salvas as exceções (GONÇALVES, 2021).

Tão logo complementa Schreiber (2014), as problemáticas identificadas na definição do lugar de celebração permeiam a definição do momento de oficialização do pacto. A regra nos contratos eletrônicos é a mesma aplicada para a contratação entre ausentes. O que pode ser um problema, pois no caso dos Correios, existe um registro de quando a resposta foi enviada; entretanto, isso pode não acontecer em algumas plataformas digitais e os vestígios que permitiriam a aferição do momento, podem não existir.

Ademais, isso não acontece na compra realizada mediante um clique, no caso dos contratos de adesão, pois dificilmente restam traços que possam registrar esse momento, exceto quando o próprio sistema faz esse registro. O que é extremamente danoso para o consumidor, fica refém do fornecedor, que ao não estabelecer um sistema de registro em seu sítio eletrônico, pode se utilizar da comodidade de cumprir quando lhe aprouver, em razão da não aferição do momento de compra (SCHREIBER, 2014).

A ordem legal, através do Decreto 7.962, de 2013, encontrou uma forma de proteger o consumidor, com a determinação do dever de confirmação imediata por parte do proponente ao receber a aceitação da oferta (BRASIL, 2013). O que resulta em um maior fortalecimento da segurança jurídica e tutela o consumidor em uma situação de difícil constatação do momento de aperfeiçoamento do negócio jurídico.

Todavia, esse tema ainda é palco de controvérsias, em virtude da carência de diplomas legais que possam abarcar esse universo tecnológico. Como por exemplo, no caso apontado por Gonçalves (2021), em que a distinção ausentes e presentes não é suficiente, por conta da instantaneidade das mensagens eletrônicas. Tanto que, faz-se necessário avaliar se o aperfeiçoamento se dará mediante a aceitação instantânea ou após um intervalo necessário para a reflexão acerca do que foi apresentado.

Isso sem considerar o fato de que a aceitação pode ocorrer mediante fraude, como por exemplo, na hipótese de a assinatura utilizada para responder ou a pessoa que aceitou mediante um clique, não sejam, necessariamente, a (da) pessoa que legitimamente aquiesceu.

Desta forma, conclui-se que avanços em defesa do vulnerável na relação de consumo foram apresentados; porém, com o avanço da tecnologia, novas demandas vão surgindo e a incerteza em face do problema tende a crescer. Como por exemplo, na delimitação da forma de contratação.

3.4. Forma de contratação

Conforme leciona Tartuce (2019), o negócio jurídico precisa ter uma forma, enquanto requisito para a sua existência; e para que ele possa ser reconhecimento pela ordem legal enquanto válido, é necessário que a forma siga o determinam os diplomas legais que tratam sobre ele, seja seguindo estritamente o que ele enseja ou não o desrespeitando.

Ademais, no que se refere aos contratos, aponta Gonçalves (2021), existe uma predominância de contratos atípicos, que não seguem uma formalidade, isto porque o próprio Código Civil de 2002 estabelece que a forma respeitada pelo negócio jurídico precisa ser prescrita ou não defesa em lei. Vale ressaltar que dados os avanços da economia e das tecnologias, a tendência natural do Direito Contratual é de se utilizar de contratos atípicos, até porque o Parlamento não conseguiria prever todos os avanços que as relações jurídicas contratuais proporcionarão.

Conforme ensina Schreiber (2014), a formalidade dos contratos existe por duas razões: encorpar a importância e respeitabilidade quanto ao instrumento em voga, de modo a demonstrar para as partes que existe um vínculo jurídico formado e que ele é relevante para suas vidas, pois dele decorrem direitos e obrigações; bem como, demonstrar para a coletividade que um vínculo jurídico foi firmado.

Contudo, essas duas acepções são fragilizadas no contexto eletrônico, em virtude de não haver tantos vestígios de uma contratação. Pois essa carga de informalidade que permeia o negócio jurídico eletrônico, ao mesmo tempo em que garante uma maior flexibilidade para as partes, resulta na carência de sustentáculo físico, responsável por garantir maior segurança (SCHREIBER, 2014).

Mas quando um contrato está refém de um mero clique em uma página virtual, denota-se uma carência dos resquícios que viabilizem aquilo como prova. O que não quer dizer que os documentos digitais

não possam ser utilizados como prova, pois o ordenamento jurídico reconhece esses documentos como um mecanismo probatório, apenas existe uma maior ausência de fatos e dados que viabilizem a construção desse arcabouço fático (SCHREIBER, 2014)..

Bem como, com a velocidade que a *internet* viabiliza as conexões, a carga de importância e de respeitabilidade desse instrumento jurídico se dissipa, pois o contratante, por vezes, acaba por não perceber a situação em voga. Como aponta Telles (2020), foi por muito tempo e ainda são os formulários de termo e serviços dos aplicativos de celular. Estes são assinados pelos usuários, quase sempre não lidos, representam um contrato onde o usuário acorda com o responsável pela plataforma e disponibiliza seus dados e informações.

Por fim, a ordem legal apresenta avanços, como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, no sentido de proteger as informações que são coletadas através desses aplicativos. Desta forma, faz-se necessário avaliar como se dá a relação entre o objeto da contratação e as relações jurídicas contratuais eletrônicas.

3.5. Objeto da contratação

Outrossim, explica Tartuce (2019) que a existência de um negócio jurídico demanda a presença de um objeto e a sua validade depende deste ser determinável ou determinado, lícito e possível. Isto posto, conforme comenta Schreiber (2014), na hipótese de celebração de uma compra e venda, entre presentes, o comprador terá a possibilidade de observar a coisa e decidir se deseja comprá-la nas condições em que ela se encontra.

Porém, no ambiente virtual, a única possibilidade plausível é a de consulta das imagens ou vídeos disponibilizados pelo vendedor, o que coloca o consumidor numa posição de submissão em face de quem almeja vender. Como resposta a isso, o Código de Defesa do Consumidor, em seu quadragésimo nono artigo, garante ao comprador o direito ao arrependimento; de modo que, dentro do prazo de sete dias, pode devolver o bem ou serviço adquirido, a contar do recebimento ou da assinatura (BRASIL, 1990).

Ademais, os próprios termos do negócio jurídico, são dispostos de uma forma aborrecível, e assim, desincentivam a leitura por parte do consumidor (SCHREIBER, 2014). Isto posto, conforme tudo o que foi apresentado, é passível de contemplação o fato inerente ao mercado eletrônico: uma maior vulnerabilidade aflige o consumidor em face de um conjunto de problemáticas características do comércio virtual. Por esta razão, faz-se necessário investigar como se apresenta a segurança jurídica nas relações inovadoras de consumo.

4. DA SEGURANÇA JURÍDICA NAS RELAÇÕES INOVADORAS DE CONSUMO

Esta seção objetiva analisar a tutela do consumidor brasileiro em face da necessidade de se pensar em inovações jurídicas que abarquem esse universo proporcionado pela rede internacional de comunicação. De acordo com Nunes (2018), a proteção jurídica ao consumidor no Brasil, chegou um tanto tardia quando comparada com a chegada nos demais países do globo, como nos Estados Unidos da América.

Durante muito tempo, restava aos brasileiros aplicar o diploma legal cível, que atendia às relações contratuais, mas que não contemplava as relações de consumo. O Código de Defesa do Consumidor pensa numa relação entre consumidor e fornecedor, onde o consumidor se encontra em uma posição de vulnerabilidade frente à relação de consumo e por essa razão, o diploma visa reger as relações e garantir a segurança jurídica destas, em defesa do vulnerável (NUNES, 2018).

E isso é constatado na própria estrutura social que oferta essa norma. Em um sistema de produção em massa, o consumidor fica refém do que o produtor oferta, dentro dos moldes em que lhe aprouver. Por isso, faz-se necessário um instrumento que garanta ao consumidor uma proteção, de modo a colocá-lo num patamar de maior tranquilidade nas relações consumeristas, onde ele saiba que caso sofra algum dano por conta de uma prestação falha do fornecedor, ele terá seus direitos resguardados e não será abandonado ao acaso (NUNES, 2018).

Uma das grandes problemáticas constatadas por Scarmanhã *et al* (2018) foi a percepção da influência dos aparatos tecnológicos em face

do crescente aumento do consumo, executado de forma inconsciente e desenfreada. Desta forma, eles apresentaram como que o comércio eletrônico atrelado ao consumo diário de publicidade e propaganda, potencializado pelo espaço virtual, tende a contribuir para mais uma significativa ampliação de vulnerabilidade em que se encontra o consumidor.

Assim, dissertam Tartuce e Neves (2018), o Direito Privado sempre partirá da premissa da boa-fé e da aparência, tanto que ele defende o direito da oferta, de modo que ela seja transparente e possa ser amplamente divulgada. Mas essa oferta não pode ser feita de qualquer forma, de modo a configurar um abuso, isto porque o consumidor encontra-se em uma posição de vulnerável na negociação. E quando o fornecedor se utiliza disso para capitalizar, ele pode afligir o consumidor e potencializar sua posição de vulnerabilidade.

Por essa razão e em face desse cenário crescente, repleto de inovações que vão desde às formas de contratar até às formas de anunciar, o ponto em comum é que o vulnerável segue em sua posição com uma forte tendência de potencializar uma situação combatida pelo direito fundamental de defesa do consumidor. Instrumentos minimizadores dessa problemática são apresentados, contudo, faz-se necessária a apresentação de novos aparatos que abarquem os avanços da tecnologia.

5. CONCLUSÃO

No afã de conter a pandemia do novo coronavírus, foram estabelecidas medidas pelos governos municipais, estaduais e federal, no sentido de conter a proliferação do vírus, seja através da *hashtag* “fique em casa”, ou do distanciamento entre as pessoas que passou existir e permanece até hoje de certa forma, sem aglomerações em prol da coletividade com a imposição do uso de máscaras e utilização de álcool em gel.

Nesta esteira de raciocínio, destacam-se as novas formas e modalidades do “Novo Normal Social”, o desenvolvimento da nova forma de contratar, negociar e receber produtos, alimentos, medicamentos em casa. Ressalte-se, os contratos eletrônicos representam o que há de mais moderno na hodiernidade, além de ser um tema relevante para

o Direito Privado, em especial, durante o período pandêmico. Pois, o comércio virtual já era um dado significativo muito antes da necessidade de intensificação, e com as medidas de isolamento, ele só cresceu.

Porém, apesar do crescimento representar uma garantia para a economia brasileira, existe um ser extremamente relevante nessa relação, que precisa ser resguardado: o consumidor. Deste modo, o direito, da forma como ele se apresenta, possui uma série de mecanismos garantidores da segurança jurídica desse vulnerável, mas que precisam avançar, dada a complexidade dessas relações e os avanços rotineiros que a rede internacional de comunicação promove.

Pensar o Direito Eletrônico e as relações consumeristas nesse período, faz-se necessário, pois esse período deixará seus vestígios por toda a eternidade. Na mesma medida em que ele dinamizou as relações, aproximou pessoas e tornou a vida mais fácil; ele foi o mesmo responsável por tornar os seres humanos cada vez mais dependentes dos mecanismos de interação eletrônica.

Desta forma, foi possível constatar que os contratos eletrônicos carregaram significativos problemas quanto: às partes contratantes, ao lugar de celebração, ao momento da contratação, à forma da contratação e ao objeto da contratação, em face da imperiosa demanda dos consumidores em prol de seu direito fundamental. A tutela do consumidor é fruto de um processo histórico que reconhece a relevância da proteção do vulnerável na relação consumerista.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União: Rio de Janeiro, 1942. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em 25. mai. 2021.
- BRASIL. Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Diário Oficial da União: Brasília, 2013. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm. Acesso em 25. mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União: Brasília, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm.

Acesso em 25. mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Diário Oficial da União: Brasília, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 25. mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União: Brasília, 1990. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 25. mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal De Justiça. AREsp: 196780 MS 2012/0132545-5. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Diário da Justiça Eletrônico – STJ: Brasília, 2014.

CARNACCHIONI, Daniel. **Manual de Direito Civil: volume único**. – 4. ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: contratos**, volume 3 [livro eletrônico]. -- 2. ed. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 1. ed. em ebook baseada na 28. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CONGRESSO NACIONAL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Diário Oficial da União: Brasília, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em 25. mai. 2021.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin . A contemporaneidade contratual e a regulamentação do contrato eletrônico. In: SILVEIRA RAMOS, Carmem Lucia; TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; GEDIEL, José Antonio; FACHIN, Luiz Edson; BODIN DE MORAES, Maria Celina. (Org.). Diálogos sobre Direito Civil: construindo uma racionalidade contemporânea. 1ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, v. , p. 209-246.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. – 18. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2021.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: projetos de pesquisa, pesquisa bibliográfica, teses de doutorado, dissertações de mestrado, trabalhos de conclusão de curso. Atualização da edição João Bosco Medeiros**. – 9. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

NUNES, Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. – 12. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2018.

- PIMENTEL, Jose Eduardo de Souza. Introdução ao Direito Digital. Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo v. 13 n. 1, (2018): São Paulo, 2018. Disponível: https://es.mpsp.mp.br/revista_esmp/index.php/RJESMPSP/article/view/352. Acesso em 25. mai. 2021.
- REDAÇÃO G1. Com pandemia, comércio eletrônico tem salto em 2020 e dobra participação no varejo brasileiro. G1 – Economia, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/02/26/com-pandemia-comercio-eletronico-tem-salto-em-2020-e-dobra-participacao-no-varejo-brasileiro.ghtml>. Acesso em 25. mai. 2021.
- SCARMANHÃ, Bruna de Oliveira da Silva Guesso et al. O comércio eletrônico e o direito fundamental de defesa do consumidor. V Semana do Conhecimento do Univem. Ano 4, nº 2, ps. 243-264. Lisboa: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, 2018.
- SCHREIBER, Anderson. Contratos Eletrônicos e Consumo. Revista Brasileira de Direito Civil, v. 01, 2014, p. 88-110. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdci-vil.org.br/rbdc/article/view/132>. Acesso em 25. mai. 2021.
- SILVA, Juliana Pereira da (coord.); BESSA, Leonardo Roscoe; MOURA, Walter José Faiad de. **Manual de direito do consumidor**. – 4. ed. – Brasília: Escola Nacional de Defesa do Consumidor, 2014. ISBN: 978-85-85820-68-8. Disponível em: <https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/manuais/manual-do-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em 25. mai. 2021.
- TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral** – v. 1. – 15. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.
- TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. – 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.
- TELLES, FERNANDO. 90% das pessoas não leem termos e condições de apps, revela estudo. Showmetech, 2020. Disponível em: <https://www.showmetech.com.br/pessoas-nao-leem-terminos-e-condicoes-de-apps/>. Acesso em 25. mai. 2021.

CAPÍTULO VI

Da responsabilidade civil dos provedores de conteúdo por publicações de usuários em suas plataformas

*Maysa Nascimento Aguiar**

*João Pedro Bastos de Oliveira***

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Da máquina de turing ao 5g: as relações sociais e jurídicas no âmbito digital 3. Da responsabilidade civil: fundamentos e conceitos necessários 4. Entre a (ir)responsabilidade e a responsabilidade objetiva: uma revisão jurisprudencial acerca do tema 5. Conclusão 6. Referências.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Provedores de Conteúdo. Revisão Jurisprudencial

1. INTRODUÇÃO

Com a modernização das relações e comunicações sociais, novos hábitos acabam se criando, ações que eram inacreditáveis de se fazer a alguns anos atrás, com a chegada e evolução da tecnologia vem trazendo aparelhos celular de alta qualidade com a utilização da internet e acesso rápido e fácil em qualquer lugar, isso é a ideia de uma sociedade digital. A tecnologia e a internet, que andam lado a lado, estão em constante evolução e, conforme dispõe a obra de Farias, Rosenvald e Braga (2015, p. 703), “serviços bancários, turismo, modos de deslocamento na cidade,

(*) Graduanda em Direito pela Universidade Católica do Salvador (UCSAL).

(**) Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Alagoas (FDA/UFAL).

compras em geral, música, cultura, educação, quase todas as áreas das relações sociais parecem ter sofrido fortes mudanças com o efetivo ingresso da internet em nossas vidas”.

Atualmente a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, conhecida como o Marco Civil da Internet (MCI), estabelece e define em seus artigos, princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil (art. 1º), usando como parâmetro os Princípios para a Governança e Uso da Internet no Brasil¹, aprovados pelo Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br.

Assim sendo, uma lei fundamentalmente principiológica, o Marco Civil da Internet pode ser um dos instrumentos a garantir e assegurar que a internet continue sendo um espaço aberto e promotor de direitos, de liberdades, e da própria cidadania.

Tendo em vista que, o Direito, juntamente com os fatores econômicos, sociais e tecnológicos, pode determinar, bem como se adequar, às práticas sociais, comportamentais e culturais que na visão de WACHOWICZ e COSTA (2016, p. 478) é uma regulação legislativa setorial, disciplinada em virtude da matéria, qual seja: a internet e seu uso.

Além dos benefícios que as interações em redes sociais podem proporcionar, as plataformas de interação em massa também são palcos de ofensas diárias entre seus usuários. Essa triste realidade começou a ser objeto de estudo da ciência jurídica a partir da judicialização de demandas que pleiteavam a responsabilização civil dos provedores de conteúdo por publicações de seus usuários. Atrelado a isso, temos o conceito de responsabilidade civil, que tem por base o princípio *neminem laedere*, uma vez que, a quebra do dever de “não lesar outrem” corresponde a obrigação de indenizar o dano causado (WALD, 2012, p. 168).

Com isso, o presente estudo tem como intuito analisar o atual estado da arte das relações jurídicas na internet, com foco especial no exame

1. 1. liberdade, privacidade e direitos humanos; 2. governança democrática e colaborativa; 3. universalidade; 4. diversidade; 5. inovação, 6. neutralidade da rede; 7. inimitabilidade da rede; 8. funcionalidade, segurança e estabilidade; 9. padronização e interoperabilidade; 10. Ambiente legal e regulatório (BRASIL. Comitê Gestor da Internet no Brasil – CGI.br; Resolução CGI.br/RES/2009/003/P – Princípios para a governança e uso da internet no Brasil. Disponível em: . Acesso em: 01 maio. 2021.)

da responsabilidade civil dos provedores de conteúdo por materiais publicados por usuários em suas plataformas. Para atingir tal objetivo, será realizada uma revisão progressiva do que entende a doutrina pátria a respeito do assunto, bem como o estudo específico da legislação aplicável, além de jurisprudências acerca do tema.

2. DA MÁQUINA DE TURING AO 5G: AS RELAÇÕES SOCIAIS E JURÍDICAS NO ÂMBITO DIGITAL

Em 1939 teve início um dos períodos mais obscuros da história da humanidade, a Segunda Guerra Mundial, que dava os primeiros passos para se tornar uma das maiores catástrofes da era moderna. Nesse contexto, um jovem matemático Britânico, chamado Alan Turing, recebeu uma missão de extrema importância para a vitória dos Aliados – criar uma máquina que decifrasse as mensagens nazistas (VARGAS, 2002).

A Máquina de Turing, como ficou conhecida, era capaz de decifrar os códigos nazistas, manipulando símbolos em uma fita e armazenando informações. A partir desse estudo, o matemático britânico desenvolveu a noção de algoritmos e foi o precursor da computação. Certamente, a invenção de Turing terminou melhor que seu criador – aquela representa uma realidade social na contemporaneidade; já o matemático britânico, morreu precocemente, em virtude de envenenamento por cianeto, em 1954 (FONTOURA, 2013).

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2017), no ano de 2017, três em cada quatro domicílios do país faziam uso de internet. Tal fenômeno, na visão de Nancy Andrichi (2012), mudou o mundo, inaugurando nova dinâmica de relações sociais que passaram a ocorrer em maior quantidade, maior velocidade e em um formato nunca antes idealizado. Em complemento a tal modo de pensar, discorreu o Ministro Aposentado do Tribunal da Cidadania Sebastião Castro Filho (2005) que a cibernética ultrapassou patamares incríveis, com evoluções tão constantes que dificilmente conseguem ser computadas.

Decerto, o surgimento da computação e, por conseguinte da extensão das relações sociais ao mundo virtual, inaugurou nova capítulo na dinâmica das interações humanas, passou-se a fazer quase tudo por

intermédio de um computador, em verdade, parece cada vez mais difícil encontrar limites para a utilidade dos meios informáticos. Assim surge a denominada Sociedade de Vigilância, conceito formulado pelo clássico doutrinador italiano Stefano Rodotà (2008) que busca evidenciar a constante ingestão da privacidade promovida pelos meios digitais.

Evidentemente, as relações jurídicas, em suas mais variadas vertentes, também foram extremamente afetadas pelo advento da internet, na visão de Greco e Martins (2001) não há campo do Direito ou relação jurídica que não sofra direta ou indiretamente a influência da informática na sua maneira de ser ou agir. Em complemento, disserta a decana do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrichi (2012), que as substanciais modificações ocorridas na seara social trouxe à baila inúmeras relações jurídicas de difícil subsunção a legislação até então vigente, em que pese as normas já previstas em nossos diplomas legais, as relações virtuais têm como característica sua alta volatilidade e mutabilidade, de maneira a tornar ainda mais difícil e desafiador o papel de regular as relações jurídicas no meio digital.

Diante de tal dificuldade em relação ao enquadramento legal, criou-se a sensação de ser o meio digital uma “terra sem lei”, onde tudo seria permitido, pela aparente situação de anonimato (TOMASEVICIUS FILHO, 2015). Portanto, não demorou muito para o meio digital virar palco para os mais variados tipos de crimes, mas não só, para além das imputações aplicáveis ao aspecto criminal, as redes sociais têm sido um ambiente propício para a propagação de ofensas diárias entre seus usuários; consoante pesquisa divulgada pela Revista Exame (2018), o Brasil ocupa a segunda colocação no ranking de ofensas pela internet, perdendo apenas para a Índia.

Nesse desiderato, a constante judicialização de demandas que visavam a responsabilização civil de usuários e de provedores de conteúdo, por ofensas perpetradas no meio virtual, fez surgir a necessidade de inserir no ordenamento jurídico pátrios meios efetivos de regulação social nos meios digitais. Assim, a legislação que inaugurou a regulação das relações sociais no âmbito brasileiro foi a Lei 12.965/2014, surgida como uma alternativa garantista, o Marco Civil da Internet buscou resguardar direitos e atribuir deveres de maneira genérica.

Na visão de Wachowicz e Costa (2016) trata-se de uma regulação legislativa setorial, disciplinada em virtude da matéria, qual seja: a internet e seu uso. Nesse sentido, são garantidos aos usuários direitos como a liberdade de expressão, a

neutralidade de rede e a privacidade. Ademais, no que se refere à responsabilização civil dos provedores de conteúdo, o Marco Civil da Internet prevê duas hipóteses, elencadas nos artigos dezoito e dezenove, os quais, serão analisados oportunamente neste trabalho.

Por derradeiro, convém mencionar a recente entrada em vigor da Lei 13.709/2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), após cerca de dois anos de *vacatio legis* e sobre forte influência das legislações européias que se destinam a regular o tema, em especial do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia, a LGPD, surge como mais uma das tentativas de regular as relações jurídicas no âmbito digital, em especial, no que se refere ao tratamento de dados pessoais (MULHOLLAND, 2018).

É bem verdade que a função legislativa sempre foi um trabalho árduo, regular as relações sociais projetando-as para como poderiam ser desenvolvidas no futuro com todas as possíveis variações, pode ser definida como uma tarefa hercúlea. De mais a mais, superada a falida ideia de um código ao estilo napoleônico, só resta ao operador do Direito, o aprofundado estudo das técnicas legislativas, a fim de que a legislação que se propõe a inaugurar não caia rapidamente em desuso por força das mudanças nas relações sociais.

Com o advento das relações desenvolvidas no ambiente digital, o processo legislativo foi elevado a um grau de dificuldade nunca antes experimentado, às experiências sociais na internet começaram a evoluir na velocidade de um “click”, continuamente provocando o surgimento de relações jurídicas nunca antes experimentadas em nossa sociedade (TOMASEVICIUS FILHO, 2015).

Nesse sentido, malgrado a existência de legislações que se destinam a regular o tema em espeque, não é raro que cheguem aos tribunais demandas que não encontram, de maneira imediata, a subsunção em determinada previsão legal, exercendo, assim, a jurisprudência, papel fundamental para o entendimento e regulação das novas relações

sociais no âmbito digital, em especial, no que se refere à responsabilidade civil.

3. DA RESPONSABILIDADE CIVIL: FUNDAMENTOS E CONCEITOS NECESSÁRIOS

Consoante anteriormente demonstrado, a exponencial evolução dos meios tecnológicos inaugurou um novo modo de relação social. Nesse sentido, é possível afirmar que a internet pode ocasionar danos no mundo digital, surgindo, portanto, a responsabilidade civil de quem deve ser responsabilizado, nesse caso, os provedores de conteúdo.

A palavra "responsabilidade" vem do latim *respondere*, que encerra a ideia de segurança ou garantia da restituição ou compensação do bem sacrificado (GONÇALVES, 2010, p. 41). Teria, assim, o significado de recomposição, de obrigação de restituir ou ressarcir. Quando se fala em responsabilidade, tem-se como ideia principal a finalidade do estudo acerca do tema, de acordo com Diniz (2011, p. 21), que é alcançar a restauração do equilíbrio violado pelo dano, ou seja, o propósito é voltar ao *status quo ante*, reparando o prejuízo causado.

Os artigos 186, 187 e 927 do Código Civil (VADE MECUM, 2021, p. 166/197) versam sobre a responsabilidade civil, vejamos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Ademais, cabe destacar que a doutrina compartimenta a responsabilidade civil como um fenômeno social existente no nosso cotidiano que visa o equilíbrio social, sobretudo nas relações virtuais, nas quais

centenas de pessoas estão conectadas ou fazendo diversos tipos de demanda pela internet, o que acarreta em um grande alvo no que se refere à responsabilidade civil. Nesse sentido, Lyra (1977, p. 30 – apud GONÇALVES, 2009, p.3) leciona que “quem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Vê-se, portanto, que a responsabilidade é um fenômeno social”

Por sua vez, Pinheiro (2013, p. 411) estabelece que a responsabilidade civil é um fenômeno social e para o Direito é um dos principais pressupostos da responsabilidade é a existência de nexos causal entre o ato e o dano por ele produzido e que o mais importantes que o ato ilícito é o fato de que esse dano deve ser ressarcido.

Com isso, podemos observar que os danos ocasionados no mundo digital são enormes, pois os conteúdos divulgados na rede multiplicam-se rapidamente e as chances de causar algum tipo de dano é altíssima, como, por exemplo, as ofensas em redes sociais, difamação, calúnia, injúria, divulgações falsas (“*fake news*”), propagandas enganosas, violação ao direito de imagem, de intimidade, compartilhamento de materiais inapropriados, entre outros (IBGE, 2017).

Por fim, com essa breve síntese da responsabilidade civil, traduz a responsabilização que o agente assume sobre a atividade desempenhada pelos meios de comunicação digital, responsabilizando-se pelo dano decorrente de sua atitude que atribui ao dano causado (MORAES, 2015).

4. ENTRE A (IR)RESPONSABILIDADE E A RESPONSABILIDADE OBJETIVA: UMA REVISÃO JURISPRUDENCIAL ACERCA DO TEMA

Decerto, a questão sobre a responsabilidade civil no âmbito digital gerou acalorados debates na doutrina civilista nacional. A inexistência de previsão legal acerca do tema, colocava nas mãos dos juízes a difícil tarefa de solucionar os conflitos inerentes a essa nova modalidade de relação jurídica.

Aliás, mesmo após a promulgação de leis que visavam tratar sobre a responsabilização civil nas relações jurídicas ocorridas no meio virtual – em especial, o Marco Civil da Internet, como será demonstrado – não foram criadas soluções apriorísticas para as questões. Desse modo, ainda se revela essencial para elucidação do tema, o amparo nos entendimentos jurisprudenciais, tornando-se imperiosa a análise cronológica dos julgados acerca da questão, bem como a elucidação dada pelo entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça. Frise-se, nesse sentido, que o objetivo do presente estudo é analisar a responsabilidade civil dos provedores de conteúdo por ato de terceiro, ou seja, de seus usuários.

Assim, foi no ano de 2008 que surgiu uma das primeiras demandas acerca do tema, trata-se de demanda julgada pela Décima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Apelação Cível número 2007.001.523346 (BRASIL, 2008), que teve como relator o Desembargador Arthur Eduardo Ferreira. Nesta demanda, visou-se reconhecer a responsabilidade civil objetiva do provedor de conteúdo “Orkut”, alegando-se a existência de relação de consumo entre o usuário e a rede social. No entanto, a demanda foi julgada improcedente, tendo em vista o entendimento de que a ausência de remuneração impediria o reconhecimento da relação de consumo, bem como, não foi demonstrada a culpa do referido provedor a ensejar a sua responsabilização subjetiva.

Seguindo adiante, no ano de 2009, surgiram dois importantes julgados acerca da temática em apreço, trata-se da Apelação Cível número 1.0024.08.041302-4/0011 (BRASIL, 2009) e do Agravo de Instrumento número 468.487-4/0-00 (BRASIL, 2009), decisões oriundas do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e de São Paulo, respectivamente. Em ambos os casos, os órgãos colegiados reconheceram a responsabilidade civil objetiva dos provedores de conteúdo, aplicando, ao caso, a teoria do risco criado, prevista no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil.

Além disso, convém mencionar, no que se refere ao segundo julgado apresentado (BRASIL, 2009) o qual versou sobre demanda movida pelo atleta Rubens Barrichello contra o “Orkut”, o juízo entendeu que a não identificação dos usuários que utilizam a Rede Social criam um ambiente propício para a violação de direitos, de maneira a ensejar a responsabilização objetiva com fulcro na teoria do risco da atividade.

No ano de 2010, às demandas inerentes à responsabilização civil de provedores de conteúdo por atos de terceiro chegaram ao Superior Tribunal de Justiça, por intermédio do Recurso Especial número 1193764-SP (BRASIL, 2010), que teve a relatoria da Ministra Nancy Andrighi. No caso em espeque, o Tribunal da Cidadania entendeu que a fiscalização prévia do conteúdo não consiste em atividade intrínseca ao serviço prestado, posto que eliminaria um dos maiores atrativos das relações virtuais que é a transmissão de dados em tempo real (MORAES, 2015). Por derradeiro, a Ministra entendeu que inexistente a responsabilidade objetiva dos provedores de conteúdo, não havendo obrigação do controle prévio dos conteúdos compartilhados por seus usuários.

Todavia, entendeu a decana do Superior Tribunal de Justiça, ser dever dos provedores de conteúdo, ao tomar conhecimento da existência de conteúdos que possam gerar danos a terceiros em suas plataformas, promover a sua imediata retirada, bem como, manter um sistema minimamente eficaz de identificação de seus usuários (BRASIL, 2017).

O advento do Marco Civil da Internet, no ano de 2015, prometia trazer de uma vez por todas a solução para os dilemas jurisprudenciais, até então, vigentes. É que a referida legislação foi a primeira a tratar explicitamente da temática inerente à responsabilização civil dos provedores de conteúdo na internet. Assim, a Lei 12.965/2014, previu em seu artigo dezoito a irresponsabilidade civil dos provedores de acesso à internet, bem como, em seu artigo dezenove, previu a responsabilidade subsidiária dos provedores de conteúdo na internet (TOMASEVICIUS FILHO, 2015).

Desse modo, haverá responsabilização por ato de terceiro somente quando existir descumprimento de decisão judicial que determine a remoção de certo conteúdo de suas plataformas. Trata-se, portanto, da aplicação da teoria do *Judice Notice and Takedown*, que recebeu diversas críticas da doutrina por, em tese, promover a morosidade na remoção do conteúdo tido como ilícito, bem como por ir contra as tendências de resolução consensual de conflitos, inauguradas a partir das discussões do Novo Código de Processo Civil (CAVALCANTI; LEITE; JÚNIOR; 2018).

A análise preliminar do que determina os dispositivos acima mencionados leva a uma conclusão teleológica de que a responsabilização

civil dos provedores de conteúdo seria extremamente difícil, dependendo de uma manifesta omissão em caso de determinação judicial. No entanto, essa não é a aplicação que a jurisprudência pátria vem dando aos dispositivos.

Exemplificativamente, cumpre trazer à baila o julgado do Superior Tribunal de Justiça, em 2017, no Recurso Especial número 1531653/RS, que também contou com a relatoria da Ministra Nancy Andrighi e discutiu a responsabilidade solidária do provedor “*Terra Network*” por material ofensivo publicado por terceiros em sua plataforma. No caso, entre outros entendimentos, a Corte fixou que os provedores de conteúdo devem manter um sistema minimamente eficaz para identificação de seus usuários. Além disso, esclareceu que os provedores se tornam solidariamente responsáveis se, ao tomarem conhecimento do conteúdo ofensivo publicado em suas plataformas, não providenciarem imediatamente a sua remoção.

O julgado acima mencionado, como é bem próprio das cortes superiores pátrias, não esclareceu ao certo a controvérsia existente acerca da responsabilidade civil dos provedores de conteúdo. No entanto, apresentou um caminho hermenêutico a ser seguido. Indubitavelmente, pareceu ser a opção do STJ impor a responsabilidade subjetiva aos provedores de conteúdo, elencando, ainda, duas hipóteses em que a culpa seria comprovada.

Começa-se pela segunda hipótese. A Corte Superior entendeu haver culpa caso o provedor de conteúdo, após tomar conhecimento da lesão que determinada informação causa, não adote as providências necessárias para a sua remoção. Anota-se que tal entendimento entra em direto conflito com a regra do “*judicial notice and takedown*” constante no artigo 19 do MCI, pela qual o provedor de internet só seria responsabilizado civilmente por conteúdo gerado por terceiro caso desobedecesse ordem judicial específica determinando a remoção do conteúdo.

Já a primeira hipótese, estabelece que a culpa estaria presente caso o provedor de conteúdo não criasse meios, minimamente eficazes, para identificação de seus usuários. Trata-se da responsabilização civil por conteúdo publicado por terceiros não identificados, perfis falsos, conhecidos como “*fakes*”. Tal hipótese é particularmente alarmante tendo em vista que só a rede social “*facebook*” removeu dois bilhões de perfis

falsos de sua plataforma, apenas no começo de 2019 (FACEBOOK, 2019). Dessa maneira, caso realmente aplicada a hipótese trazida pela Corte Superior poderia dar ensejo a uma responsabilização civil em massa dos provedores de conteúdo perante milhares de usuários que são vítimas de ataques de perfis “fakes”.

Por fim, é importante mencionar a existência do Projeto de Lei 2630/2020 criado pelo Senador Alessandro Vieira (Cidadania/SE) que institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet, atualmente em trâmite legislativo inicial e que pode vir a ser um caminho legal para a solução das controvérsias até então existentes acerca do tema.

5. CONCLUSÃO

Inegavelmente, o advento da internet proporcionou a criação de um novo mundo de possibilidades para as relações jurídicas. A partir da conexão em massa na rede mundial de computadores é possível interagir com quase todo o mundo, difundindo e recebendo informações, criando e readequando a realidade. Certamente, as redes sociais têm papel especial neste novo ideário, posto que, é a partir das interações proporcionadas por suas plataformas, que é possível acessar e gerar conteúdo. No entanto, como novo ambiente de relações jurídicas, tais lugares também foram alcançados pela regulamentação do Direito.

Com o advento do Marco Civil da Internet, a liberdade de expressão e de informação teve especial proteção civil, sendo, pela leitura crua da legislação, os provedores de conteúdo desonerados da responsabilização civil por conteúdos publicados por terceiros em suas plataformas. No entanto, a jurisprudência do STJ, em notório julgamento acerca do tema, estabeleceu ser possível haver responsabilização civil dos provedores de conteúdo por publicações geradas por terceiros em seus ambientes, e que tal responsabilidade seria subjetiva, necessitando da comprovação de culpa por parte dos provedores de conteúdo.

Neste diapasão a corte decidiu haver duas hipóteses em que a culpa pode ser comprovada para fins de responsabilização subjetiva dos provedores de conteúdo e ambas as hipóteses merecem especial análise. Em

um primeiro momento, determina que pode haver culpa dos provedores de conteúdo caso não criem meios minimamente eficazes para a identificação de seus usuários, visando responsabilizar os provedores de conteúdo por danos gerados por perfis “fakes”. Todavia, como demonstrado pelo estudo da rede “facebook”, os fakes são extremamente comuns nas plataformas digitais e a grande maioria das redes sociais não produzem meios eficazes de identificação destes usuários, dessa maneira, esta modalidade de culpa poderia trazer consequências catastróficas para a grande maioria dos provedores de conteúdo.

Em um segundo momento, a decisão referida traz à baila a possibilidade de configuração de culpa, caso tenha conhecimento da possível lesão oriunda de informação ou conteúdo divulgado em seus ambientes e não providencie a imediata remoção da ameaça. Todavia, tal determinação entra em conflito direto com a regra do “*judicial notice and takedown*” constante no artigo 19 do MCI.

A responsabilidade civil encontra respaldo constitucional e é instituto extremamente necessário ao convívio social e ao estado democrático de direito. O STJ entendeu ser a responsabilidade dos provedores de conteúdo subjetiva por excelência, devendo haver a comprovação de uma das hipóteses de culpa elencadas no precedente supracitado. Seja a hipótese comissiva ou omissiva, os provedores de conteúdo devem adequar-se à realidade jurídico-fática de nosso ordenamento jurídico, sob pena de haver uma iminente responsabilização civil em massa por condutas ofensivas de terceiros geradas em suas plataformas de interação.

REFERÊNCIAS

- ANDRIGHI, Fátima Nancy. **A Responsabilidade Civil dos Provedores de Pesquisa via Internet**. Rev. TST, Brasília, vol. 78, n o3, jul/set 2012.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Apelação Cível 2007.001.523 346. Rio de Janeiro, 13ª Câmara Cível. Relator Des. Arthur Eduardo Ferreira. Dje: 16/01/2008.
- BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. PNAD Contínua **TIC 2017: Internet chega a três em cada quatro domicílios do país**. Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/23445-pnad-continua-tic-2017-internet-chega-a-tres-em-cada-quatro-domicilios-do-pais> >. Acesso em 16 Dez. 2019.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 1531653 RS 2015/0108398-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 13/06/2017, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/08/2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp: 1193764-SP, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 14/12/2010, T3 – TERCEIRA TURMA.

_____. **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Apelação Cível 1.0024.08.041302-4/0011. Belo Horizonte, 17.^a Câmara Cível, Rel. Des. Luciano Pinto, j. 18.12.2008, DJEMG 06.03.2009.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Agravo de Instrumento 481.739-4/6-00. São Paulo, 3.^a Câmara Cível, Rel. Des. Maria Olívia Alves.

CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. **Da responsabilidade do provedor de internet nas relações de consumo**. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Doutrina: Edição Comemorativa – 15 anos. Brasília: Brasília Jurídica, STJ, 2005. p. 157-174.

CEROY, F.M. **Os Conceitos de Provedores do Marco Civil da Internet**. 2014. Disponível em : <https://www.migalhas.com.br/depeso/211753/os-conceitos-de-provedores-no-marco-civil-da-internet>

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **Resolução CGL.br/RES/2009/003/P – Princípios para a governança e uso da internet no Brasil** –Disponível em < <https://www.cgi.br/resolucoes/documento/2009/003/>>. Acesso em 20 Jun 2021

COSTA, J. A. F e WACHOWICZ, M. **Cláusulas Contratuais Nulas No Marco Civil Da Internet**. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 68, pp. 477-496, jan./jun. 2016

EXAME, 2018. **Brasil fica em segundo lugar em ranking global de ofensas na internet**. Disponível em <<https://exame.com/brasil/brasil-fica-em-segundo-lugar-em-ranking-global-de-ofensas-na-internet/>> . Acesso em 30 mai 2021.

FACEBOOK. **An Update on How We Are Doing At Enforcing Our Community Standards**. Disponível em < <https://about.fb.com/news/2019/05/enforcing-our-community-standards-3/>> Acesso em 16. Dez. 2019.

FONTOURA, Paula Renata. **Alan Turing, o pai da computação**. Disponível em <<http://www.invivo.fiocruz.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=1370&sid=7>>. Acesso em 16 Dez. 2019

GRECO, Marco Aurélio (Org.); MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). **Direito e Internet: Relações Jurídicas na sociedade informatizada**. Revista dos Tribunais, 2001.

LYRA, A. **Responsabilidade Civil**. 2^a ed. Bahia: Vellenich, 1977.

- MORAES, Thiago Guimarães. **Responsabilidade Civil de Provedores de Conteúdo Da Internet**. Revista Brasileira de Direito Civil. ISSN 2358-6974. Volume 4 – Abr / Jun 2015.
- MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Dados Pessoais Sensíveis e a Tutela De Direitos Fundamentais: Uma Análise à Luz da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18)**. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 19, n. 3, p. 159-180, set./dez. 2018.
- PINHEIRO, P.P. **Direito digital**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013
- ROCHA, F.S. **Responsabilidade Civil Digital dos Provedores de Internet**. 2016 Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1515/Felipe%20Sato%20-%20TCC.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes**. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.p. 145/146.
- TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **Marco Civil da Internet: uma lei sem conteúdo normativo**. Disponível em <http://anpocs.com/index.php/estudos-avancados/user-item/6615-revista-estudos-avancad_os/775-marco-civil-da-internet-uma-lei-sem-conteudo-normativo>. Acesso em 28 mai 2021.
- VADE MECUM, **Constituição federativa da república do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2021.
- VARGAS, Carlos. **Alan Turing: Máquinas e Inteligencia. En Conmemoración de los 100 Años de su Nacimiento**. Aporía, Revista Internacional de Investigaciones Filosóficas N° 4 (2012), pp. 43-63. Santiago de Chile, Chile. ISSN 0718-9788.
- WALD, Arnolndo. **Direito Civil. Responsabilidade Civil. 2012**, p. 168.
- WANDERLEY, Ana Elizabeth Lapa; LEITE, Beatriz Salles Ferreira; BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. **Sistemas de responsabilidade civil dos provedores de aplicações da internet por ato de terceiros: Brasil, União Europeia e Estados Unidos da América**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, Santa Maria, RS, v. 13, n. 2, p. 506-531, ago. 2018. ISSN 1981-3694. Disponível em: < <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/28622> >. Acesso em: 05 Ago.2020. doi: <http://dx.doi.org/10.5902/1981369428622>.

CAPÍTULO VII

O direito de acesso à justiça e seu reflexo na justiça do trabalho: avanços e desafios na contemporaneidade¹

*Luis Paulo Ferraz de Oliveira**

TITLE: The right to access to justice and its reflection in labor courts: advances and challenges in contemporary times

RESUMO: Este trabalho é resultado de uma pesquisa que investiga a institucionalização do acesso à justiça no Brasil sob uma perspectiva crítica, humanística e democrática, enfatizando a relevância da passagem do pensamento formalista do princípio da igualdade para uma abordagem substancial na promoção da justiça para todos os jurisdicionados. Ademais, analisa-se a amplitude do termo "acesso à justiça" como forma de descortinar os problemas jurídicos e sociais que decorrem da insegurança institucional desse direito. Doravante, destaca-se as transformações do acesso à justiça na seara justralhista até a implantação do regime de exceção aos direitos sociais com a Reforma Trabalhista de 2017, com fulcro na retomada do movimento neoliberal de precarização das relações de trabalho, para assim compreender como podem suceder as reivindicações trabalhistas na justiça, inclusive com a pauta do teletrabalho. A incursão teórica se firmou na pesquisa bibliográfica e exploratória, e como método o dedutivo, a partir da análise crítica de livros, diplomas normativos e artigos jurídicos, a fim de responder a problemática central: em que medida o acesso à justiça é factualmente promovido em igualdade a todos os jurisdicionados, notadamente aqueles oriundos das lides trabalhistas? Esse estudo revelou-se de fundamental

(*) Advogado – OAB/BA. Especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Brasil de Ensino – IBRA. Especialista em Direito Previdenciário pelo Instituto Brasil de Ensino – IBRA. Pós-graduando em Direito Médico e Bioética pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC/MG. Graduado em Direito pela Universidade do Estado da Bahia – UNEB. E-mail: luispauloferraz@macedomacedo.adv.br.

1. Trabalho apresentado como requisito parcial para conclusão do Grupo de Estudos em Direito do Trabalho da OAB/BA e ESA/BA.

importância na discussão sobre acesso à justiça e direito do trabalho, em especial após o implemento da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que ampliou a competência material da Justiça do Trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça. Direito do trabalho. Efetividade. Estado de exceção. Igualdade. Reforma trabalhista.

ABSTRACT: This paper is the result of a research project that investigates the institutionalization of access to justice in Brazil from a critical, humanistic, and democratic perspective, emphasizing the relevance of the shift from formalistic thinking on the principle of equality to a substantial approach in the promotion of justice for all citizens. Moreover, the broadness of the term “access to justice” is analyzed as a way to unveil the legal and social problems that result from the institutional insecurity of this right. From now on, we highlight the transformations of access to justice in the legal-labor field until the implementation of the regime of exception to social rights with the Labor Reform of 2017, based on the resumption of the neoliberal movement of precarious labor relations, The theoretical incursion was based on bibliographic and exploratory research, and the deductive method, from the critical analysis of books, normative diplomas and legal articles, in order to answer the central problem: to what extent is the access to justice factually promoted in equality to all the jurisdictional parties, notably those arising from labor disputes? This study has proven to be of fundamental importance in the discussion about access to justice and labor law, especially after the implementation of Constitutional Amendment No. 45 of 2004, which expanded the material competence of the Labor Court.

KEYWORDS: Access to justice. Labor law. Effectiveness. State of exception. Equality. Labor reform.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A passagem do pensamento formalista do princípio da igualdade para uma abordagem substancial no acesso à justiça; 1.1 Repercussões da igualdade material na prática jurídica; 2. A institucionalização do acesso à justiça no Brasil: reformas para a promoção de um processo democrático; 2.1 Amplitude do acesso à justiça e suas reformas democráticas; 2.2 O formal e o real em torno do acesso à justiça; 3. Transformações do acesso à justiça trabalhista e o estado de exceção aos direitos sociais com a reforma trabalhista de 2017; 3.1 Breve histórico da justiça do trabalho no Brasil; 3.2 Os impactos práticos da reforma trabalhista de 2017 e o teletrabalho; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade, quando um direito substancial é violado ou está na iminência de ser lesado por outrem, o cidadão pode acionar o Poder Judiciário para salvaguardar seu direito, em virtude do monopólio estatal de dizer o direito – *ius dictio*. Isto é, a justiça com as próprias mãos não é mais aceita na sociedade brasileira, o que requer observância pelos jurisdicionados das vias estatais para requerer tutela ao direito

em questão. Nesse sentido, o direito de acesso à justiça foi idealizado, arquitetado e delineado a fim de garantir a inafastabilidade da jurisdição a todos os cidadãos, para que assim suas pretensões fossem ouvidas pelo Estado-Juiz. E como qualquer outro direito, o acesso à justiça perpassou por diversas transformações ao longo da história, com vistas a efetivar essa garantia constitucional nos dizeres da Carta Política de 1988.

É nessa linha de intelecção que a Justiça do Trabalho também enfrentou diversas mudanças estruturais até a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que ampliou substancialmente a competência material dessa justiça especializada para tratar não apenas as nuances das relações de emprego *stricto sensu*, como também os litígios decorrentes das relações de trabalho *lato sensu*. A análise dessa nova sistemática justralhista é indispensável para compreender a realidade dos embates judiciais entre trabalhador e empregador/empresa, quando eivadas das relações de trabalho. Agora, o trabalhador recebe salvaguarda do Poder Judiciário Trabalhista para requerer a condenação devida diante das arbitrariedades cometidas diariamente em face do obreiro.

Por tudo isso, a garantia do acesso à justiça em seu pensamento material, notadamente para as questões oriundas das relações de trabalho, é ponto importante para viabilizar a justiça diante dos casos de inobservância das normas trabalhistas. Contudo, mesmo após a redemocratização do País com o implemento da Carta Política de 1988, e consequente constitucionalização dos ramos do direito, como ocorreu com o direito do trabalho constitucionalizado, na atualidade, ainda são cometidos arbitrariedades e retrocessos sociais e jurídicos em face do ramo trabalhista. E como nítido desequilíbrio da relação, o trabalhador é a parte mais prejudicada com as novas alterações legislativas, a exemplo da Reforma Trabalhista de 2017, que também introduziu uma nova modalidade de trabalho: o teletrabalho.

Em síntese, a proposta central dessa pesquisa é buscar responder o seguinte problema: em que medida o acesso à justiça é factualmente promovido em igualdade a todos os jurisdicionados, notadamente aqueles oriundos das lides trabalhistas? Para responder a tal questionamento, foi desenvolvida pesquisa bibliográfica e exploratória, de cunho dedutivo, a partir da análise crítica de livros, diplomas normativos e artigos jurídicos que dialogam com a temática central.

Para mais, feito as ponderações acerca da distinção temática, da justificativa e suas hipóteses, tal como da problemática e da metodologia do trabalho, é importante destacar que a pesquisa concretizará os seus objetivos em forma de capítulos, primeiramente, com uma abordagem da importância do pensamento material na promoção do acesso à justiça em contraponto com a análise formalista desse direito. Em seguida, passa-se ao estudo da institucionalização do acesso à justiça no Brasil – seu conceito, amplitude e desafios na contemporaneidade. Por fim, aborda-se os impactos e as transformações do acesso à justiça na área trabalhista e, ao lado disso, será feita uma análise crítica acerca da Reforma Trabalhista de 2017 e seu regime de exceção aos direitos sociais.

1. A PASSAGEM DO PENSAMENTO FORMALISTA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE PARA UMA ABORDAGEM SUBSTANCIAL NO ACESSO À JUSTIÇA

O cerne dos debates do progressivo estudo do acesso à justiça é, definitivamente, a concreta realização da justiça para todos aqueles que necessitam da tutela jurisdicional em plena igualdade. A constante transformação da sociedade em diferentes níveis sociais elevou a discussão acerca do princípio da igualdade, que outrora o legislador pensou em tal igualdade apenas no plano formal, concebido pelo pensamento liberal e individualista, na qual as diferenças econômicas e sociais constituíam obstáculos à efetividade do acesso à justiça.

Bastos reflete que “a isonomia formal consiste no direito de todo cidadão de não ser desigualado pela lei, senão em consonância com os critérios albergados ou ao menos vedados pelo ordenamento constitucional”². Assim, a aplicação do princípio da igualdade, no seu pensamento formal, é realizada com base na lei, ou no ordenamento jurídico, puro e simples, o que desconsidera as diferenças sociais e econômicas dos jurisdicionados.

2. BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 180.

Por isso, o sentido da igualdade formal, apoiado nesse positivismo de Hans Kelsen, passou a ser amplamente criticado ao longo da história, principalmente quando se coloca em pauta a questão do acesso igualitário à justiça. Seria a tutela jurisdicional mais acessível para classes sociais favorecidas? Ou para os grupos sociais que movimentam a economia do País? Esses são alguns dos questionamentos que pairam em torno da discriminação no acesso à justiça no Brasil.

É nesse sentido que a igualdade material conquistou espaço no universo jurídico para sanar um problema humanístico que impedia o pleno acesso à justiça a toda população. Iniciava-se, pois, o Estado Social com enfoque nos problemas sociais. Então, o que seria a igualdade material? Nos dizeres de Silva, em estudo aprofundado acerca do pensamento substancial desse princípio “a igualdade material ou substantiva ou substancial é aquela que assegura o tratamento uniforme de todos os homens, resultando em igualdade real e efetiva de todos, perante todos os bens da vida”³.

Tratar os desiguais de forma desigual na medida das suas desigualdades é o caminho mais justo e efetivo para promover a igualdade no plano factual, notadamente quando do enfrentamento do acesso à justiça pela classe trabalhadora. O princípio da igualdade passou a ser interpretado de outra forma, ou seja, não mais como um direito de isonomia formal constitucionalmente previsto, e sim como uma garantia fundamental de cada jurisdicionado ser tratado conforme suas peculiaridades.

Para Mello “o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais. Onde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais”⁴. Esse é justamente o pensamento substancial do princípio da igualdade. Se assim não o fosse, como seria o enfrentamento judicial entre um empresário com poder econômico avantajado e privilégios sociais e um simples empregado que labora

3. SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 41.

4. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 35.

diariamente para suprir suas necessidades básicas? A simples promessa constitucional de que todos tem o direito de acessar a justiça não é suficiente para promover o acesso igualitário para ambas as partes do processo. Silva assegura que:

Como se vê, em lugar da concepção “estática” da igualdade extraída das revoluções francesa e americana, cuida-se nos dias atuais de se consolidar a noção de igualdade material ou substancial, que, longe de se apegar ao formalismo e à abstração da concepção igualitária do pensamento liberal oitocentista, recomenda, inversamente, uma noção “dinâmica”, “militante” de igualdade, na qual, necessariamente, são devidamente pesadas e avaliadas as desigualdades concretas existentes na sociedade de sorte que as situações desiguais sejam tratadas de maneira dessemelhante, evitando-se assim o aprofundamento e a perpetuação de desigualdades engendradas pela própria sociedade⁵.

Já lecionava Reale “há casos em que é necessário abrandar o texto, operando-se tal abrandamento através da equidade, que é, portanto, a justiça amoldada à especificidade de uma situação real”⁶. Assim, para alcançar a efetividade da justiça, os meios devem ser adequados e igualitários, a fim de concretizar o mandamento constitucional de inafastabilidade da jurisdição previsto na Carta Política de 1988.

Para mais, “A regra da igualdade não consiste senão em quinhão desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”⁷. Nessa passagem, Rui Barbosa clama pela igualdade com base na desigualdade, e não fundamentada no ordenamento jurídico puro e simples. Essa é a verdadeira lei da igualdade material já sustentada por Barbosa em 1999, em seu manifesto “Oração aos Moços”.

5. SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 19.

6. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 299.

7. BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999, p. 26.

1.1. Repercussões da igualdade material na prática jurídica

Com base na concepção de igualdade material e democrática para todos, os órgãos jurisdicionais passaram a promover mudanças estruturais para que toda a população possa provocar a justiça de forma igualitária, mas não basta assegurar apenas o ingresso ao judiciário, que ainda é deficitário. Requer, também, uma mudança no sistema para viabilizar o seu funcionamento, resultados e ganhos para qualquer jurisdicionado, sem discriminações. Nos saberes de Cintra, Grinover e Dinamarco:

Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que faça justiça a ambos os participantes do conflito e do processo. Por isso é que se diz que o processo deve ser manipulado de modo a propiciar às partes o acesso à justiça, o qual se resolve, na expressão muito feliz da doutrina brasileira recente, em acesso à ordem jurídica justa (Kazuo Watanabe)⁸.

O processo é visto como instrumento capaz de proporcionar um resultado satisfatório, em termos procedimentais, para aquele que dele necessita, e por isso a igualdade material não deve ser ignorada. Não há como se falar em acesso efetivo à justiça sem levar em consideração a aplicação do princípio da igualdade que ainda é ignorado no atual sistema. Nesse sentido, os mesmos autores lecionam que:

Acesso à justiça não se identifica, pois, com a mera admissão ao processo ou possibilidade de ingresso em juízo. Para que haja a efetiva institucionalização do acesso à justiça é indispensável que o maior número possível de pessoas seja admitido a demandar e a defender-se adequadamente⁹.

As ações para promover a justa aplicação da igualdade material tem respaldo na Constituição Federal de 1988, que elegeu premissas

-
8. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRIONOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros editores, 2015, p. 55.
 9. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRIONOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros editores, 2015, p. 56.

para reduzir as desigualdades sociais e assim realizar a justiça social na contemporaneidade. Cunha Júnior ilustra alguns exemplos:

A Constituição de 1988 não se contentou com a igualdade formal. Foi mais além, para também consagrar a igualdade material, na medida em que elegera como objetivo fundamental do Estado erradicar a pobreza e reduzir desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III); como finalidade da ordem econômica assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170) e como objetivo da ordem social o bem-estar e a justiça sociais (art. 193). Nesse passo, a Constituição preocupou-se em garantir a todos igualdade de oportunidades, abrindo um especial espaço para a adoção de ações afirmativas, que consistem num conjunto de medidas administrativas e legislativas de política pública que visam compensar desigualdades históricas decorrentes da marginalização social¹⁰.

E mesmo com os citados mandamentos constitucionais, a igualdade material nem sempre é respeitada nos casos práticos, o que leva a uma série de injustiças sociais com reflexo negativo no acesso à justiça. Por isso, refletir sobre acesso à justiça dos trabalhadores sem levar em consideração a garantia de um tratamento igualitário na prática é uma atividade difícil. Nesse sentido, Bezerra assegura que:

O acesso à justiça é, assim, dentre os demais, também um direito. Sua realização constitui um problema ético-social e econômico-social, de sorte que sua aplicação real depende da remoção de vários obstáculos de caráter material, para que os pobres possam gozar do princípio de uma justiça igual para todos. Ter acesso ao Judiciário sem a garantia de um tratamento igualitário, não é participar de um processo justo. A igualdade é um elemento comum a toda concepção de justiça e tem na sua manifestação mais característica e mais relevante, na igualdade perante o juiz, pois é nesse momento que a igualdade ou a desigualdade se efetiva concretamente, como coisa julgada¹¹.

E nos dizeres de Santos “a revolução democrática do direito e da justiça só faz verdadeiramente sentido no âmbito de uma revolução

10. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 592.

11. BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do direito no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Uesc, 2008a, p. 192.

mais ampla que incluía a democratização do Estado e da sociedade”¹². Por isso, o pleno acesso à justiça é pauta importante na construção do pensamento democrático de efetividade dos direitos. Assim, feita essas considerações acerca da importância da igualdade material no justo acesso à justiça, pode-se refletir um pouco sobre esse instituto tão importante para alcançar a tutela jurisdicional, notadamente para os trabalhadores no Brasil.

2. A INSTITUCIONALIZAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL: REFORMAS PARA A PROMOÇÃO DE UM PROCESSO DEMOCRÁTICO

No contexto contemporâneo, é crescente o número de trabalhadores que necessitam dos serviços prestados pelos órgãos do sistema de justiça, como a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, fazendo jus ao direito fundamental constitucionalmente previsto de acesso à justiça. Diversas situações jurídicas precisam ser judicializadas em virtude do monopólio estatal de dizer o direito (*iuris dictio*), ou seja, diante de um litígio trabalhista, ou de qualquer área do direito, para se alcançar uma solução, é necessário recorrer ao poder judiciário ao menos para obter um acordo. Nesse sentido, Theodoro Júnior assevera:

O Estado moderno, então, assumiu para si o encargo e o monopólio de definir o direito concretamente aplicável diante das situações litigiosas, bem como o de realizar esse mesmo direito, se a parte recalcitrante recusar-se a cumprir espontaneamente o comando concreto da lei¹³.

A jurisdição, em sua plenitude, é função tipicamente estatal, cabendo a cada jurisdicionado acionar o Estado, que é representado pelo juiz investido do *ius imperii*, para resolver seus conflitos. Assim, Cunha Júnior conclui que:

12. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 16.

13. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – vol. I**. 57 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 102.

Como sabido, a jurisdição é atividade por via da qual se manifesta uma das funções políticas do Estado: a função judicial ou jurisdicional. Através dela o Estado, que deve ser provocado (pois a jurisdição é inicialmente inerte), substituindo-se às partes e de forma imparcial, compõe os conflitos ocorrentes, de interesse ou não, e declara ou cria o direito aplicável ao caso, podendo, inclusive, executar suas próprias decisões na persistência do conflito¹⁴.

E uma vez provocado o Poder Judiciário, o processo é impulsionado oficialmente pelo juiz, que deve proporcionar às partes igualdade de tratamento e possibilidades. Essa normatividade também está prevista no Código de Processo Civil de 2015 como princípio fundamental do processo (art. 2º do CPC/2015). E nos dizeres de Cairo Júnior:

No exercício da jurisdição, o juiz é acionado para pôr fim à lide deduzida em juízo pelo autor da ação, mas segundo o princípio do *nemo iudex sine actore* ou *nec procedat iudex ex officio*, previsto pelo art. 2º do novo CPC: O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei¹⁵.

Antes de tecer algumas críticas acerca da efetividade ou não do acesso à justiça aos trabalhadores no Brasil, cumpre analisar o processo de institucionalização desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro. O acesso pleno e efeito à justiça constitui um mandamento constitucional para o exercício da democracia e dos direitos humanos, pois caracteriza-se como um direito básico capaz de dar concretude a diversos diplomas legais previstos na ordem jurídica interna.

2.1. Amplitude do acesso à justiça e suas reformas democráticas

A expressão “acesso à justiça” é profundamente complexa, visto que não possui uma única definição e porque perpassou por várias transformações ao longo da história até se consolidar como mandamento constitucional na Carta Política de 1988. Consonante Cappelletti e Garth:

14. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 969.

15. CAIRO JR, José. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 103.

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico—sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro o sistema deve ser igualmente acessível a todos, segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos¹⁶.

Indubitavelmente, o direito de acesso à justiça se revela uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito, pois garante ao jurisdicionado o poder de provocar a atuação do Poder Judiciário para fazer jus a um direito posto na legislação e que está sendo lesado ou na iminência de ser cerceado. Cunha Júnior afirma que:

O direito de acesso à justiça conduz ao entendimento de que nada afastará a intervenção do Poder Judiciário quando houver lesão ou simples ameaça de lesão a direito. O controle judicial, portanto, deve ser visto com maior amplitude para compreender todas aquelas situações nas quais houve uma lesão ou ameaça a direito de alguém. Até as decisões discricionárias do Estado, que por muito tempo ficaram imunes ao controle do Poder Judiciário, não escapam mais à fiscalização judicial, sempre que se verifique uma ofensa a direito¹⁷.

Nesse sentido, o Poder Constituinte Originário de 1988 visou maior importância ao acesso à justiça como instrumento democrático garantidor da tutela jurisdicional do Estado, um verdadeiro mandamento fundamental. Mas nem sempre foi assim. O progresso do direito fundamental de acesso à justiça, no Brasil, foi bastante lento. Embora os países do continente europeu institucionalizavam o mencionado direito no sistema do *laissez-faire*, o Brasil não demonstrava atenção ao acesso à justiça.

E assim prosseguiu durante todo o Império brasileiro, carecendo, pois, de dispositivos legais suficientes para promover o exercício do direito de acessar os órgãos da justiça. Sem muitos avanços, o processo de institucionalização do direito fundamental de acesso à justiça continuou silente até a queda do Estado Novo, que foi decorrente de um processo

16. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

17. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 628.

de extremo desgaste governamental na década de 1940 e que resultou no seu fim em 1945.

Com isso, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi descrito pela primeira vez na Constituição Federal de 1946, com a seguinte redação do art. 141, parágrafo 4º “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito individual”¹⁸. Esse foi um grande marco no ordenamento jurídico interno, embora tardio.

É preciso levar em consideração que o acesso à justiça já era vislumbrado dessa forma em constituições passadas, como as de 1891 e 1934, a partir de um raciocínio interpretativo do sistema de jurisdição uma assumido pelo Poder Judiciário, mas não havia previsão específica e formal desse direito fundamental. Nesse sentido, Bezerra esclarece que:

Pontes de Miranda, com sua clareza de sempre, observa, com muito acerto, que este princípio já poderia estar na Constituição Federal de 1891... Tendo em vista que a Constituição Brasileira de 1891 adotou o sistema de jurisdição uma, assumindo o Poder Judiciário um papel de fundamental importância na tutela e garantia dos direitos individuais, por longo tempo e até hoje, raciocina-se com essa prisão legalista e jurisdicional¹⁹.

O direito de acesso à justiça continuou a perpassar por várias transformações de acordo com a entrada e a saída de diplomas constitucionais e legais, até ganhar novos contornos com a redemocratização do País após o término da 2ª Guerra Mundial e se consolidar com a Constituição Federal de 1988.

Assim, o princípio fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional assume maior relevância e firma suas bases com a Carta Política de 1988, que institucionalizou o direito de acesso à justiça como uma garantia fundamental em seu art. 5º, inciso XXXV “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a

18. BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b, p. 104.

19. BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b, p. 104.

direito”²⁰. Um verdadeiro mandamento constitucional. Nesse sentido, Theodoro Júnior esclarece o real significado de acesso à justiça:

É de se ter em conta que, no moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional. Por acesso à justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico²¹.

Por isso, o sistema do acesso à justiça diz respeito tanto às questões estruturais dos órgãos judiciais, quanto aos aspectos procedimentais do processo, o que requer a promoção da igualdade para o jurisdicionado conseguir acessar a justiça e se manter firme até a conclusão do feito, sem qualquer tipo de limitação. Ainda segundo o mesmo autor:

Do ponto de vista estrutural, o acesso à justiça exige que concorra, por parte dos órgãos e sistemas de atuação do judiciário, a observância de garantias como: a da impessoalidade e permanência da jurisdição; a da independência dos juízes; a da motivação das decisões; a do respeito ao contraditório participativo; a da inexistência de obstáculos ilegítimos; a da efetividade qualitativa, capaz de dar a quem tem direito tudo aquilo que faz jus de acordo com o ordenamento jurídico; a do respeito ao procedimento legal, que, entretanto, há de ser flexível e previsível; a publicidade e da duração razoável do processo; a do duplo grau de jurisdição; e, enfim, a do “respeito à dignidade humana, como o direito de exigir do Estado o respeito aos seus direitos fundamentais”²².

Portanto, o direito de acesso à justiça fora, sim, institucionalizado com a Constituição Federal de 1988, mas deve-se levar em consideração que não basta a simples promoção do direito, requer, também, a sua promoção efetiva e igualitária. Cunha Júnior conclui que a Constituição de 1988 “proclamou, com isso, a garantia da inafastabilidade da jurisdição,

20. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

21. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – vol. I**. 57 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 74.

22. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil – vol. I**. 57 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 75.

com o que proibiu qualquer lei ou ato limitar o acesso ao judiciário²³. O direito de acesso à justiça já possuía previsão legal antes da Carta de 1988, mas foi somente com esta que houve uma redefinição das suas bases e amplitude.

2.2. O formal e o real em torno do acesso à justiça

Nota-se que o acesso à justiça não tem sido efetivado conforme prometido pela Constituição Federal de 1988, e por diversos diplomas legais, principalmente aos trabalhadores que são considerados a parte hipossuficiente da relação jurídica, pois encontram embaraços ao terem contato direto com os órgãos de justiça. Nessa perspectiva, Bezerra assegura:

Acesso à justiça não se identifica com a mera admissão ao processo, ou possibilidade de ingresso em juízo. Como se verá, para que haja o efetivo acesso à justiça é indispensável que o maior número de pessoas seja admitido a demandar ou a defender-se adequadamente, nos casos de escolha da via judicial, e que haja segurança de suas próprias soluções, nos casos de via extrajudicial²⁴.

Por isso a falta de investimento público na infraestrutura dos órgãos e de profissionais condizentes com a realidade social da classe trabalhadora, tornam o acesso à justiça inefetivo e desigual. Do ponto de vista da dignidade da pessoa humana, a omissão estatal frente a essa questão social fere a Ordem Constitucional introduzida com a redemocratização do País, e atenta contra o Estado Democrático de Direito. Assim, Bezerra adverte:

As barreiras ao acesso à justiça são encaradas como barreiras ao exercício da cidadania e à efetivação da democracia, sobretudo se o acesso for entendido no sentido amplo que envolve, para além da igualdade de acesso à representação por advogado num litígio, também a garantia de efetividade, eficácia, e implementação de direitos... assim, garantir o acesso aos direitos é assegurar que os cidadãos,

23. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 627.

24. BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b, p. 103.

especialmente os socialmente mais vulneráveis, conheçam seus direitos, não se conformem frente a sua lesão e tenham condições de vencer os custos da oportunidade e as barreiras econômicas, sociais e culturais para aceder à entidade que consideram mais adequada para a solução do litígio, seja uma terceira parte da comunidade, uma instância formal não judicial ou os Tribunais Judiciais²⁵.

O acesso à justiça, pois, não se limita à previsão constitucional de inafastabilidade do controle jurisdicional apenas em seu aspecto formal. Constitui um dever do Estado de proporcionar um acesso livre, justo e igualitário para todas as pessoas, livre de quaisquer barreiras, a fim de cumprir sua função social e democrática. E para além disso, os meios e as ferramentas do processo devem ser acessíveis e suficientes para proporcionar ganhos aos atores do embate judicial.

O Estado acertou ao elevar o acesso à justiça como direito fundamental extensível a todos indistintamente, mas isso não foi suficiente para efetivar esse direito aos jurisdicionados em plenitude de igualdade. Ou seja, a mera previsão formal, que desencadeou a igualdade formal de acesso à justiça, não conseguiu abarcar toda a sociedade. A falta de investimento público na infraestrutura dos órgãos de justiça e nos profissionais que atuam nesses órgãos, bem como a omissão do Estado frente a desigualdade das partes do processo trabalhistas, revelam-se um empecilho para o bom funcionamento do sistema, conforme preceitua Santos da seguinte forma:

As reformas de organização e gestão da administração da justiça constituem, hoje, uma das principais apostas das agendas de reforma da justiça em muitos países. No seu lastro está a ideia de que o déficit de organização, gestão e planejamento do sistema de justiça é responsável por grande parte da ineficiência e ineficácia do seu desempenho funcional e muitos desperdícios²⁶.

Dessa forma, no cenário contemporâneo, é possível fazer a seguinte indagação: a quem o acesso à justiça no Brasil é factualmente efetivado nos dizeres dos diplomas legais? Sob a ótica do princípio da igualdade

25. BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b, p. 202.

26. SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 77.

material, o sobredito acesso deveria ser promovido a todos aqueles que necessitam dos órgãos do sistema de justiça, sem embaraços. Contudo, a classe trabalhadora brasileira enfrenta diversos problemas no embate judicial com seus empregadores, principalmente quando o pleito consiste em direito que ainda não possui respaldo legal específico.

O acesso democrático à justiça enfrenta uma análise crítica acerca do seu funcionamento na realidade dos casos concretos, notadamente na contemporaneidade com tantos desafios políticos, econômicos, jurídicos e sociais que perpassam na sociedade. A sua inefetividade é objeto de estudo de estudiosos do direito como Cappelletti e Garth, que são enfáticos ao afirmarem que:

Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez mais pergunta-se como, a que preço e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. Essa indagação fundamental que já produz inquietação em muitos advogados, juízes e juristas torna-se tanto mais perturbadora em razão de uma invasão sem precedentes dos tradicionais domínios do Direito, por sociólogos, antropológicos, economistas, cientistas políticos e psicólogos, entre outros²⁷.

E nos dizeres de Bezerra “entre o formal e o real, entretanto, medeia um abismo. O preceito constitucional permanece como simples promessa a ser cumprida”²⁸. Portanto, o acesso justo e efetivo à justiça requer mais do que o simples contato físico do jurisdicionado aos órgãos da justiça. É necessário, pois, que existam mecanismos de propagação dos direitos e meios de exercê-los de forma efetiva e igualitária, sem discriminação de pessoas e sem empecilhos para promoção. Somente dessa forma existirá um verdadeiro Estado Constitucional Democrático de Direito, que se criva ao respeito e a observância das normas instituídas.

27. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 7.

28. BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do direito no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Uesc, 2008a, p. 111.

3. TRANSFORMAÇÕES DO ACESSO À JUSTIÇA TRABALHISTA E O ESTADO DE EXCEÇÃO AOS DIREITOS SOCIAIS COM A REFORMA TRABALHISTA DE 2017

O trabalho é intrínseco ao homem desde os primórdios, quando o mesmo buscava satisfazer suas necessidades básicas de forma contínua e duradoura, através das mais variadas formas de labor. Por essa razão, pode-se afirmar que o trabalho é tão longo quanto o homem, sendo utilizado como ferramenta de luta pela sobrevivência. Nos dizeres de Leite “o trabalho humano sempre existiu, desde os primórdios da civilização, e, certamente, continuará existindo enquanto houver vida humana neste mundo”²⁹. Isso porque a sociedade necessita dos modos de produção, bens e serviços para a própria subsistência.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos caracterizou o trabalho como um Direito Humano (art. 23), sendo ratificado pelo Brasil como um mandamento do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, IV) e direito fundamental social (CF, art. 6º). E como atividade humana que está sempre em evolução, o trabalho perpassou por diversas transformações ao longo da história.

O processo construtivo do direito do trabalho e, por consequência, da justiça do trabalho, decorreu do conflito de classes. A desigualdade social presente nas figuras do trabalhador versus empregador se revelava como um obstáculo para a efetivação de diversos direitos sociais, entre os quais aqueles que dizem respeito à educação, à saúde, à alimentação, ao próprio trabalho, entre outros. As condições de trabalho eram cada vez mais precárias e o índice de desemprego e de exploração da força humana crescentes. Por isso, a classe trabalhadora começou a se unir em busca de melhores condições laborais e em oposição aos excessos perpetrados pelos detentores do poder econômico.

Os movimentos sociais dos trabalhadores buscavam, então, melhores condições de trabalho e, principalmente, a criação de direitos trabalhistas mínimos para tutelar as relações de trabalho, que era conduzida

29. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 35.

aos árbitros dos patrões. A criação de uma justiça especializada para dispensar maior atenção ao volume de questões trabalhistas oriundas de conflitos laborais também constituía um anseio social.

Com isso, a institucionalização do Direito do Trabalho no Brasil veio a ocorrer em 1943 com a entrada em vigor da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, elevando, dessa forma, o trabalho a um direito social tutelado pelo Estado, e não mais conduzido pelos grandes empresários. Nesse sentido, Delgado afirma que nesse processo de construção do Direito do Trabalho:

O Estado largamente intervencionista que ora se forma estende sua atuação também à área da chamada questão social. Nesta área implementa um vasto e profundo conjunto de ações diversificadas mas nitidamente combinadas: de um lado, através de rigorosa repressão sobre quaisquer manifestações autonomistas do movimento operário; de outro lado, através de minuciosa legislação instaurando um novo e abrangente modelo de organização do sistema justarabalista, estreitamente controlado pelo Estado³⁰.

Assim, o Estado assumiu a obrigação de tutelar um dos direitos sociais mais antigos da sociedade: o trabalho. Para mais, ao levar em consideração a importância de um texto sistematizado de regras trabalhistas, Leite adverte que:

Não se pode deixar de reconhecer que a CLT é o texto legislativo básico do direito do trabalho brasileiro, enriquecido pela legislação complementar e pela Constituição Federal. É claro que há disposições da CLT que devem ser atualizadas para se adequarem à realidade contemporânea, em consonância com o fenômeno da constitucionalização do direito. O ideal seria a edição de um Código Brasileiro do Trabalho, contemplando expressamente os direitos individuais, coletivos e difusos fundamentais dos trabalhadores, o que facilitaria sobremodo as tarefas dos juristas e operadores do direito. Mas, enquanto o legislador ordinário não editar um Código do Trabalho, cabe ao intérprete e aplicador do direito do trabalho promover a realização do projeto axiológico contido na Constituição brasileira de 1988, interpretando e reinterpretando os dispositivos

30. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 109.

consolidados à luz do texto constitucional e dos tratados internacionais de direitos humanos³¹.

Feita essa breve análise da construção histórica do Direito do Trabalho enquanto ramo autônomo do direito, como podemos conceituar esse ramo do direito que está em constante evolução? O mesmo autor leciona que o Direito do Trabalho é:

O ramo da ciência jurídica constituído de um conjunto de princípios, regras, valores e institutos destinados à regulação das relações individuais e coletivas entre empregados e empregadores, bem como de outras relações de trabalho normativamente equiparadas à relação empregatícia, tendo por escopo a progressividade da proteção da dignidade humana e das condições sociais, econômicas, culturais e ambientais dos trabalhadores³².

Ainda, cumpre ressaltar que a função primordial do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador nos diversos meios de labor, notadamente no tocante aos aspectos de saúde, segurança e medicina do trabalho, haja vista os impactos da escravidão humana e sua persistência mascarada em novas modalidades de trabalho. Nessa perspectiva, Cassar destaca o seguinte:

A maior característica do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, seja por meio da regulamentação legal das condições mínimas da relação de emprego, ou de medidas sociais adotadas e implantadas pelo governo e pela sociedade. Logo, seu principal conteúdo abrange o empregado e o empregador. Sob o aspecto do direito coletivo do trabalho, sua maior característica está na busca de soluções e na pacificação dos conflitos coletivos do trabalho, bem como nas formas de representação pelos sindicatos³³.

Assim, muito embora de forma tardia, o Direito do Trabalho conquistou espaço na legislação pátria e a partir de então outras questões sociais passaram a ganhar contorno no mundo jurídico, a exemplo da forma pela

31. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 38.

32. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 43.

33. CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018, p. 24.

qual a classe trabalhadora poderia reivindicar seus direitos na justiça. O acesso à justiça trabalhista passou a ser o foco dos embates jurídicos.

3.1. Breve histórico da justiça do trabalho no Brasil

A Justiça do Trabalho foi criada em 1934 fora do âmbito do Poder Judiciário, tendo sido incorporada a ele pela Constituição Federal de 1946. Com isso, os trabalhadores passaram a reivindicar seus direitos trabalhistas numa justiça especializada e com regras processuais próprias de acordo com a CLT e leis complementares, a fim de denunciar os arbítrios perpetrados há anos contra a classe laboral.

Historicamente, desde a sua criação, a Justiça do Trabalho perpassou por várias transformações no que concerne a sua competência de matéria. Sabe-se que competência é a medida da jurisdição de cada órgão jurisdicional, é o limite para atuação do magistrado. A competência da justiça laboral está prevista no art. 114 da Constituição Federal de 1988 que, antes da Emenda Constitucional 45 de 2004, possuía a seguinte redação:

Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados e da União, e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem como os litígios que tenham origem no cumprimento de suas próprias sentenças, inclusive coletivas. § 1º Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho. § 3º Compete ainda à Justiça do Trabalho executar, de ofício, as contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e h, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir³⁴.

34. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

Ou seja, a competência material da Justiça do Trabalho ainda era limitada e não conseguia abarcar a maioria das controvérsias oriundas das relações de trabalho, porque relação de trabalho é o gênero do qual comporta a espécie relação de emprego, esta, sim, amparada na Carta Política. Contudo, com o advento da Emenda Constitucional 45 de 2004, o art. 114 da Constituição Federal de 1988 passou a prever o seguinte:

Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar: I – as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; II – as ações que envolvam exercício do direito de greve; III – as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores; IV – os mandados de segurança, habeas corpus e habeas data, quando o ato questionado envolver matéria sujeita à sua jurisdição; V – os conflitos de competência entre órgãos com jurisdição trabalhista; ressalvado o disposto no art. 102, I, o; VI – as ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho; VII – as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; VIII – a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; IX – outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, na forma da lei. § 1º – Frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros. § 2º – Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente. § 3º – Em caso de greve em atividade essencial, com possibilidade de lesão do interesse público, o Ministério Público do Trabalho poderá ajuizar dissídio coletivo, competindo à Justiça do Trabalho decidir o conflito³⁵.

Com isso, a mencionada Emenda Constitucional se revelou um grande divisor de águas na Justiça do Trabalho, que ampliou substancialmente sua competência para abarcar não só os litígios advindos da relação de

35. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.

emprego *stricto sensu*, mas, sim, todos aqueles oriundos da relação de trabalho *lato sensu*. Nesse sentido, Martinez esclarece que:

Há normalmente uma relação entre o direito do trabalho e a competência da Justiça do Trabalho. Esta, aliás, durante décadas, dirimiu unicamente conflitos entre sujeitos regidos pela CLT ou por restritas leis extravagantes. Esse modelo, que atribuía competência à Justiça do Trabalho apenas para “conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores, [...] e, na forma da lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho” (destaque não constante do texto original do art. 114 da Constituição), foi expandido pela Emenda Constitucional n. 45/2004, para atribuir ao Judiciário Trabalhista, dentre outras especificadas, a competência para processar e julgar “as ações oriundas da relação de trabalho”³⁶.

Contudo, ao lecionar acerca da ampliação da competência da Justiça do Trabalho, que possibilitou o acesso à justiça trabalhista a um maior número de trabalhadores, Cunha Júnior adverte que:

Não se pode compreender que a expressão “relação de trabalho”, utilizada pela Emenda 45 em substituição a “dissídios individuais e coletivos entre trabalhadores e empregadores” da redação original, alcance qualquer atividade de prestação de serviço sujeita ao Código de Defesa do Consumidor ou ao Código Civil, sob pena de se transformar a Justiça do Trabalho, essencialmente especializada, em uma justiça comum. A relação de trabalho referida pelo inciso I acrescentado pela Emenda ao art. 114 da Constituição é apenas aquela regulada pelo Direito do Trabalho. Assim, o artigo 114, inciso I, da Constituição Federal atribui competência à Justiça do Trabalho para resolver litígios decorrentes de relações de trabalho que envolvam exclusivamente trabalhadores (compreendendo também os servidores públicos celetistas) e empregadores (compreendendo também as entidades de direito público) sujeitos à CLT e legislação trabalhista correlata³⁷.

Pode-se observar que o acesso à justiça no âmbito justtrabalhista passou por transformações materiais e estruturais, a fim de possibilitar cada vez mais o ingresso em juízo de pessoas que tem seus direitos

36. MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 67.

37. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 1027.

trabalhistas lesados. É sabido que a classe trabalhadora ingressa na relação de emprego em desvantagem com relação ao seu empregador, tendo em vista que este detém o domínio econômico e o poder diretivo das atividades laborais, o que faz o trabalhador aceitar condições cada vez menos dignas de trabalho.

Para tentar corrigir essa desigualdade presente na relação de emprego, a doutrina trabalhista prevê diversos princípios básicos favoráveis ao trabalhador, como o princípio da proteção, da continuidade da relação de emprego, da primazia da realidade, da indisponibilidade de direitos trabalhistas, da intangibilidade salarial, entre outros. Nesse sentido, Delgado afirma que:

Toda a estrutura normativa do Direito Individual do Trabalho constrói-se a partir da constatação fática da diferenciação social, econômica e política básica entre os sujeitos da relação jurídica central desse ramo jurídico específico. Em tal relação, o empregador age naturalmente como ser coletivo, isto é, um agente socioeconômico e político cujas ações – ainda que intraempresariais – têm a natural aptidão de produzir impacto na comunidade mais ampla. Em contrapartida, no outro polo da relação inscreve-se um ser individual, consubstanciado no trabalhador que, como sujeito desse vínculo sociojurídico, não é capaz, isoladamente, de produzir, como regra, ações de impacto comunitário. Essa disparidade de posições na realidade concreta fez emergir um Direito Individual do Trabalho largamente protetivo, caracterizado por métodos, princípios e regras que buscam reequilibrar, juridicamente, a relação desigual vivenciada na prática cotidiana da relação de emprego³⁸.

Por isso a disciplina jurídica do direito do trabalho é tão importante para a concretização do atual Estado Democrático de Direito. E, muito embora a normatização dessa área jurídico-social tenha evoluído com inúmeros ganhos para a classe trabalhadora, em 2017 houve, verdadeiramente, um retrocesso social com a edição da Reforma Trabalhista – Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, pautado na retomada do movimento neoliberal de precarização das relações de trabalho.

38. DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012, p. 191.

3.2. Os impactos práticos da Reforma Trabalhista de 2017 e o teletrabalho

A Reforma Trabalhista ocorrida em 2017 concretizou o regime de exceção aos direitos sociais, introduzido no País mesmo diante do Estado Constitucional de Direito, com reflexo direto na saúde do trabalhador e na possibilidade de desenvolvimento de doenças. É possível citar como exemplo disso os diversos dispositivos que foram alterados, revogados ou introduzidos para prejudicar a relação jurídica do trabalhador que, se antes não eram suficientes para tutelar o pleno acesso à justiça trabalhista dessa classe social, após a alteração legislativa dificultou ainda mais. E como toda mudança, essa afetou a saúde dos trabalhadores, na medida em que precarizou o trabalho e abalou as expectativas dos obreiros para com o labor.

São exemplos: a extinção da necessidade de homologação da rescisão e demissão de empregado com mais de 1 ano; revogação do intervalo de 15 minutos para mulher; regulamentação do teletrabalho, excluindo os direitos de horas extras, intervalos, hora noturna e adicional noturno; extinção das horas *in itinere*; equiparação salarial apenas para trabalhadores contemporâneos e do mesmo estabelecimento; exclusão da responsabilidade objetiva em caso de dano extrapatrimonial; entre tantos outros direitos suprimidos.

Contudo, a mudança mais violenta e que afetou diretamente a democratização do acesso à justiça trabalhista foi a exigência de pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais e periciais, ainda que beneficiário da justiça gratuita, caso tenha crédito a receber no processo ou em outro processo, bem como a necessidade de comprovação de insuficiência de recursos para pagamento das custas do processo para que possa ser beneficiário da justiça gratuita. Em resumo, Cassar e Borges lecionam que:

O beneficiário da gratuidade de justiça também deverá pagar os honorários advocatícios, que serão arcados pelos créditos que ganhou naquele ou em outro processo. Se não houver crédito a receber suficiente para pagar o advogado ex adverso, a obrigação só será extinta se o credor não conseguir provar que, após dois anos (época em que a exigibilidade dos honorários fica suspensa), a situação de hipossuficiência econômica deixou de existir. A regra é similar àquela

prevista no art. 98 do CPC, estando a diferença no prazo, pois no CPC o prazo de suspensão é de cinco anos e no processo do trabalho é de dois anos (§ 3o do art. 98 do CPC)³⁹.

A Lei 13.467/2017 regulou o teletrabalho e excluiu os trabalhadores submetidos a tal regime das regras concernentes à duração do trabalho (capítulo II da CLT), o que, substancialmente, causou um retrocesso social na legislação trabalhista – com nítido regime de exceção à classe dos trabalhadores. Sobre isso, Gabriela Delgado e Helder Amorim esclarecem a retomada do movimento de precarização da legislação trabalhista com o ideal neoliberal difundido no País a partir de 2016:

O movimento neoliberal de desregulamentação do trabalho ensaiado na década de 1990, no Brasil, retornou com força a partir de 2016, desencadeando as reformas trabalhistas iniciadas com a Lei n. 13.429/2017, que generalizou a terceirização de serviços; depois, na Lei n. 13.467/2017, que implantou a maior reforma flexibilizadora da CLT em mais de setenta anos, alterando e revogando mais de uma centena de dispositivos legais, e na Medida Provisória (MP) n. 881/2019 (MP da Liberdade Econômica), convertida na Lei n. 13.874/2019, que aprofundou a flexibilização do controle de jornada de trabalho⁴⁰.

Em síntese, o direito do trabalho é marcado por uma série de modificações legislativas que objetivam, cada vez mais, precarizar as relações laborais, mesmo na égide do Estado Constitucional Democrático de Direito. Com relação ao teletrabalhador, com sua exclusão do capítulo II da CLT, o mesmo perde direitos decorrentes dos institutos como jornada de trabalho, horas suplementares e/ou extraordinária, bem como de intervalos trabalhistas, pelo menos formalmente. Nessa linha de intelecção, Godinho e Gabriela Delgado sustentam que:

A segunda observação a ser feita é no sentido de lembrar que a Lei n. 13.467/2017 inseriu os empregados em regime de teletrabalho

39. CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017, p. 100.

40. DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A legislação pandêmica e o perigoso regime de exceção aos direitos fundamentais trabalhistas. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, EDIÇÃO ESPECIAL – DOSSIÊ COVID-19, 2020, p. 2. Disponível em: <http://revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/80/48>. Acesso em: 05 out. 2020.

dentro da excludente do art. 62 da CLT, que se refere à não aplicação, aos trabalhadores ali referidos (incisos I, II e III do art. 62), das regras concernentes à duração do trabalho. Tais empregados, portanto, laborando em contexto que toma difícil ou até mesmo inviável o controle de jornada, não recebem a incidência de regras sobre duração do trabalho, horas extras/suplementares, intervalos trabalhistas, etc⁴¹.

Dessa forma, os trabalhadores em regime de teletrabalho não estão abrangidos pelo capítulo da duração do trabalho, o que retira a possibilidade de pagamento de horas extras por excesso de jornada ou até mesmo o pagamento de adicional noturno, causando, assim, uma diminuição significativa no salário do empregado. A justificativa legal para tal inovação legislativa foi a dificuldade do empregador manter a fiscalização e o controle estrito da jornada de trabalho, ante a ampla liberdade que o teletrabalhador ostenta no serviço remoto, longe das lentes de inspeção. Contudo, transferir o ônus dessa dificuldade para o trabalhador, que em muitos casos é coagido a migrar ou ingressar no teletrabalho, revela o verdadeiro estado de exceção aos direitos fundamentais dos obreiros imbuído do movimento neoliberal.

E tudo isso abre margem para o adoecimento dos trabalhadores e acidentes do trabalho, ou seja, crescer cada vez mais entre os trabalhadores que laboram remotamente, tendo em vista as ferramentas do teletrabalho serem mais propícias ao desenvolvimento de agentes estressores do trabalho. A um, porque no trabalho remoto não há limitação da jornada em termos práticos, com horário de início e de término, e separação do ambiente de labor do de descanso e lazer em família, o que sobrecarrega o trabalhador até o estresse. A dois, porque no teletrabalho há uma cobrança acentuada por produtividade para que o serviço atinja pontos estratégicos cada vez mais alto, o que também sobrecarrega o obreiro a ponto de incorrer em doenças e acidentes do trabalho. Ademais, a perda de direitos como adicional noturno e horas extras também desequilibra a relação de trabalho a ponto de impactar a remuneração do trabalhador e, também, a sua saúde mental.

41. DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**: com os comentários à Lei nº 13.467/2017. São Paulo: LTr, 2017, p. 138.

Muito embora a Reforma Trabalhista de 2017 tenha feito essa restrição de direitos na Consolidação das Leis do Trabalho para o teletrabalhador, é importante salientar que, na prática, tem-se adotado o entendimento de que se for possível o controle de jornada desse obreiro, não será aplicado o comando do art. 62, inciso III, da CLT. Mas, nesse caso, a prova dessa fiscalização tem de ser realizada pelo autor da reclamação trabalhista, o empregado, o que dificulta o mesmo requerer seus direitos, tendo a vista as implicações jurídicas e práticas que o autor da ação pode sofrer (honorários sucumbenciais, custas processuais e coação do empregador). Para Bezerra Leite:

A Lei 13.467/2017 acrescentou ao art. 62 da CLT o inciso III, excluindo do regime de limitação da duração da jornada "os empregados em regime de teletrabalho". Parece-nos que essa nova disposição acaba por discriminar o trabalhador a distância como se sua jornada não pudesse ser controlada, a exemplo daqueles empregados que exercem atividade externa. A nosso ver, se houver possibilidade de controle de jornada do regime de teletrabalho ou trabalho a distância, não se aplica a regra do novel inciso III do art. 62 da CLT⁴².

Desse modo, existe essa possibilidade (levantada pela doutrina e pela jurisprudência) de contornar tal limitação aos direitos trabalhistas do teletrabalhador, quando é previsto formalmente sua exclusão do capítulo de duração do trabalho pela CLT, mas que se faz necessário o ajuizamento de reclamação trabalhista pelo trabalhador, que, na realidade fática, sente-se coagido a não avançar nessa empreitada processual por medo da demissão ou de não conseguir outro emprego formal. Para mais, até se alcançar êxito na ação trabalhista, o teletrabalhador sofre com a diminuição do seu salário mês a mês quando migra do serviço presencial para o remoto, ou no caso daqueles que já iniciam seu vínculo remotamente, e não recebem a contraprestação devida por horas excedidas ou adicional por horário noturno.

Essas regras fragilizaram ainda mais a confiança do trabalhador em ver sua tutela ser satisfeita pelo Poder Judiciário Trabalhista, haja vista que o medo de sucumbir na sua pretensão torna o acesso à justiça uma

42. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 484.

utopia para a parte hipossuficiente da relação de trabalho. Nesse sentido, Santos e Hajel Filho esclarecem que:

O que importa é compreender que essa nova regra muda substancialmente a essência do processo do trabalho, o qual permitia o fácil acesso à Justiça do Trabalho. Inicia-se uma fase na qual os atores do contrato de trabalho pensarão em provocar o Judiciário com maior cautela, posto que daqui para o futuro o custo financeiro de um processo será, de certa forma um obstáculo; as regras para a concessão da gratuidade da justiça estão mais rigorosas (lembrem-se que não há mais a possibilidade da mera declaração de hipossuficiência, devendo a parte comprovar a sua vulnerabilidade financeira) e agora impera a regra dos honorários sucumbenciais. Dessa feita, empregados e empregadores sofrerão os impactos dessa nova norma⁴³.

Ou seja, apesar do direito de acesso à justiça ser um mandamento fundamental, com respaldo constitucional, é inegável que com a Reforma Trabalhista, e até mesmo antes dela, há uma gama de limitações para a efetividade desse acesso, como as altas custas procedimentais; a dificuldade para conseguir o benefício da justiça gratuita; os honorários advocatícios sucumbenciais para o trabalhador que já se encontra em inferioridade na relação jurídica; o desconhecimento acerca dos seus direitos, entre outros.

O alto custo para o trabalhador, principalmente se for sucumbente, constitui relevante barreira ao acesso à justiça. Ademais, a despesa individual com honorários advocatícios configura-se um importante empecilho, tendo em vista que a capacidade econômica da parte influencia diretamente nas vantagens estratégicas que esta terá no processo, mesmo havendo a possibilidade de postular na Justiça do Trabalho sem advogado.

Portanto, o acesso à justiça trabalhista iniciou-se numa fase sombria, de total desamparo legal, em seguida conquistou respaldo legal com a institucionalização do direito do trabalho e ampliação da competência da Justiça do Trabalho e, por fim, houve um retrocesso social com a Reforma Trabalhista de 2017, que continua a implementar regras de exceção aos direitos trabalhistas e impactar a saúde dos trabalhadores,

43. SANTOS, Enoque Ribeiro dos. HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 340.

que ficam mais propícios a doenças e acidentes do trabalho. Assim, o acesso à justiça ainda precisa ser aprimorado e segue em busca de sua plena e efetiva promoção em igualdade para todos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primeiramente, observou-se que houve um longo e importante processo de institucionalização do acesso à justiça no Brasil, sob uma perspectiva inclusiva e democrática, a fim de resolver os conflitos sociais, notadamente aqueles oriundos das relações de trabalho pelo Poder Judiciário Trabalhista e demais órgãos do sistema de justiça. Foi necessário, então, uma mudança na promoção da igualdade, que passou do pensamento formalista para o substancial, como maneira de efetivar a justiça a todos os jurisdicionados.

Notou-se, também, que o acesso à justiça ainda é um instituto jurídico que precisa ser remodelado na sua aplicação, como forma de concretizar suas diretrizes conforme prometido pela Constituição Federal de 1988, isto é, a salvaguarda do Poder Judiciário para a solução de questões oriundas de lesão ou ameaça de lesão a direito. Mais que sua previsão constitucional e legal, conclui-se que é necessário garantir os meios de acesso em paridade de armas, notadamente em relações que já começam em desequilíbrio, como as relações trabalhistas.

Constatou-se, outrossim, que a Justiça do Trabalho perpassou por diversas transformações ao longo da história até sua reforma institucional com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que ampliou substancialmente a competência material dessa justiça para dirimir não só as questões oriundas da relação de emprego, como também as decorrentes das relações de trabalho. Contudo, mesmo após as transformações que ocorreram no âmbito justralhista, em 2017, a Reforma Trabalhista materializou o estado de exceção neoliberal aos direitos sociais trabalhistas, com a edição e alteração de normas que prejudicaram a figura do trabalhador/empregado.

Em síntese conclusiva, pode-se afirmar que é preciso uma revolução democrática do direito e do pensamento jurídico, a fim de dar efetividade às normas trabalhistas e não permitir o desrespeito e o retrocesso

social das normas trabalhistas, com base no direito constitucionalizado do trabalho, e com finco no Estado Democrático de Direito introduzido pela Carta Constitucional de 1988.

REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **A produção do direito no Brasil**. 2. ed. rev. e ampl. Ilhéus: Uesc, 2008a.
- BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008b.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jul. 2020.
- BRASIL. Decreto-Lei 5.452, de 1 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 15 jul. 2020.
- CAIRO JR, José. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CASSAR, Vólia Bomfim. BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.
- CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho**. 6. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRIONOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. rev. ampl. São Paulo: Malheiros editores, 2015.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.
- DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. A legislação pandêmica e o perigoso regime de exceção aos direitos fundamentais trabalhistas. **Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano**, Campinas, EDIÇÃO ESPECIAL – DOSSIÊ COVID-19, 2020, p. 2. Disponível em: <http://>

revistatdh.org/index.php/Revista-TDH/article/view/80/48. Acesso em: 05 out. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017**. São Paulo: LTr, 2017, p. 138.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. HAJEL FILHO, Ricardo Antonio Bittar. **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **Princípio constitucional da igualdade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil - vol. I**. 57 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CAPÍTULO VIII

A (in)viabilidade das candidaturas sem filiação partidária no ordenamento jurídico brasileiro¹

*Arnaldo José de Macedo Junior**

RESUMO: o presente artigo se propõe a analisar a (in) viabilidade de candidaturas sem filiação partidária no ordenamento jurídico pátrio. Diante de um contexto de crise de representatividade, no qual é levantado a existência de possível conflito entre a Convenção Americana dos Direitos Humanos (CADH) e a exigência de filiação partidária como condição de elegibilidade pela Constituição Federal de 1988. Utiliza-se para a realização da pesquisa, a revisão bibliográfica, com abordagem qualitativa e interdisciplinar. A partir do estudo, se conclui pela viabilidade das candidaturas avulsas, contudo, por meio de emenda constitucional, a fim de se evitar o ativismo judicial.

PALAVRAS-CHAVE: Candidaturas sem filiação partidária. Democracia. Partidos políticos. Direito eleitoral.

ABSTRACT: This article aims to analyze the (in)feasibility of candidacies without party affiliation in the Brazilian legal system. In a context of representativeness crisis, in which the existence of a possible conflict between the American Convention on Human Rights (ACHR) and the requirement of party affiliation as a condition of eligibility under the 1988 Federal Constitution is raised. to carry out the research, the literature review, with a qualitative and interdisciplinary approach. Based on the study, the feasibility of individual candidacies is concluded, however, through a constitutional amendment, in order to avoid judicial activism.

KEYWORDS: Applications without party affiliation. Democracy. Political parties. Electoral law.

(*) Graduando em Direito pela Universidade Salvador (UNIFACS).

1. O presente artigo é resultado das discussões ocorridas no âmbito de Direito Eleitoral na Contemporaneidade, sob a orientação da Profa. Renata Mendonça, na Escola Superior da Advocacia da Bahia (ESA/BA).

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Democracia representativa e direitos políticos, 2.1. Sistema eleitoral pátrio, 2.2. Condições de elegibilidade no texto constitucional; 3. Partidos políticos e crise de representatividade; 4. Análise sob a ótica da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH); 5. Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, estabeleceu a filiação partidária como condição para elegibilidade, sendo assim, é necessário comprovar a filiação a algum partido político no momento do registro da candidatura (BRASIL, 1988). Até esse ponto, é latente a impossibilidade das candidaturas avulsas.

O Brasil tem enfrentado um estado de descrença em relação aos partidos políticos e a sua função no estado democrático de direito. O contexto de insatisfação trouxe as candidaturas avulsas ou independentes, como alguns preferem chamar, ao bojo das discussões, como uma alternativa diante da incredibilidade dada aos partidos políticos pelos cidadãos.

O assunto ganhou contornos ainda maiores, quando em 05 de outubro de 2017, foi admitida pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, a repercussão geral do ARE: 1054490 RJ, sendo invocado a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) ou Pacto de São José da Costa Rica, como marco legal para a admissibilidade das candidaturas avulsas em eleições majoritárias.

Nessa perspectiva, diante da relevância do tema, percebe-se a necessidade de responder a seguinte pergunta: no ordenamento jurídico brasileiro, são viáveis as candidaturas independentes? Refletindo nos capítulos de que forma o reconhecimento desse direito pode repercutir na participação política dos cidadãos.

No capítulo 2, são abordadas noções sobre democracia representativa e direitos políticos. e a sua relação, também são feitas considerações sobre o atual sistema eleitoral e a filiação partidária, enquanto condição de elegibilidade esboçada na Constituição.

No capítulo 3, são estudados os partidos políticos e a função no estado democrático, abordando a crise de representatividade instalada nos dias atuais, provocada por diversos fatores.

E por fim, no capítulo 4, é realizada uma análise das candidaturas independentes à luz da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), a qual o Brasil é signatário.

Em relação ao percurso metodológico, trata-se de revisão bibliográfica, com abordagem qualitativa. A pesquisa percorre itinerários de interdisciplinaridade com áreas do saber correlatas (HENRIQUES; MEDEIROS, 2017).

2. DEMOCRACIA REPRESENTATIVA E DIREITOS POLÍTICOS

Etimologicamente, a palavra democracia tem origem grega, de autoria do historiador Heródoto (NAUROSKI, 2020). A partir da conformação das palavras “*demos*”, traduzida como povo, e “*kratos*”, que designa poder. Juntas essas palavras formam “*Demokratia*”, sendo assim, a democracia é o poder que advém do povo (SILVA, 2011; GOMES, 2020).

A relação entre democracia e direitos políticos é nítida, posto que a primeira é imprescindível para a existência do segundo. Para José Jairo Gomes (2020, p. 5) os direitos políticos são “as prerrogativas e os deveres inerentes à cidadania. Englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado.” Em curtas palavras, é o direito de votar (capacidade eleitoral ativa) e ser votado (capacidade eleitoral passiva).

Na antiguidade grega, vigorou o modelo de democracia direta, as decisões políticas eram debatidas na Ágora, modelo que em tese, era pautado na liberdade para o exercício da política ou dos direitos políticos, contudo, esses direitos eram exercidos apenas por sujeitos específicos: os homens livres (BONAVIDES, 2017). Mesmo havendo essa restrição de direitos políticos a um determinado grupo social, os “homens livres”, vê-se que foi no berço da Grécia antiga que as primeiras noções sobre cidadania foram desenhadas (BOEHS, 2020).

Com as mudanças ocorridas no tecido social e a transformação cultural, adveio também, a necessidade que fossem criados novos meios para que os indivíduos participassem da vida política. A democracia indireta ou representativa se insere nesse contexto, segundo a qual, através do

voto, os cidadãos elegem àqueles que os representarão na condução de decisões nas esferas governamental e legislativa (GOMES, 2020).

Na contemporaneidade, a conceituação de democracia pressupõe que haja a conformação entre liberdade e igualdade, nesse sentido, entendeu José Jairo Gomes (2020, p. 63):

Os valores liberdade e igualdade necessariamente participam da essência da democracia. A liberdade denota o amadurecimento de um povo, que passa a ser artífice de seu destino e, consequentemente, responsável por seus atos. Já não existe um ser divino a quem se possa ligar o direito de exercer a autoridade estatal, de sorte a legitimá-la. É o próprio povo, soberano, que se governa. De outro lado, a igualdade significa que a todos é dado participar do governo, sem que se imponham diferenças artificiais e injustificáveis como a origem social, a cor, o grau de instrução, a fortuna ou o nível intelectual.

No Brasil é adotado o modelo de democracia semi-indireta ou participativa, sendo possível observar a coexistência das duas formas de democracia existentes, a democracia direta, quando latente a participação da sociedade por meio de plebiscito ou referendo; e a democracia indireta, periodicamente, quando surge a necessidade de escolha de novos representantes para o exercício da tomada de decisões na órbita governamental ou legislativa (MACHADO, 2018).

A democracia participativa é resultado da evolução cultural intercorrida nas cidades, estados e países, pautada na necessidade de participação de todos os sujeitos nas decisões políticas, situação ampliada com o advento tecnológico, uma vez que a convivência em sociedade, pressupõe que todos os cidadãos estejam comprometidos à vida política (WEISSANN, 2020).

2.1. Sistema eleitoral pátrio

O termo sistema eleitoral fiz respeito “ao conjunto de normas, procedimentos e mecanismos que convertem votos em cadeiras legislativas ou postos executivos”, enquanto que sistema partidário faz menção a quantidade de partidos possíveis em um determinado estado (MOTTA, 2019, p. 439).

Robert Dahl (2001, p. 147) ao dar contorno a relevância do tema, perfilha o seguinte:

Provavelmente, nenhuma instituição política molda a paisagem política de um país democrático mais do que seu sistema eleitoral e seus partidos. Nenhuma apresenta variedade maior. As variações são imensas, a tal ponto que um cidadão, conhecedor do sistema partidário e dos arranjos eleitorais de seu país, poderá achar incompreensível o panorama político de outro país ou, se compreensível, nada atraente.

Atualmente se tem ciência da existência de três sistemas eleitorais: o majoritário, o proporcional e o misto, de acordo, obviamente, com a legislação de cada estado (GAMBA, 2019). No Brasil, a Constituição Federal adotou apenas os sistemas majoritário (presidente da república, governadores, prefeitos e senadores) e proporcional (deputados federais, deputados estaduais e vereadores) para a realização das eleições periódicas (BRASIL, 1988).

Para Alexandre de Moraes (2013), o sistema majoritário é semelhante ao sistema original da democracia representativa, uma vez que legitima o candidato eleito a partir da votação da maioria da população, sendo importante por favorecer a alternância do poder devido a um acentuando desenvolvimento da oposição que deseja concorrer em tempos futuros.

Em contrapartida, o sistema também possui pontos negativos, posto que não consegue representar de forma adequada as vontades dos variados grupos que compõem o corpo social, como é o caso das minorias (MORAES, 2013).

O sistema proporcional de votos, para Robert Dahl (2001, p. 148) tem como escopo:

[...] produzir uma correspondência bastante aproximada entre a proporção do total de votos lançados para um partido nas eleições e a proporção de assentos que o partido obtém na legislatura. Por exemplo, um partido com 53% dos votos ganhará 53% dos assentos. Esse tipo de arranjo, em geral, é conhecido como sistema de representação proporcional – ou RP.

Nesse sentido, é possível observar que o sistema proporcional de votos impacta positivamente na pluralidade democrática, pois a partir do aproveitamento dos votos é viabilizado as minorias a representação

políticas, grupo afetado pelo sistema majoritário, favorecedor da vontade da maioria (GAMBA, 2019).

Dalmo de Abreu Dallari (1998) se contrapõe a esse argumento e critica como “inautenticidade de representação”, no pensamento do autor, o sistema proporcional ainda não foi capaz de assegurar efetivamente a representação política das minorias, pois isso não seria suficiente para colocar em prática as ideias de um grupo minoritário em meio a imensa quantidade de representantes de outros partidos.

2.2. Condições de elegibilidade no texto constitucional: a filiação partidária

A norma constitucional estabelece um mínimo de condições para àqueles que desejam participar do processo eleitoral, no entendimento de Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (p. 114, 2018) “a elegibilidade significa que alguém está no exercício dos direitos políticos passivos e preencheu os requisitos constitucionais e legais para se candidatar a um determinado cargo eletivo”.

Agiu corretamente o legislador, ao prever o rol dos direitos políticos como taxativo. Partindo da ideia que a democracia participativa pressupõe a ampliação de direitos políticos, qualquer hiato à regulamentação posterior da matéria daria óbice para entendimentos cerceadores das condições de elegibilidade, assim, de limitação dos direitos políticos e da participação dos cidadãos no processo eleitoral (VELLOSO; AGRA, 2020).

Esse mínimo de condições para a elegibilidade, estão disciplinadas no artigo 14, parágrafo 3º, incisos I-VI, da Constituição Federal, e dizem respeito a nacionalidade brasileira; pleno exercício dos direitos políticos; alistamento eleitoral; domicílio eleitoral no local onde se dará a candidatura; filiação partidária e idade mínima (BRASIL, 1988).

A filiação partidária é o “vínculo jurídico estabelecido entre um cidadão e a entidade partidária” (GOMES, 2020, p. 220). A lei 9.096/96, conhecida como “lei dos partidos políticos” regula a matéria em questão, e nos artigos 16º e 17º, estabelece ao cidadão que deseja se filiar nos partidos, que esteja em gozo dos direitos políticos e atenta as regras postas por estes (BRASIL, 1995).

3. PARTIDOS POLÍTICOS E CRISE DE REPRESENTATIVIDADE

Muito embora tenham atuação no âmbito do direito público, o artigo 44 do Código Civil, inciso V, elucida que os partidos políticos são pessoas jurídicas de direito privado (BRASIL, 2002). Na definição de Carlos Mário da Silva Velloso e Walber de Moura Agra (2020, p. 159), os partidos políticos são:

[...] organismos sociais estruturados, com a finalidade de organizar as forças em torno de um ideário político para disputar o poder na sociedade. Difundem sua ideologia política para conseguir adeptos e tentam contribuir para o direcionamento das políticas públicas.

Os partidos são, portanto, uma forma de assegurar de maneira organizada a participação da população na democracia, através da intermediação das suas demandas com o estado (GAMBA, 2019). Paulo Bonnavides (2017, p. 450-451) ao analisar os diversos conceitos de partidos políticos, chega à conclusão há de comum em todos esses a presença de:

- a) um grupo social;
- b) um princípio de organização;
- c) um acervo de ideias e princípios, que inspiram a ação do partido;
- d) um interesse básico em vista: a tomada do poder; e
- e) um sentimento de conservação desse mesmo poder ou de domínio do aparelho governativo quando este lhes chega às mãos.

Raquel Cavalcanti Ramos Machado (2018) destaca o caráter essencial dos partidos políticos em uma democracia. No mesmo sentido ensina Reinaldo Dias (2013, p. 191) ao dizer que “o fato incontestável é que hoje em dia não é concebível a democracia sem partidos.”

Por outro lado, é perceptível a existência de descrença nos partidos políticos, fato evidenciado pelo comportamento do eleitorado na escolha com base em atributos pessoais, em detrimento dos objetivos do partido a qual o candidato está filiado (QUADROS, 2020).

Nesse mesmo sentido, Renata El-Deir Costa Coutinho (2013) reconhece os partidos políticos como fundamentais à democracia representativa, desde que estejam consonantes ao que busca a população, contudo, percebe que há um enfraquecimento destes como resultado da personalização das campanhas eleitorais.

A descrença e o conseqüente enfraquecimento dos partidos políticos contribuem para os argumentos daqueles que defendem as candidaturas avulsas ou independentes. Todavia, a motivação para isso não reside exclusivamente nesses dois aspectos apresentados, mas também na ausência de adequação às ideologias dos partidos existentes, pelos que desejam se candidatar (GAMBA, 2019).

Outra questão relevante que pode elucidar a crise de representatividade, reside na ausência de representatividade na própria base interna dos partidos, assim, notadamente, enquanto apenas alguns deterem o poder nos processos decisórios (os dirigentes), estará o partido dissonante da vontade dos cidadãos (COUTINHO, 2013). Reinaldo Dias (2013, p. 219) acrescenta que as crises nos partidos “podem ser provocados por resultados eleitorais péssimos, por divisões internas, desorganização, dificuldades financeiras e corrupção.”

Em matéria publicada pelo site G1, em 09 de dezembro de 2019, na coluna “Política”, foi noticiado o caso das candidaturas avulsas e a defesa por alguns parlamentares, como é o caso de Janaina Paschoal, atualmente deputada pelo estado de São Paulo. Para a deputada “criaram a falácia, e a repelem, de que o fortalecimento da democracia depende do fortalecimento dos partidos. Mas a democracia segue se esfalecendo”, notadamente, assevera que houve a criação de um “cartel” de candidaturas, com o objetivo de impedir o livre exercício dos direitos políticos pelos cidadãos (D’AGOSTINO, 2019).

Conforme salienta Reinaldo Dias (2018, p. 220), os partidos políticos na contemporaneidade:

(...) não conseguem se impor como instrumentos de formação de determinada consciência coletiva, devido a vários fatores, principalmente a que os fatores de diferenciação social não se limitam à ideologia ou religião, havendo múltiplos interesses dispersos e que muitas vezes não se expressam através dos partidos. As mudanças econômicas e sociais dos últimos anos também afetam a forma de organização partidária. Os partidos atualmente parecem ter mais interesses próprios como organizações autônomas do que representantes de determinado interesse social. Os partidos se caracterizam pela diminuição da consistência ideológica, maior peso nas decisões da elite dirigente com a conseqüente diminuição do papel dos militantes de base e uma presença maior de múltiplos grupos de interesse.

Karolina Mattos Roeder e Sérgio Braga (2017) apontam que enquanto alguns partidos comandam bancadas poderosas na participação política, outros que tem menor peso no sistema, apenas disputam as eleições com intuito de fortalecimento do partido para eventos futuros, assim, apresentam menor relevância do ponto de vista político.

Muito embora os partidos políticos gerem controvérsia, quando se fala em democracia participativa, em um ponto grande maioria há de concordar, os partidos políticos surgiram com objetivo de intermediar os anseios e necessidades da sociedade perante as esferas governamental e legislativa (GOMES, 2020; COUTINHO, 2013).

4. ANÁLISE SOB A ÓTICA DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CADH)

A discussão sobre a (in) constitucionalidade das candidaturas avulsas chegou ao Supremo Tribunal Federal em 05 de outubro de 2018, por meio do ARE 1054490 RJ, ao qual foi atribuída a repercussão geral.

Teses defensoras das candidaturas avulsas têm invocado a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, como alguns preferem chamar, a qual o Brasil é signatário (CADH, 1969). Muito embora não haja previsão expressa no referido tratado sobre as candidaturas sem filiação partidária.

Nesse pacto, o artigo 23 é dedicado aos direitos políticos, sendo assegurada a participação política dos cidadãos direta ou indiretamente, que compreende: o sufrágio universal por voto secreto, o direito de votar e de ser votado em eleições periódicas, e o acesso em iguais condições às funções públicas para todos (CADH, 1969).

O aludido dispositivo dispõe que podem ser regulados os direitos políticos por motivos de “idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal.” (CADH, 1969, online). Obviamente, não há menção a obrigatoriedade da filiação partidária como motivo para restrição dos direitos políticos, é nesse contexto que surge a divergência de possível violação aos termos da Convenção Americana dos Direitos Humanos, já

que o Brasil elegeu a filiação partidária como condição de elegibilidade (FERREIRA; CONCI, 2018).

Contudo, não são todos que defendem a invocação do tratado como justificativa para as candidaturas avulsas, nesse sentido, Luiz Gonçalves (2018, p. 92):

De toda forma, a permissão de candidaturas avulsas passa por reforma constitucional, tendo em vista que o art. 14 da Constituição exige a filiação partidária como condição de elegibilidade. A tentativa de superar esse óbice com a invocação do Pacto de São José da Costa Rica nos parece equivocada. A interpretação de que o rol de restrições que ele permite para o acesso aos cargos eletivos seja “taxativo” não nos parece a melhor, desde que não se deixe os marcos do pluralismo político e das liberdades.

Conforme ensina Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2018), interpretar o rol de restrições dos direitos políticos da Convenção Americana de Direitos Humanos, como taxativo, não é a melhor via para àqueles que defendem a constitucionalidade das candidaturas avulsas.

José Jairo Gomes (2020, p. 223) propõe ser fundamental pensar de que forma o reconhecimento do direito às candidaturas avulsas pode refletir no atual sistema eleitoral:

Mesmo que se restringisse às eleições majoritárias, a candidatura avulsa não seria viável senão com inúmeras limitações. Isso porque o funcionamento do sistema político brasileiro requer a intermediação de partidos políticos. Entre outras coisas, basta pensar no seguinte: (i) a distribuição de cadeiras nas Casas Legislativas depende da apuração dos quocientes eleitoral e partidário (CE, arts. 106 e 107); (ii) a distribuição dos recursos do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) é feita entre os partidos políticos (LE, art. 16-D), (iii) o direito de acesso *gratuito* ao rádio e à televisão só é concedido a partidos políticos (CF, art. 17, § 3º).

Há concordância quando se pensa na possibilidade das candidaturas sem filiação partidária por meio de emenda constitucional, contudo, acionar o Poder Judiciário para adentrar o mérito da questão adentra outros campos aquém do controle de constitucionalidade, constitui mero ativismo. Isso porque a Convenção Americana de Direitos Humanos é normativa infraconstitucional, enquanto a exigência de filiação partidária é norma constitucional (VASCONCELOS; SILVA, 2020).

5. CONCLUSÃO

Ante o estudo realizado, se verificou a importância da participação dos cidadãos na escolha de seus representantes, desde que estejam em condições de liberdade e igualdade, assim, a democracia representativa é a melhor via para o pleno exercício dos direitos políticos.

Nesse contexto, se percebe que os partidos políticos enquanto mediadores entre a sociedade e o estado são indispensáveis para o perfeito funcionamento e fortalecimento da participação dos cidadãos nas decisões políticas. Contudo, as evidências de desvio funcional dos anseios da população em busca dos objetivos próprios e os problemas de organização interna, tem provocado insatisfação e incredibilidade popular à função inicialmente pensada pelo Legislador, dando causa à crise de representatividade.

Ante o estudo da normativa vigente, vê-se que o legislador ao estabelecer a filiação partidária como requisito indispensável para a participação cidadã no processo eleitoral, no âmbito Constitucional, criou impedimento legal para as chamadas candidaturas avulsas.

Ao analisar a Convenção Americana de Direito Humanos (CADH) também denominado Pacto de São José da Costa Rica, verificou-se que não constitui a melhor dialética para a defesa das candidaturas avulsas/independentes, dado que a ausência da filiação partidária no rol de direitos políticos que podem ser regulados pelos países signatários à convenção, não impossibilita que a legislação brasileira imponha, constitucionalmente, como condição de elegibilidade.

Ainda assim, o estudo conclui pela viabilidade das candidaturas avulsas/independentes no ordenamento jurídico brasileiro, todavia, a questão deve passar por emenda constitucional, pois pensar na viabilidade das candidaturas avulsas/independentes a partir do argumento de inconstitucionalidade da exigência da filiação partidária na Constituição Federal, como alguns autores tem apontado, traduz genuíno ativismo judicial.

O presente trabalho não pretendeu esgotar o tema, até mesmo porque o recorte teórico utilizado para o enfrentar o problema de pesquisa e os objetivos propostos, não permitem analisar toda a literatura

contemporânea existente sobre a temática. A intenção principal é de levantar reflexões em torno da (in) viabilidade das candidaturas avulsas no Brasil e os impactos na participação cidadã na democracia.

REFERÊNCIAS

- BOEHS, Carlos Gabriel Eggert. **Democracia, cidadania e políticas públicas**. Curitiba: Contentus, 2020.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 de junho de 2021.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em 20 de junho de 2021.
- BRASIL. **Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995 – Dispõe sobre partidos políticos, regulamenta os arts. 17 e 14, § 3º, inciso V, da Constituição Federal**. Diário oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 20 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19096compilado.htm. Acesso em: 20 de junho de 2021.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção americana de direitos humanos (CADH)**: Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 29 de junho de 2021.
- COUTINHO, Renata El-Deir Costa. A democracia interna e os partidos políticos brasileiros. In: MIRANDA, J. (org.); MACHADO, J. F. (coord.). **Direito constitucional e democracia**. Curitiba: Jaruá, 2013.
- D'AGOSTINO, Rosanne. **Supremo debate em audiência possibilidade de candidatura avulsa nas eleições**. Brasília, 09 de dez. de 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/google/amp/politica/noticia/2019/12/09/supremo-debate-em-audiencia-possibilidade-de-candidatura-avulsa-nas-eleicoes.ghtml>. Acesso em: 01 de mar. de 2021.
- DAHL, Roberto A. **Sobre democracia**: tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 2001.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

- DIAS, Reinaldo. **Ciência política**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FERREIRA, M. R. P.; CONCI, L. G. A. As candidaturas avulsas, o sistema interamericano de direitos humanos e o estado de partidos. *In*: FUX, L. (coord.); FERREIRA, L. F. C. (coord.); AGRA, W. M. (coord.); PECCININ, L. E. (org.). **Direito partidário**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- GAMBA, João Roberto Gorini. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Atlas, 2019.
- GOMES, José Jairo. **Direito eleitoral**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2020.
- GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Direito eleitoral**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Direito eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MORAES, Alexandre de. **Presidencialismo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MOTTA, Sylvio. **Direito Constitucional: teoria, jurisprudência e questões**. 28. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.
- NAUROSKI, Everson Araujo. **Democracia, cidadania e sociedade civil**. Curitiba: Contentus, 2020.
- QUADROS, Doacir Gonçalves de. **Pensamento político contemporâneo**. Curitiba: Contentus, 2020.
- ROEDER, Karolina Mattos; BRAGA, Sérgio. **Partidos políticos e sistemas partidários**. Curitiba: InterSaber, 2017.
- SILVA, Taíza Alves da. **Norberto Bobbio e a questão democrática: encruzilhadas e perspectivas**. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Ciências Humanas, Letras e Artes, Universidade Federal da Paraíba. Paraíba, 2011.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **QO ARE 10544 RJ**. Relator: Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, Julgado em 05 de outubro de 2017 e publicado no DJe em 09/03/2018.
- VASCONCELOS, C.; SILVA, M.A.D. **Direito eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.
- VELLOSO, C. M. S.; AGRA, W. M. **Elemento de direito eleitoral**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- WEISSANN, James. **Democracia participativa**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

CAPÍTULO IX

Mandatos coletivos: desafios eleitorais para representação popular na política brasileira contemporânea

*Pedro Henrique Cunha de Abreu**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Histórico, conceito e casos de mandatos coletivos; 3. Dificuldades e questionamentos sobre o mandato coletivo; 4. Caminhos para legitimidade dos mandatos coletivos; 5. Constitucionalidade e legalidade dos mandatos coletivos; 6. Conclusão. Referências

PALAVRAS-CHAVE: mandato coletivo, representatividade popular, direito eleitoral, direitos políticos, mandato.

1. INTRODUÇÃO

A sociedade possui como senso comum acreditar que precisa se adaptar as novidades dos sistemas estatais, da organização política e, claro, da ordem normativa. Esse senso se dá pelas inúmeras normas publicadas e aplicadas a todos os cidadãos diante das novas necessidades de regular o que ainda não foi devidamente regulamentado.

Todavia, este é um pensamento equivocados. Na verdade, é responsabilidade do Estado fiscalizar incessantemente o que a sociedade provoca em novas realidades. Na sociedade brasileira, inúmeras questões vêm sendo debatidas no cenário jurídico brasileiro: legalização da maconha, homofobia, pena de prisão após decisão em segunda instância, dentre outros temas importantes.

(*) Bacharel em Direito pela Universidade Salgado de Oliveira. Email: pedrohcabreu@gmail.com.

No cenário político não há exceção: reforma eleitoral, teto de gastos em campanha, discussão de candidaturas avulsas, doações de campanha, voto impresso são alguns dos desafios encontrados recentemente pelo direito eleitoral.

Nesta constante conjuntura de mudanças e evolução, surgiu e vem se fortalecendo o fenômeno do Mandato Coletivo: um conjunto de geralmente três ou mais pessoas que se lançam em única candidatura. Ocorre que trazer esta novidade ao cenário jurídico eleitoral, bem como para a realidade política a eleitores e candidatos traz inúmeros questionamentos.

Os questionamentos vêm desde a legalidade desta alternativa de candidatura, a quem ou quantos possuem legitimidade para propor e debater nas assembleias legislativas, projetos de lei. Ademais, se os custos de campanha de uma candidatura coletiva são maiores ou menores comparados aos custos de uma campanha individual, como de praxe.

Este trabalho possui como propósito apresentar justamente a realidade deste instituto, seus reflexos no direito eleitoral, seu impacto na sociedade, e quais os caminhos que podem surgir caso a legalização ocorra.

2. HISTÓRICO, CONCEITO E CASOS DE MANDATOS COLETIVOS

É preciso esclarecer que o Mandato Coletivo nas eleições brasileiras não se originou nos pleitos mais recentes. Segundo estudo da Organização 'Rede de Ação Política Pela Sustentabilidade – RAPS', a partir das eleições de 1994 há registros de candidaturas que utilizaram da lógica de compartilhamento como argumento de campanha e divisão de poderes, quando eleitos.

Este estudo da RAPS mostra que tais candidaturas eram ínfimas até 2010 – uma ou duas lançadas por eleição, em todo território nacional – até que ocorreu um gigantesco salto nos últimos anos. Na eleição de 2016 e na eleição de 2018 foram lançadas no total 98 candidaturas coletivas, sendo eleitas 22.

Estes números certamente aumentaram no pleito de 2020, quando a mídia noticiou inúmeros casos em todo o país. Esta realidade é encontrada em todas as regiões do Brasil.

Em Salvador-BA, o grupo “Pretas por Salvador” foi eleito para uma vaga na Câmara Municipal local, por 3.635 votos. Trata-se do primeiro mandato coletivo da história do Estado da Bahia. Na Câmara Municipal de São Paulo, há dois mandatos considerados coletivos: a Bancada Feminista e o Quilombo Periférico.

Segundo matéria da ‘Istoé Dinheiro’, os mandatos coletivos eleitos em 2020 estão distribuídos em nove partidos diferentes (PSOL, PT, PCdoB, PV, PSB, Rede, PDT, Cidadania e Avante), distribuídas em 24 cidades de dez Estados, sete em capitais.

Para ajudar a entender o Mandato Coletivo, é preciso conceituá-lo, mesmo que sua legitimidade no ordenamento jurídico brasileiro não exista. O mandato coletivo (ou mandato compartilhado) “é uma forma de exercício de cargo eletivo legislativo, em que o representante se compromete a dividir o poder com um grupo de cidadãos. Enquanto em um mandato tradicional o legislador tem a liberdade de votar de acordo com seus interesses e consciência, no mandato coletivo o legislador consulta as pessoas antes de definir seu posicionamento frente a matérias legislativas. Assim, a vontade das pessoas determina o posicionamento e voto do legislador” (SECCHI; CAVALHEIRO, 2017).

Neste entendimento, há claras preocupações quanto a autonomia dos mandatos coletivos, quanto à sua participação frente aos partidos políticos, e se este modelo de mandato terá uma mudança significativa na representação popular.

3. DIFICULDADES E QUESTIONAMENTOS SOBRE O MANDATO COLETIVO

Atualmente, as candidaturas coletivas são informais. Há sempre um(a) candidato(a) formalizado(a) pretendente a um dos cargos legislativos. Mesmo que se apresente como um coletivo e corresponsáveis, somente uma pessoa deste grupo é de fato e formalmente candidato(a), enquanto as outras pessoas não. Na tela da urna eletrônica aparecerá o nome do(a) candidato(a) inscrito(a) na justiça eleitoral.

A partir daí já existem alguns embaraços quanto ao exercício do mandato. Não há atualmente legitimidade para que os participantes do mandato coletivo possuam as mesmas prerrogativas, tais como serem reconhecidos como de fato parlamentares, ter voz no plenário, votar, dentre outras ações. Estas prerrogativas são de uso da única pessoa formalmente eleita.

Pode existir também uma insegurança representativa, quando um dos participantes simplesmente desiste de participar da coletividade no curso do mandato. Também há o questionamento de número de suplentes, se seria da mesma forma como ocorre hoje em um mandato individual.

Há, sem dúvidas, um cenário de insegurança jurídica. Não há nem na Constituição Federal, no Código Eleitoral, ou qualquer lei federal norma que dê reconheça a existência de mandatos coletivos. Há somente Projetos de Lei e Propostas de Emendas à Constituição, que serão abordadas neste trabalho.

O próprio Tribunal Superior Eleitoral jamais enfrentou a discussão sobre o tema. O que ocorre para reconhecimento das candidaturas coletivas são autorizações concedidas pelos Tribunais Regionais Eleitorais, uma vez que não possuindo previsão legislativa para registro dessas candidaturas. Também não há proibição, desde que não ocorra confusão para os eleitores.

Existe jurisprudência recente no Tribunal Regional Eleitoral de Pernambuco, em que indeferiu pedido de nome de registro de candidatura, por associar o nome do candidato a uma pretensão coletiva.

AGRAVO INTERNO. ELEIÇÕES 2020. REGISTRO DE CANDIDATURA. DEFERIMENTO. NOME DE URNA. INDEFERIMENTO. MENÇÃO À CANDIDATURA COLETIVA. NÃO PROVIMENTO DO RECURSO 1. O nome para constar em urna, RISADALVO SÃO DO PT, não deixa de trazer certa confusão, pois ausente individualização da pessoa do candidato, podendo induzir a chancela a uma candidatura coletiva. 2. Não é possível permitir a alusão pretendida, pois faz-se menção a um formato de registro que ainda não foi regulado em Lei, de modo que, não deve ser admitido por esta Especializada, diante do que orienta este TRE-PE, através da sua Orientação Normativa n.º 2. 2. Agravo interno não provido. (TRE-PE – RE: 060013046 PALMARES-PE, Relator CARLS GILS RODRIGUES FILHO, Data de Julgamento:

12/11/2020, Data de Publicação: PSESS – Publicado em Sessão, Data 12/11/2020).

O que ocorre atualmente é um cenário de insegurança jurídica, vezes que alguns tribunais reconhecem a “prática” da candidatura coletiva, outros não.

Quanto à doutrina, não há ainda um entendimento majoritário a respeito da validade ou proibição do mandato coletivo. De acordo com o mestre Dallari (2018) “Não há, em nenhum dispositivo do Código Eleitoral, qualquer referência, direta ou indireta, à possibilidade de “inscrição coletiva” ou “alistamento coletivo”. Cada eleitor pode e deve alistar-se individualmente e depois externar, também individualmente, sua vontade política, o que é direito e dever de cada cidadão ou cidadã”.

Com o devido respeito ao que ensina o mestre, não há na prática uma multiplicação dos votos dos eleitores por conta de uma candidatura coletiva face as candidaturas individuais. A obtenção dos votos vai de candidaturas *versus* candidaturas. Há, sim, outras questões práticas inerentes as campanhas políticas que podem atrair votos, mas não os multiplicar.

Uma dessas questões é sobre os custos de campanha em uma eleição, comparando candidaturas individuais face as candidaturas coletivas. Em estudo elaborado que versa sobre o tema, intitulado ‘*Mandato coletivo vs mandato individual: análise de custos em campanhas eleitorais para o fortalecimento da democracia brasileira*’ (Vieira; Crozatti; Ribeiro, 2020), constatou-se que “fica claro que o voluntariado comprometido e preparado impactou a redução dos custos do Mandato Coletivo. Cada conselheiro voluntário, conforme já comentado, teve nível de comprometimento tal que era como se a campanha fosse pessoal. Além de pessoas dispostas a trabalhar sem remuneração na preparação e distribuição de impressos, estas mesmas pessoas fizeram um intenso trabalho de divulgação nos círculos de amigos conferindo maior confiabilidade ao processo eleitoral. Os depoimentos dos entrevistados são suficientes para conferir ao processo eleitoral denominado neste trabalho com Mandato Coletivo”.

Outro importante questionamento se dá na possibilidade de que, com a existência das candidaturas coletivas, ocorrer cada vez mais o enfraquecimento dos partidos políticos, já muito vilipendiados por

históricos de má-gestões e casos de corrupção nas recentes décadas. Ao passo que existem também um extremo número de partidos políticos no país, mesmo que não se dê o mesmo número de ideologias que norteiam esses partidos.

Os eleitores podem dar mais importância às causas das candidaturas coletivas, do que propriamente se aterem as ideologias dos partidos políticos que essas candidaturas são filiadas.

Ademais, é salutar a preocupação quanto aos mandatos coletivos que passarem a existir. É preciso analisar o exercício das prerrogativas entre os coparlamentares no curso do mandato, como também devem ser aplicadas as regras em caso de irregularidades eleitorais e/ou políticas em caso de infração por parte de um dos participantes.

4. CAMINHOS PARA LEGITIMIDADE DOS MANDATOS COLETIVOS

Como já citado neste trabalho, existem projetos de leis e propostas de emendas constitucionais que propõem regulamentar o mandato coletivo. Inicialmente, tem-se a PEC 125/2011, que na sua origem nada tem haver com o tema deste trabalho. Trata-se de proposta que acrescenta dispositivos à Constituição Federal vedando a realização de eleições em data próxima a feriado nacional.

Contudo, o curso desta PEC proporcionou inúmeros debates a respeito de reformas eleitorais, inclusive da legitimidade dos mandatos coletivos. No dia 23 de junho de 2021, ocorreu uma audiência pública promovida pela comissão especial responsável pela tramitação da PEC.

Outra proposta de emenda, esta específica a legitimidade dos mandatos coletivos, é a PEC 379/2017. Seu projeto tem como intuito acrescentar mais um parágrafo ao artigo 14 da Magna Carta, disciplinando que “os mandatos, no âmbito do Poder Legislativo poderão ser individuais ou coletivos, na forma da lei”.

Esta PEC possui como justificativa ser uma alternativa para reforçar a participação popular, expandindo o conceito de representação política.

Não se fala, em ambas as propostas, em reformar o entendimento constitucional, ou, como sugere o professor Dalmo Dallari, constitucionalizar algo hoje inconstitucional. Tratam-se de debates para ampliar os horizontes da democracia, visando maior participação e interesse popular, tão desacreditada na política nacional.

É salutar dizer também que não é só a simples legitimidade das candidaturas e mandatos eletivos irão solucionar a questão. É preciso superar as dificuldades do exercício das prerrogativas e outros questionamentos que limitam a plenitude deste instituto, conforme explanado em tópico anterior.

Neste rumo, tem-se o Projeto de Lei nº 4475/2020, que possui mais três projetos de leis apensados, por se tratar da mesma matéria (PL 4724/2020; PL 1422/2021; e PL 1593/2021). Quanto ao texto da PL 4475/220, esta possui o propósito de alterar a Lei nº 9.504/1997 e normatizar a identificação do grupo que pretende se lançar candidato.

O candidato poderá indicar no pedido de registro o nome do coletivo social que o apoia, sendo acrescido ao nome registrado pelo candidato, desde que não se estabeleça dúvida quanto à identidade do candidato registrado, sendo vedado o registro apenas do coletivo social. Ainda assim, seria uma ínfima mudança perto das práticas admitidas hoje pelos Tribunais Regionais Eleitorais no registro da candidatura.

Outro tópico do projeto se dá em abordar acerca das propagandas promovidas pelas candidaturas coletivas, devendo indicar inequivocamente o(a) candidato(a) registrado(a), e, facultativamente, o grupo ou coletivo social que o apoia e seus apoiadores, desde que não se estabeleça dúvida quanto à identidade do candidato registrado, sendo vedada a menção à candidatura e o pedido de voto ou de apoio eleitoral a terceiro não registrado como candidato.

Dentre as propostas apensadas destaca-se a PL 4724/2020, cuja proposta é a criação de uma nova lei. O seu conteúdo traz diversas organizações e definições, tais como chapa de mandato coletivo, grupo de mandato coletivo e até estatuto de mandato, este último servindo para delimitar elementos fundamentais a serem respeitados entre parlamentar e coparlamentares.

A proposta regula que o parlamentar eleito deverá respeitar e atuar em conformidade com as decisões políticas tomadas pelo grupo político eleito no mandato. Tais mudanças para determinar os critérios de participação advém dos estatutos dos partidos políticos, dando autonomia para entes fundamentais na política. Contudo, o PL de *per si* limita a formação da candidatura coletiva ao máximo de cinco pessoas, dentre parlamentar e coparlamentares. Quanto à campanha política em si, poderá optar pela foto na urna do grupo, bem como nome do grupo como oficial.

No exercício do mandato coletivo, seria vedada qualquer prerrogativa ou obrigação exclusiva do parlamentar aos coparlamentares, mesmo que redigido no estatuto. Em se tratando de indisciplina por parte de um dos atores, caberá as sanções do artigo 23 da Lei dos Partidos Políticos (Lei nº 9.096/1995).

Este projeto de lei, no entanto, não sana as lacunas em caso de infrações na chapa ou no curso do mandato. Tratando dessa questão, o PL 1422/2021 traz algumas possibilidades de sanções, sem especificar a realidade destas. Dita que as hipóteses de perda de mandato serão aplicáveis a quaisquer dos membros do Coletivo Parlamentar, estendendo-se a todos a sanção aplicada a algum deles. Ademais, a sanção de inelegibilidade imposta a um dos membros do Coletivo Parlamentar não afeta a capacidade eleitoral passiva dos demais.

Tratam-se de projetos para legitimar o instituto do mandato coletivo, mas que ainda carecem de maiores detalhes. Do ponto de vista formal, não deve ser papel da Constituição Federal especificar se admite ou não o mandato coletivo, e quais os caminhos que deva seguir. O papel da Magna Carta é nortear as demais normas, de acordo com as necessidades do povo. O papel para a mudança deve ser através de lei ordinária federal.

Há de salientar inclusive que é de iniciativa privativa da União legislar sobre direito eleitoral, conforme artigo 22, I, da Lei Maior. Caberá, portanto, aos Estados e Municípios legislar sobre em caso de delegação por parte da União.

5. CONSTITUCIONALIDADE E LEGALIDADE DOS MANDATOS COLETIVOS

Apresentadas as dificuldades encontradas na instituição dos mandatos coletivos, bem como os caminhos projetados para a sua regulação, é preciso destacar quais os parâmetros constitucionais que são abarcados pelos mandatos coletivos.

É preciso reverenciar a Constituição Federal, se valendo de seus direitos fundamentais. Antes de mais nada, há de se destacar que os mandatos coletivos estão em perfeita harmonia com um importante princípio fundamental, o do estado democrático de direito. Nas palavras de Dirley da Cunha Jr. (2014, pág. 418), “o Estado Democrático de Direito se assenta no pilar da soberania popular, pois a base do conceito de Democracia está ligada à noção de governo do povo, pelo povo e para o povo”. E complementa que “o Estado Democrático de Direito, portanto, é Estado Constitucional submetido à Constituição e aos valores nela consagrados”.

Dentre os princípios eleitorais que condizem com o Estado Democrático de Direito, tem-se a Democracia Representativa. Destaca-se que a participação popular na política e na eleição é uma condição *sine qua non* da democracia. No Brasil, a democracia é caracterizada como indireta, devendo o povo escolher seus representantes para tomadas de escolhas no Estado, seja em âmbito federal, estadual, distrital ou municipal. Eles terão que decidir por todos durante o mandato.

Nos ensinamentos de José Jairo Gomes (2018, pág. 73) consiste o mandato no poder – ou conjunto de poderes – conferido pelos “eleitores soberanos”, pelo qual o mandatário fica habilitado a tomar decisões político-estatais, seja no Poder Executivo, seja no Legislativo”. Há, neste contexto do crescimento dos mandatos coletivos, a *vox populi* a prática da representatividade popular através das causas que são propósito de luta dos grupos pretendentes.

Superados os princípios pertinentes, não há dentro das normas qualquer bloqueio ou afastamento da existência das candidaturas e mandatos coletivos, seja na Constituição Federal, no Código Eleitoral, Lei dos Partidos Políticos ou quaisquer outras leis. Há sim, um limbo

que dificulta o exercício destes grupos para candidaturas e exercício do mandato. É necessário regular uma série de ações inerentes a este instituto.

6. CONCLUSÃO

As candidaturas coletivas, bem como os mandatos coletivos se tornaram uma tendência nas eleições legislativas do Brasil. É salutar reconhecer que se trata de um caminho sem volta no Direito Eleitoral. É hora de reconhecer e enfrentar o tema desta reforma política. Há uma reconhecida crise representativa no país, onde os eleitores não enxergam nos partidos políticos (e suas ideologias) algum reconhecimento de representação e credibilidade. Tende o povo a se apegar em causas factíveis, como os mandatos coletivos possuem como mote.

Há uma realidade em que os mandatos coletivos crescem a cada eleição, como detalhado em estudo da RAPS. Enfrentando as dificuldades de admissibilidade das candidaturas coletivas, em harmonia com o princípio da igualdade em comparação as candidaturas individuais, é necessário ir adiante, enfrentando as dificuldades dos mandatos coletivos.

Devem os legisladores observar além da admissibilidade dos mandatos coletivos, quais as responsabilidades que cada *player* possuirá, entre parlamentares e coparlamentares. Os projetos de lei e propostas de emenda a Constituição estão em pauta no Congresso Nacional. São projetos concretos, mas que ainda carecem regulamentar algumas realidades passíveis de acontecer.

Por derradeiro, há pleno amparo constitucional dos mandatos, bem como não há qualquer embaraço normativos nas leis eleitorais e no Código Eleitoral. Tão é assim, que muitos Tribunais Regionais Eleitorais já admitem candidaturas com espírito coletivo, ainda que formalmente somente admitam o reconhecimento do candidato único registrado.

Não devem o Poder Legislativo nem o Poder Judiciário ser refratário das inovações. À luz do que se propõe o novo, deve-se criar um arranjo institucional que aperfeiçoe a democracia, criando modelos e arranjos que superem as dificuldades que possam vir a surgir.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- _____. Lei nº 4.737, de 15 de Julho de 1965. Institui o Código Eleitoral.. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm>.
- _____. Lei nº 9.096, de 19 de Setembro de 1995. Dispõe sobre partidos políticos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9096.htm>.
- _____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4475/20. Altera a Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, para estabelecer regras para o registro e para a propaganda eleitoral de candidaturas promovidas coletivamente. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2262090>>.
- _____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4724/20. Dispõe sobre o exercício coletivo do mandato eletivo no Poder Legislativo. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2263417>>.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**, 8ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **Mandato coletivo é inconstitucional**. Portal Jota. 28 de Setembro de 2018. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/diretos-humanos-e-constituicao/mandato-coletivo-e-inconstitucional-28092018>>.
- GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. – 14ª. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- Mandatos Coletivos E Compartilhados** – Desafios e possibilidades para a representação legislativa no século XXI. Rede de Ação Política Pela Sustentabilidade. 2019. Disponível em: <https://www.raps.org.br/2020/wp-content/uploads/2019/11/mandatos_v5.pdf>.
- Mandatos coletivos tentam virar frente e forçar lobby no TSE**. Istoé Dinheiro. 16 de Abril de 2021. Acesso em <<https://www.istoedinheiro.com.br/mandatos-coletivos-tentam-virar-frente-e-forcar-lobby-no-tse/>>.
- VIEIRA, Rui Albuquerque da Costa de Albuquerque; CROZATTI, Jaime; RIBEIRO, Matheus Silva. Mandato Coletivo Vs Mandato Individual: Análise De Custos em Campanhas Eleitorais para o Fortalecimento Da Democracia Brasileira. XXVII Congresso Brasileiro de Custos. Novembro de 2020. Disponível em: < <https://anaiscbc.emnuvens.com.br/anais/article/view/312>>.

CAPÍTULO X

A proteção do bem de família e a impenhorabilidade do imóvel registrado em nome da pessoa jurídica

*Vanessa Calvão Trindade**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Do direito à moradia e a proteção constitucional; 3. Breve histórico da impenhorabilidade do bem de família; 4. Da afetação do patrimônio da pessoa jurídica para a responsabilização por dívidas empresariais; 5. Do objeto protetivo do bem de família; 6. A proteção do bem de família nas diversas áreas do direito: 6.1. A satisfação do crédito tributário e a impenhorabilidade do bem de família; 6.2. O direito trabalhista e a impenhorabilidade do bem de família; 6.3. Direito contratual e a impenhorabilidade do bem de família; 7. Do entendimento jurisprudencial; 8. Considerações finais; 9. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à moradia. Bem de família. Impenhorabilidade. Execução.

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico pátrio, em harmonia e respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, erigiu arcabouço protetivo ao chamado bem de família, de modo que a satisfação de uma obrigação contratual ou legal, salvo exceções, não importe no afastamento do devedor e seu grupo familiar do seio de uma moradia, expondo-os às vulnerabilidades sociais.

(*) Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduanda em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduanda em Direito Societário pelo Verbo Jurídico.

A intenção da lei é hialina. Não está o Direito albergando e legitimando a inadimplência, mas sim garantindo um núcleo mínimo e basilar para o indivíduo em sociedade.

A discussão, todavia, ganha sensíveis contornos quando em conflito outros direitos fundamentais, a exemplo da necessidade de satisfação de verbas alimentares, tais como trabalhistas, sendo inúmeras as discussões resultantes da aplicação da norma protetiva.

O presente trabalho visa analisar a aplicação do instituto do bem de família em imóveis cujo a propriedade seja de pessoa jurídica, mormente quando objeto de integralização do capital social, mas que permaneça como moradia do sócio.

O ponto primordial da discussão consiste na constatação de que o capital social da empresa está intimamente vinculado à garantia perante credores, os quais, na hipótese de insolvência da pessoa jurídica poderão exercer o intento executório sobre o patrimônio e rendas da empresa.

Todavia, sendo a proteção do bem de família extensível ao imóvel de propriedade da empresa, mas que local de habitação, poderá a satisfação do crédito vir a ser frustrada ante a impenhorabilidade do imóvel.

Dessa forma, o estudo empreendido objetiva a compreensão do instituto do bem de família regulado pela Lei 8.009/1990 e seus reflexos sobretudo no alcance da compreensão do direito social à moradia.

2. DO DIREITO À MORADIA E A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL

No âmbito da proteção dos direitos fundamentais, assim entendidos como aqueles que visam conferir o mínimo existencial e resguardar e efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à moradia, positivado no rol de garantias sociais do art. 6º da Carta Magna de 1988, mediante a inclusão promovida pela Emenda Constitucional nº 26/2000, se afigura imprescindível para o desenvolvimento e organização do indivíduo em sociedade.

Desde os primórdios da existência, a moradia é necessidade primária do ser humano, seja para a proteção das intempéries ou conformação

social, a casa é a unidade básica, asilo inviolável, local de manifestação pessoal e constituição de laços familiares.

A noção de residência suplanta uma análise meramente adstrita ao estudo do patrimônio privado, transcende a valoração econômica que a edificação detenha, alcançando a esfera subjetiva do indivíduo, evidenciando sentimentos de pertencimento, acolhimento e proteção.

O poema infanto-juvenil de Murray (1994, p.23) “Sem casa” já ressaltava a importância dessa estrutura elementar até mesmo para a identidade do indivíduo, ao prelecionar que “Gente tem que ter onde morar, um canto, um quarto, uma cama, para no fim do dia guardar o corpo cansado, com carinho, com cuidado, que o corpo é a casa dos pensamentos”. Assim:

O direito à *moradia* significa ocupar um lugar como residência; ocupar uma casa, apartamento etc., para nele habitar. No “morar” encontramos a ideia básica da habitualidade no permanecer ocupando uma edificação, o que sobressai com sua correlação com o residir e o *habitar*, com a mesma conotação de permanecer ocupando um lugar permanentemente. O direito à moradia não é necessariamente direito à casa própria. Quer-se que se garanta a todos um teto onde se abrigue com a família de modo permanente, segundo a própria etimologia do verbo morar, do latim “morari”, que significava *demorar, ficar*. Mas é evidente que a obtenção da casa própria pode ser um complemento indispensável para a efetivação do direito à moradia. (DA SILVA, 2014, p. 318)

O direito à moradia não está necessariamente jungido ao conceito de propriedade, detendo autonomia e campo de incidência próprio, consoante entendimento de Sarlet (2012, p. 289):

No concernente ao seu conteúdo, impõe-se o registro de que o direito à moradia não se confunde com o direito de propriedade (e do direito à propriedade). Muito embora a evidência de que a propriedade também possa servir de moradia ao titular e que, para além disso, a moradia (na condição de manifestação da posse) acaba, por expressa previsão constitucional e em determinadas circunstâncias, assumindo a condição de pressuposto para a aquisição da propriedade (como ocorre no usucapião constitucional), atuando, ainda, como elemento indicativo do cumprimento da função social da propriedade e da posse, o direito à moradia, convém frisá-lo, é direito fundamental autônomo, com âmbito de proteção e objetos próprios.

Dessa forma, o direito social à moradia poderá ser observado em situações em que a propriedade seja formalmente de pessoa diversa daquela que confere ao imóvel a efetiva habitação, situação que demanda a verificação das implicações irradiantes do âmbito protetivo desse instituto.

3. BREVE HISTÓRICO DA IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

O Código Civil de 2002 disciplinou o chamado bem de família voluntário ou convencional “[...] aquele que é instituído por escritura pública ou testamento, e que deve ser devidamente registrado no Cartório de Registro de Imóveis.” (TARTUCE, 2008 p.233), com a proteção da impenhorabilidade e inalienabilidade.

O revogado Código Civil de 1916 já possuía disposição regulatória ao bem de família nos artigos 70 a 73, de modo que o imóvel destinado ao domicílio familiar estivesse então isento de execuções por dívidas, salvo aquelas decorrentes do inadimplemento dos impostos relativos ao próprio imóvel, tais como o IPTU ou o ITR.

Assim, é possível a verificação de duas modalidades de bem de família, o convencional e aquele albergado pelo regramento da Lei 8.009/1990, objeto do presente trabalho, que consiste na previsão de impenhorabilidade, não impedindo a alienação do bem.

As origens da referida proteção ao bem de família remontam aos Estados Unidos da América, visto que, tendo em vista a essencialidade da moradia para a dignidade humana e a fim de evitar a exposição às vulnerabilidades sociais, restou desenvolvido um arcabouço legal protetivo do chamado bem de família, com primórdios relatados no Estado do Texas, atrelado à “[...] simples isenção de penhora sobre o pequeno imóvel, de até cinquenta acres, rural ou urbano” (GONÇALVES, 2019, p. 590). Assim:

Nos Estados Unidos, em consequência de grave crise econômica que o atingiu no começo do século XIX, o Estado do Texas promulgou a primeira lei relativa ao instituto em 1839, permitindo que ficasse isenta de penhora a pequena propriedade, sob a condição de sua destinação à residência do devedor. Uma lei federal de maio de

1862 tratou da matéria, inicialmente como uma concessão gratuita de terras de domínio público, isentando de penhora e de execução por dívidas anteriores à concessão do título de propriedade. Outros Estados daquela Federação adotaram a norma, e, assim, implantou-se no território americano o instituto do *homestead*. (PEREIRA, 2019, p. 744).

O Decreto– Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941, passou a dispor sobre a organização e proteção do bem de família, tendo, em sua redação original, limitado ao valor de cem contos de réis o imóvel em que recairia a proteção, cujo patamar restou posteriormente majorado pelas Leis nº 2.514, de 1955 e Lei nº 5.653, de 1971.

A evolução da compreensão do instituto implicou na extirpação do referido teto, mediante as alterações promovidas pela Lei nº 6.742, de 1979, e a criação do requisito temporal de dois anos para a caracterização de um imóvel como bem de família.

No âmbito do ordenamento jurídico pátrio, o princípio do bem de família encontra guarida no texto constitucional de 1988, em seu art. 5º, XXVI, ao prevê que “a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva [...]” (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, o conceito de bem de família está atrelado a “uma forma da afetação de bens a um destino especial que é ser a residência da família, e, enquanto for, é impenhorável por dívidas posteriores à sua constituição [...]” (PEREIRA, 2019, p. 557-558).

O ordenamento jurídico pátrio, mediante a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, conforme melhor se demonstrará em tópico específico, impossibilitou a penhorabilidade do imóvel residencial da entidade familiar, consoante se observa da disposição constante no 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.

Dessa forma, o arcabouço protetivo conferido ao bem de família visa resguardar direito fundamental da pessoa humana à moradia,

cuja aplicabilidade é de observância obrigatória, sendo até mesmo sua renúncia inválida e ineficaz (TARTUCE, 2008 p. 244).

4. DA AFETAÇÃO DO PATRIMÔNIO DA PESSOA JURÍDICA PARA A RESPONSABILIZAÇÃO POR DÍVIDAS EMPRESARIAIS

A atividade empresarial rege-se, entre outros princípios, pela livre iniciativa, possibilitando ao particular o pleno exercício da faculdade de escolha da forma e modo de organização dos meios de produção, reunião de pessoas com aspirações comuns, delimitação dos ideais e objetos sociais, bem como o desenho da operacionalização da atividade produtiva, sendo mínima a ingerência do Estado, tendo a lei como baliza na definição do proibido.

Na busca pelo lucro, os empreendimentos estão susceptíveis às oscilações econômicas, sendo indissociável a noção de risco no âmbito da consecução do exercício empresarial, seja para a figura do sócio/acionista ou para quem se relaciona na cadeia de produção, tal como terceiros fornecedores e contratantes.

Dentre os tipos societários mais comumente utilizados no contexto brasileiro, destaca-se a sociedade limitada e a anônima, sendo verificável, em ambos os casos, a separação da responsabilidade social, no primeiro, adstrita ao valor das quotas, e no segundo modelo social limitado ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.

Nessas sociedades, há autonomia patrimonial, cujos bens respondem perante terceiros, configurando “[...] o patrimônio da pessoa jurídica a garantia única dos seus credores e, por conseguinte, os credores, a princípio, não possuem pretensão sobre os bens dos sócios.” (TOMAZETTE, 2019, p. 262).

O capital social pode, inclusive, ser integralizado com bens imóveis, hipótese que será albergada com imunidade específica quanto ao Imposto de Transmissão de Bens Imóveis (ITBI), nos termos do art. 156, §2, I, da Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, não é incomum, mormente em empresas familiares ou de menor porte, que o imóvel regularmente transferido à pessoa

jurídica seja o local de habitação do sócio, situação que implica a análise conjugada dos bens jurídicos envolvidos, bem como a ampliação do debate para os diversos ramos jurídicos.

O tema fulcral consiste em saber em que medida o direito à moradia poderá suplantar a necessidade de satisfação de obrigações contraídas pela empresa, mormente quando as medidas executivas visam a satisfação de verbas trabalhistas e fiscais, em que são observáveis, respectivamente, a natureza alimentar e a supremacia do direito público.

5. DO OBJETO PROTETIVO DO BEM DE FAMÍLIA

O estudo do bem de família ganha especial relevo ante a proteção jurídica conferida ao instituto mediante a impenhorabilidade, conforme preceitua o art. 5º da Lei nº 8.009/90, a qual recai sobre o único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente (BRASIL, 1990,

O Superior Tribunal de Justiça – STJ possui entendimento consolidado no enunciado sumular nº 364 de que “O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. Dessa forma, para Didier e colaboradores (2018, p. 862):

Todos aqueles que se agrupam em instituição social, normalmente formada por laços de casamento ou união estável, incluindo-se os ascendentes e descendentes, irmãos solteiros, o viúvo, ainda que seus descendentes hajam constituído outras famílias, o casado, o separado judicialmente e o divorciado, estão protegidos, vez que a norma se destina a garantir um teto para cada indivíduo, não se direcionando, necessariamente, a um núcleo de pessoas.

Na hipótese da existência de uma diversidade de bens imóveis, por questão de razoabilidade, a proteção se restringirá àquele de menor valor, visto que o intuito motivador do instituto é precipuamente resguardar a moradia, não privilegiar o enriquecimento, evitando a exposição do indivíduo às vulnerabilidades sociais.

No tocante à extensão da proteção, é assente que “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.”. (SANDES, 2020, fls. 460).

6. A PROTEÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA NAS DIVERSAS ÁREAS DO DIREITO

6.1. A satisfação do crédito tributário e a impenhorabilidade do bem de família

A Lei 8.009/90 estabelece que a impenhorabilidade do bem de família é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza. As exceções à regra são tratadas nos incisos do artigo 3º do referido regramento, destacando-se, na presente análise, o afastamento da garantia em face das cobranças de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar.

Nos demais casos, em que pese o crédito tributário deter preferências quanto à satisfação, sobretudo em razão da preponderância do interesse público, bem como o Código Tributário Nacional dispor que a totalidade dos bens e das rendas do sujeito passivo, de qualquer origem ou natureza, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, respondem pelo pagamento do crédito fiscal, são excetuados os bens que a lei repute como absolutamente impenhoráveis.

Assim, entende-se que “A proteção ao bem de família é matéria de ordem pública, podendo ser alegada a qualquer tempo e não pode ser objeto de renúncia, tácita ou expressa. É ineficaz a oferta de bem de família à penhora por parte do devedor.” (CALIENDO, 2019, p. 765).

6.2 O Direito trabalhista e a impenhorabilidade do bem de família.

Na esfera do Direito do Trabalho, por sua vez, “Não é pacífica a aceitação da aplicabilidade da Lei n. 8.009/90 nos domínios do processo do trabalho. Para uns, a regra da impenhorabilidade do bem de família

seria incompatível com a natureza alimentícia do crédito trabalhista.” (LEITE, 2020, fls. 1368).

O mencionado regramento do bem de família possuía exceção à regra da impenhorabilidade no tocante aos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias. Dessa forma, o bem de família poderia ser executado para adimplir as verbas trabalhistas dos empregados domésticos. Todavia, referida disposição foi extirpada do ordenamento jurídico em razão da revogação efetivada pela Lei Complementar nº 150, de 2015.

Assim, em que pese os entendimentos doutrinários divergentes, a legislação pátria está plenamente vigente quanto à proteção do bem de família, inclusive em face de créditos alimentares trabalhistas.

6.3 Direito contratual e a impenhorabilidade do bem de família.

No âmbito civil, sobretudo no direito contratual, são aplicáveis os princípios da autonomia da vontade, boa-fé, vinculação das partes, de modo que aos indivíduos é conferido “[...] o direito de contratar com qualquer pessoa; e, também a liberdade contratual, ou seja, a livre estipulação contratual, as partes podem convencionar o que quiserem.” (ANDRADE; DUTRA, 2017, p. 257).

A jurisprudência tem se posicionado no sentido de repelir a adoção de comportamentos contraditórios e eivados de má-fé, que visem fraudar credores ou obter benefícios indevidamente. Nesse sentido:

A questão da proteção indiscriminada do bem de família ganha, contudo, novas luzes quando confrontada com condutas que vão de encontro à própria ética e à boa-fé, que devem permear todas as relações negociais. Afinal, não se pode olvidar da máxima de que a nenhum é dado beneficiar-se de sua própria torpeza, isto é, não pode o devedor ofertar bem em garantia que é sabidamente residência familiar para, posteriormente, vir a informar que tal garantia não encontra respaldo legal, pugnando pela sua exclusão.

A corroborar com tal raciocínio, tem-se também a vedação ao comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*). Este entendimento conduz à conclusão de que, mesmo sendo impenhorável o bem de família, ainda que indicado à penhora pelo próprio devedor, não há que ser a mesma anulada em caso de má-fé calcada em comportamentos contraditórios deste. (STJ, 2019, online).

Nesse sentido, importa, também registrar que é hipótese de exceção à impenhorabilidade a execução movida pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel.

Dessa forma, em que pese a reconhecida proteção conferida ao bem de família, o ordenamento pátrio tem distinguido as hipóteses em que o devedor efetua verdadeiro abuso de direito, em claro intento arbil defraudador.

7. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

No tocante ao reconhecimento da impenhorabilidade ao imóvel objeto de moradia dos sócios, a jurisprudência pátria tem sinalizado para a extensão da regra do bem de família aos casos em que a propriedade seja da pessoa jurídica e a moradia seja realizada pelo sócio.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tem-se adotado como critério a simultaneidade da utilização do imóvel para residência e exploração da atividade econômica, mormente em empresas familiares, tais como nos trechos dos julgados colacionados abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPENHORABILIDADE. BEM DE FAMÍLIA. SÓCIO. PROPRIEDADE DE PESSOA JURÍDICA. IMÓVEL ÚNICO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. DECISÃO MANTIDA. 1. Inafastável o entendimento desta Corte, que reconhece à impenhorabilidade de imóvel de propriedade de pessoa jurídica quando servir de residência para a família do sócio.

[...]

(STJ, 2019, online).

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. EXECUÇÃO FISCAL MOVIDA EM FACE DE BEM SERVIL À RESIDÊNCIA DA FAMÍLIA. PRETENSÃO DA ENTIDADE FAMILIAR DE EXCLUSÃO DO BEM DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA E LEGITIMIDADE PARA O OFERECIMENTO DE EMBARGOS DE TERCEIRO. É BEM DE FAMÍLIA O IMÓVEL PERTENCENTE À SOCIEDADE, DÊS QUE O ÚNICO SERVIL À RESIDÊNCIA DA MESMA. RATIO ESSENDI DA LEI Nº 8.009/90.

1. A lei deve ser aplicada tendo em vista os fins sociais a que ela se destina. Sob esse enfoque a impenhorabilidade do bem de família

visa a preservar o devedor do constrangimento do despejo que o relegue ao desabrigo.

2. Empresas que revelam diminutos empreendimentos familiares, onde seus integrantes são os próprios partícipes da atividade negocial, mitigam o princípio *societas distat singulis*, peculiaridade a ser aferida *cum granu salis* pelas instâncias locais.

3. Aferida à saciedade que a família reside no imóvel sede de pequena empresa familiar, impõe-se exegese humanizada, à luz do fundamento da república voltado à proteção da dignidade da pessoa humana, por isso que, expropriar em execução por quantia certa esse imóvel, significa o mesmo que alienar bem de família, posto que, muitas vezes, *lex dixit minus quam voluit*.

[...]

9. Recurso especial provido. (STJ, 2006, online).

No âmbito da justiça trabalhista, a jurisprudência também vem se posicionando no sentido de reconhecer como bem de família e conferir proteção mesmo ao imóvel cuja titularidade seja de pessoa jurídica executada.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito à moradia não se limita ao conceito civil de direito à propriedade, já que amplo e imprescindível à dignidade da pessoa humana, estando atrelado à proteção do mínimo existencial.

O instituto do bem de família pode ser tanto convencional, nos termos do Código Civil brasileiro, quanto resguardado pela Lei 8.009/90, havendo, em ambos casos, impenhorabilidade, e, na primeira situação, também a inalienabilidade.

A impenhorabilidade do bem de família poderá ser oposta em processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, resguardada as exceções legais, tendo, contudo, a jurisprudência ponderado a aplicação do instituto quando verificada a intenção de aproveitamento da garantia para fins destoantes dos princípios regentes do direito pátrio.

O sócio que faz do imóvel pertencente à pessoa jurídica a sua propriedade poderá obter a proteção da impenhorabilidade, ante a configuração

de bem de família, quando verificado a simultaneidade da utilização do imóvel, sobretudo nos casos de empresas familiares.

9. REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Fernanda Aparecida Borges de. DUTRA, Maristela Aparecida. **Impenhorabilidade do bem de família**. Revista Jurídica UNIARAXÁ, Araxá, v. 21, n. 20, p. 245-268, ago. 2017. Fls. 257. Disponível em: <https://core.ac.uk/reader/231277930>. Acesso em 03/05/2021.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12/06/2021.
- _____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 11 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 01/05/2021.
- _____. **Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990**. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 30 de março de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8009.htm. Acesso em: 10/01/2021.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 364**, 03 de novembro de 2008. O conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista_eletronica/stj_revista_summulas-2012_32_capSumula364.pdf. Acesso em: 15 maio 2021.
- CALIENDO, Paulo. **Curso de direito tributário**. 3. São Paulo: Saraiva, 2019, p.765.
- DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 318.
- DIDIER, Fredie Jr.et al. **Curso de direito processual civil: execução**. 8. ed. rev., ampl. e atual.- Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. P. 862.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 6 direito de família. 17. São Paulo Saraiva 2019, fls. 590.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho**. 18. São Paulo: Saraiva, 2020. Fls. 1368.
- MURRAY, Roseana. **Casas**. Belo Horizonte: Formato, 1994.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 5 Direito de família. 27. Rio de Janeiro Forense 2019, fls. 744.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**, v. 5 Direito de família. 27. Rio de Janeiro Forense 2019, fls. 557-558.
- SANDES, Fagner. **Direito do trabalho e processo do trabalho**. 2. São Paulo Saraiva 2020, fls. 460.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Livraria do Advogado: 2012, 11ª ed. rev. e atualizada. Fls. 289.
- STJ.RECURSOESPECIAL:REsp621399RS2003/0221656-9.DJ:DJ:20/02/2006. Jusbrasil. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7176188/recurso-especial-resp-621399-rs-2003-0221656-9/inteiro-teor-12912198>. Acessado em: 25/05/2021.
- _____. AgInt no AREsp 1189340/SP, Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 27/02/2018, DJe: 13/03/2018.
- _____. Recurso Especial nº 1.560.562 – SC. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. DJe: 04/04/2019.
- TARTUCE, Flávio. **A polêmica do bem de família ofertado**. Revista da EMERJ, v. 11, nº 43, 2008. Disponível em: Acessado em: 20/05/2021.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**, v. 1 teoria geral e direito societário. 11. São Paulo Saraiva 2019, fls. 262.

CAPÍTULO XI

Direito real de laje – a solidez da construção-base: a questão do habite-se

*Lara Pasquini Lopes**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2 Habite-se: procedimento de emissão e averbação no Registro de Imóveis; 2.1 Da averbação de edificações; 2.2 A averbação da construção-base no âmbito do direito de laje. 3 Irregularidades nos imóveis residenciais brasileiros. 4 Posturas do Poder Público quanto à solidez da construção-base; 4.1 Salvador/BA; 4.2 Rio de Janeiro/RJ; 4.3 Recife/PE; 4.4 São Luís/MA; 4.5 Belém/PA. 5 Conclusão. 6 Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Habite-se; Laje; Estrutura; Solidez; Construção-base.

1. INTRODUÇÃO

O direito de laje, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei n.º 13.465/2017, que dispõe sobre uma série de assuntos relativos à regularização fundiária rural e urbana, foi considerado como um instrumento útil à regularização em localidades marcadas por construções desordenadas, a exemplo das favelas.

A pertinência do tema que se desenvolverá – a solidez da edificação que sustentará o direito de laje e a questão do seu habite-se – está no fato de que o art. 1510-E do Código Civil determina a extinção do direito em comento caso ocorra a ruína da construção-base, salvo se instituído no subsolo ou se o imóvel-base for reconstruído no prazo de 5 anos.

(*) Graduanda em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Ora, a estrutura da construção-base deverá ser consistente o suficiente para suportar a si e aos demais pavimentos que a partir dela se formarão, de modo que o ateste emitido pela Prefeitura de que foi erigida conforme a legislação municipal, consubstanciado pelo habite-se, é uma importante segurança aos moradores dos imóveis, sobretudo ao se considerar a existência do risco de desmoronamento.

Nesse contexto, pretende-se, através desta investigação, verificar quais têm sido as posturas já adotadas, por determinadas cidades, no que diz respeito ao tema, mais de 03 (três) anos após a consolidação do direito de laje no ordenamento pátrio.

2. HABITE-SE: PROCEDIMENTO DE EMISSÃO E AVERBAÇÃO NO REGISTRO DE IMÓVEIS

De acordo com os ensinamentos de Meirelles (2005), o Município detém a atribuição de controle sobre as construções que se realizarem em seu perímetro, sendo uma forma de expressão do seu poder de polícia administrativa. Isto se justifica porque o direito de construir, previsto no art. 1.299 do CC e decorrente do direito de propriedade, não pode ser exercido sem limitações, já que as edificações interferem sobremaneira no ambiente urbano e, inevitavelmente, impactam a vida da coletividade.

Explica o referido autor este controle se constitui em diversas fases, sintetizadas a seguir:

- i) a aprovação do projeto de construção ou de loteamento, elaborado por um profissional habilitado, isto é, um arquiteto ou engenheiro, devidamente inscrito no seu respectivo conselho profissional;
- ii) expedição do alvará de construção;
- iii) ações de fiscalização, durante a execução das obras. Se detectadas descumprimentos ao projeto aprovado ou às normas de referência, poderão ocorrer embargos e demolições; e
- iv) emissão do alvará de ocupação, também conhecido por habite-se.

Nesse ponto, acrescenta-se a contribuição da doutrina de Silva (2010), que considera o auto de conclusão mais abrangente do que o

habite-se, posto que se aplicaria a diversos tipos de construção, e não apenas as destinadas à moradia. Alerta, outrossim, que a ocupação da construção sem este documento é ilegal e, portanto, sujeita a sanções.

Em observância à multiplicidade de termos correspondentes, pertinente é o esclarecimento trazido por Guimarães (2018), que elucida que o termo “habite-se” é o mais popular, mas que há outros, tais como “alvará de conclusão”, “certificado de conclusão”, ou mesmo “certificado de uso”. Outrossim, a então doutoranda informa que “habite-se” era, originalmente, atribuído somente às edificações destinadas à moradia, por conta da sua etimologia, posto que proveniente do verbo latino “habitare”, que significa residir, morar, habitar. Todavia, induz ao entendimento de que esta restrição não mais persiste, em contraposição ao ponto de vista exposto no parágrafo anterior.

A função do habite-se é a de veicular o ateste da Prefeitura, após o término das obras e de vistoria oficial, de que determinado imóvel foi construído em conformidade ao projeto, bem como às normas municipais de uso e ocupação do solo urbano e demais legislações locais, estando com as instalações hidráulicas, sanitárias elétricas e de prevenção a incêndios devidamente ajustadas, salubridade e garantindo, por consequência, a sua habitabilidade (GUIMARÃES, 2018).

Ao obter o alvará de habite-se ao final do procedimento ideal de edificação, o administrado deverá, ainda, apresentar o referido documento, e outros que são solicitados, ao competente Registro de Imóveis, para fins de averbação da construção, motivo pelo qual este serviço oferecido pelas serventias será abordado no tópico seguinte.

2.1. Da averbação de edificações

As averbações realizadas nos cartórios imobiliários, em termos gerais, são assentamentos que têm por finalidade comunicar atos, de natureza acessória, que alterem a matrícula de um imóvel, ou registros e outras averbações a ele relacionados (SARMENTO FILHO, 2018).

Os referidos atos são arrolados pelo art. 167, II da Lei de Registros Públicos. Particularmente, na alínea 4 deste dispositivo, consta que, entre outros eventos, a edificação de imóveis é de necessária averbação registral.

Para solicitar este serviço ao Registro de Imóveis, o interessado deverá procurar a serventia munido de documentos específicos, que são mencionados no art. 246, § 1º da aludida lei, entre os quais aquele emitido pela autoridade competente, leia-se órgão próprio da Prefeitura, que comprove o ato que se deseje averbar. No caso das edificações, o comprovativo é o habite-se.

Conclui-se que este alvará, em regra, é de imprescindível apresentação para fins de averbação de edificações direcionadas à utilização por pessoas, justamente para assegurar-lhes, com a publicidade conferida pelo registro de imóveis, a segurança da estrutura do prédio a ser ocupado, bem como o atendimento às normas edilícias e de ocupação do solo urbano da localidade.

2.2. A averbação da construção-base no âmbito do direito de laje

Como visto, a Lei de Registros Públicos impõe o paradigma da indispensabilidade do habite-se para a averbação de edificações. Inferem-se, a partir daí, e adentrando-se, finalmente, na seara do direito real de laje, duas implicações: i) que a averbação das construções-base é obrigatória tal como a averbação da edificação de qualquer outro imóvel de uso humano; e ii) para tanto, deve igualmente haver a apresentação do habite-se ao registro imobiliário.

O entendimento expresso no item “i” é reforçado pelo art. 176, § 9º da LRP¹, cuja disposição conduz à cognição de que a averbação da construção-base é requisito à própria instituição do direito de laje.

Isto se dá, depreende-se, em razão de um dos princípios que regem o sistema do registro de imóveis, a saber, o da continuidade, pelo qual, nas palavras de Loureiro (2017, p. 573), “dos assentos existentes em cada fôlio deverá resultar o perfeito encadeamento do titular do domínio e

1. Art. 176 (...)

§ 9º A instituição do direito real de laje ocorrerá por meio da abertura de uma matrícula própria no registro de imóveis e por meio da averbação desse fato na matrícula da construção-base e nas matrículas de lajes anteriores, com remissão recíproca.

dos demais direitos registrados, assim como a correlação entre as inscrições e as modificações”.

Ou seja, se a laje é dependente da construção-base para existir, seja no mundo do direito que em termos estruturais, nada mais lógico que conste, precedente, ou, no máximo, concomitantemente a ela, a inscrição registral da edificação que lhe ampara.

Quanto ao item II, ao se falar em habite-se da construção-base, está subentendido o controle do Poder Público ao qual necessariamente a moradia deverá ser submetida, já que a obtenção do alvará de ocupação é a última etapa do procedimento dirigido pela municipalidade.

A opinião de Carmona e Oliveira (2017) a respeito é a de que é indispensável que a autoridade municipal averigue se a estrutura base tem capacidade de suportar uma outra. Por consequência, consideram imperiosa a averbação do habite-se da residência que sustentará o direito de laje, assim como o alvará de construção da nova moradia.

Dessa maneira, seria de se imaginar que a solidez da edificação-base estaria sempre assegurada, posto que a sua averbação é impositiva: a) pela regra do art. 167, II, 4 da LRP, mencionada no tópico anterior; b) para a configuração do próprio direito real de laje em si (art. 176, § 9º, LRP); e c) pelo princípio da continuidade, e que, para isso, haveria de se apresentar o habite-se ao Registro de Imóveis, como prova do controle exercido pela administração municipal. A serventia extrajudicial funcionaria, nesse caso, como um controlador da regularidade da construção.

Contudo, esta sequência de etapas idealmente elaboradas dificilmente se concretiza, porque a maioria dos imóveis residenciais, no Brasil, são maculados por irregularidades, assunto que se faz necessário discorrer em tópico próprio.

3. IRREGULARIDADES NOS IMÓVEIS RESIDENCIAIS BRASILEIROS

Sobre o processo de urbanização no Brasil, Santos (2020) explica que, durante o século XX, a população brasileira cresceu exponencialmente e, por decorrência de fatores econômicos, migrou subs-

tancialmente do campo para as cidades, em busca de oportunidades, nelas permanecendo.

O Poder Público foi omissivo quanto à alta demanda por espaço nas urbes, conduta que provocou o surgimento da “cidade ilegal”. Nessa conjuntura inserem-se as favelas, caracterizadas pelas irregularidades fundiária, urbanística e de loteamentos (SANTOS, 2020).

A ocupação ocorreu desordenadamente. Os loteamentos são uma espécie de parcelamento do solo, matéria que é regida pela Lei n.º 6.766/79, e classificam-se como irregulares aqueles que tenham sido autorizados pela municipalidade, mas não submetidos ao assentamento imobiliário, ou que foram registrados, porém executados em desobediência aos seus projetos. De outra parte, clandestinos são os loteamentos sem aprovação por parte da municipalidade, e que se configuram como crimes (MARTINS, 2019).

Além da ocupação desordenada dos loteamentos, os indivíduos promoviam a construção de suas casas por si mesmos. Nisida e Rolnik (2017) reforçam a ideia de que o Estado, no século passado, foi permissivo nesta expansão promovida pela autoconstrução em loteamentos irregulares e clandestinos, o que formou as periferias sem a devida infraestrutura, desprovida dos serviços urbanos básicos e em desacordo com as normas urbanísticas e edilícias.

O percentual de residências e reformas executados pelos próprios moradores, ou por pessoas não suficientemente capacitadas, como mestres de obras e pedreiros, continua, ainda nos tempos atuais, bastante elevado, segundo os resultados de uma pesquisa realizada conjuntamente pelo Conselho de Arquitetura e Urbanismo e pelo Instituto Datafolha (2015).

Esboçou-se este cenário caótico para demonstrar que as regras da ocupação legal do solo urbano, do licenciamento de edificações residenciais, bem como o posterior assento registral são, na maior parte das vezes, sobretudo no que toca à população de baixa renda, exceções.

Como resposta a isso, vêm se tornando uma tendência no país a proposta de medidas corretivas, isto é, de regularização. A Lei n.º 13.465/17, que, como já adiantado, trata da regularização fundiária urbana e rural e veicula novos instrumentos, como é o caso do direito real de laje, é um

belo exemplo atual, ao lado do recente Programa Casa Verde e Amarela, Lei n.º 14.118/2021, que também contém medidas de legalização.

No que se refere ao habite-se, têm surgido, igualmente, alterações legislativas ou flexibilizações administrativas voltadas a suprimi-lo e, assim, possibilitar a regularização registral da moradia, tornando-a apta ao mercado imobiliário. É o que a Lei n.º 13.865/2019 promoveu ao acrescentar o art. 247-A à LRP². No âmbito administrativo municipal, é uma espécie deste tipo de deliberação o Termo de Regularização de Edificação Concluída – TREC, fomentado pela Prefeitura de Salvador/BA para reconhecer obras e serviços de construção civil concluídas e executadas sem licenciamento, exclusivamente para fins registrais nos cartórios de imóveis (SEDUR, 2019).

Em correlação à necessidade de se certificar a solidez das edificações-base, infere-se existirem duas perspectivas com as quais o Poder Público haverá de lidar: uma relativa às moradias já construídas e consolidadas, sem o acompanhamento de um profissional técnico especializado e do Município, que precisam ser regularizadas; e outra referente às que ainda serão erguidas. É sobre a atuação do Poder Público quanto a esses dois cenários que se dissertará no próximo tópico.

4. POSTURAS DO PODER PÚBLICO QUANTO À SOLIDEZ DA CONSTRUÇÃO-BASE

Neste ponto serão expostos recortes legislativos de 05 (cinco) capitais brasileiras, em análise que girou em torno dos seguintes questionamentos:

- a) seus regramentos sofreram as devidas atualizações desde a introdução do direito real de laje no ordenamento jurídico brasileiro?;
- b) se sim, há critérios efetivos aptos a assegurarem a robustez da construção-base?; e

2. Art. 247-A. É dispensado o habite-se expedido pela prefeitura municipal para a averbação de construção residencial urbana unifamiliar de um só pavimento finalizada há mais de 5 (cinco) anos em área ocupada predominantemente por população de baixa renda, inclusive para o fim de registro ou averbação decorrente de financiamento à moradia. (Redação dada pela Lei nº 13.865, de 2019)

- c) são previstas formas de substituir o habite-se nos casos de edificações-base erguidas sem um controle técnico-administrativo e já ocupadas, de maneira a regularizá-las?

Como o art. 1.510-A, §5º, do CC autoriza os Municípios e o Distrito Federal a disporem sobre posturas edilícias e urbanísticas associadas ao direito real de laje, consultaram-se legislações desta natureza, com o intento de verificar eventuais modificações que indicassem o reconhecimento do direito de laje, a exemplo das suas diferenciações para com o regime do condomínio edilício.

Efetivamente, como bem ponderam Carmona e Oliveira (2017), para um condomínio edilício é elaborado um projeto pensado para que a estrutura do prédio sustente inúmeras unidades autônomas, enquanto que, no campo do direito de laje, existe somente uma construção-base e a possibilidade de construções sobre ela, isto é, normalmente não há um planejamento prévio de que sobre a edificação primária serão levantados novos pavimentos.

Averiguaram-se, semelhantemente, os Códigos de Normas e Procedimentos dos Serviços Extrajudiciais dos estados em que se encontram as capitais estudadas, que são: Salvador/BA, Rio de Janeiro/RJ, Recife/PE, São Luís/MA e Belém/PA. A escolha se deu com amparo em dados do IBGE, cujo Censo de 2010 revelou que estas são as cidades com a maior proporção de pessoas residindo em ocupações desordenadas (BELLO, 2017), as quais, por sua vez, foram o fator de estímulo ao surgimento do direito de laje.

4.1. Salvador/BA

O Código de Obras soteropolitano, Lei n.º 9.281 de 03/10/2017, não faz nenhuma referência à construção de residências em que pudesse incidir o direito de laje, isto é, imóveis cuja edificação seja em sentido vertical, a partir da superfície superior ou inferior à da construção-base, conforme interpretação do art. 1510-A, caput e §1º do Código Civil.

Isto acontece, ao que parece, porque o aludido código municipal, ao enquadrar as obras em cada um dos seus grupos de licenciamento, faz referência à categorização prevista na Lei de Ordenamento do Uso e

da Ocupação do Solo Urbano – LOUOS (Lei n.º 9.148/2016), a qual, por seu turno, foi editada no ano de 2016, ou seja, antes da instituição do direito de laje, de maneira que não se vislumbra, até o momento, a devida atualização da legislação municipal no sentido de conceber construções de habitações no âmbito do direito de laje.

De fato, embora a LOUOS faça menção a unidades habitacionais agrupadas verticalmente, identificadas pelo grupo “R3”, estas não se confundem com as residências abarcadas pelo direito de laje, porque a referida legislação indica que são constituídas em regime de condomínio, diferentemente do regime da laje.

A seu tempo, o Código de Normas e Procedimentos do Estado da Bahia foi, sim, modificado para passar a abranger um regramento específico acerca do direito real de laje, disposto ao longo do seu art. 1.430. Destaca-se que em seu § 7º é considerada a hipótese fática de inexistência da prévia averbação da construção-base na matrícula do terreno, em divergência à regra convencional sobre a qual se versou no item “2.2” retro, porquanto atento ao contexto de irregularidade que caracteriza as habitações objeto do direito de laje.

Nesse caso, determina que o projeto de plataforma da laje projetada seja averbado para fins de instituição do novo direito real. Ou seja, não impede a constituição do direito, somente o condiciona ao cumprimento de uma exigência, a qual não representa, no entanto, a regularização da construção-base perante o cartório.

Não obstante isso, o conjunto normativo direciona à cognição de que a segurança da construção-base seria indiretamente atestada, já que, no que se refere aos pavimentos a serem construídos sobre ou sob a laje, exige-se expressamente a licença municipal (§ 1º), ou, sendo a construção já existente e consolidada, o atestado de regularidade da obra (§ 2º). Ou seja, toda a estrutura terminaria sendo alvo de projeções, análises e controles técnicos.

Saliente-se, por fim, que o código normativo extrajudicial baiano prevê, ainda, a possibilidade de averbação de construções já consolidadas, de até 04 (quatro) pavimentos, e que não possuam habite-se (art. 1.430-D). Para tanto, deverão ser apresentadas atestações fornecidas por responsáveis técnicos que garantam a segurança da estrutura do

imóvel aos seus habitantes e vizinhos. Apesar do dispositivo deixar claro que esta averbação não substitui o habite-se, resta demonstrada a preocupação em adaptar a legislação à realidade fática dos imóveis do estado, a fim de facilitar a sua regularização registral. Ademais, ao permitir que se averbem as construções de dois ou mais unidades imobiliárias em um mesmo terreno, possibilita aos usuários a instituição do direito de laje ou do regime de condomínio, conforme o interesse dos envolvidos (§ 4º).

4.2. Rio de Janeiro/RJ

O Código de Obras carioca é de publicação recente e teve por objetivo principal a simplificação de normas edilícias, posto que possui apenas 41 artigos. É regulamentado pelo Decreto n.º 45917/2019, e sua aplicação deve ser conjugada a outras legislações, tais como as de uso e ocupação do solo urbano – LUOS, da qual o município ainda carece (PLC n.º 57/2018).

Da sua análise, verificou-se a menção a construção de residências que poderiam ter por regime o direito real de laje. Com efeito, o Código de Obras carioca prevê habitações bifamiliares superpostas e multifamiliares (art. 2º), e não há alusão a um necessário regime condominial.

No que toca ao Código de Normas do Rio de Janeiro, o seu conteúdo não compreende o direito de laje, embora seja a sua última edição de data recente – dezembro de 2020. Ressalte-se que nele consta a possibilidade alternativa de averbação de edificações sem habite-se, apresentando-se, em seu lugar, o guia do imposto predial (art. 587).

Todavia, o pagamento do IPTU não significa que a residência tenha sido edificada dentro das normas municipais, pois, para a sua incidência, basta que esteja configurado o fato gerador, que é a propriedade, o domínio útil ou a posse com intenção de ser dono, de acordo com o art. 34 do Código Tributário Nacional.

Em outras palavras, embora torne possível a regularização de edificações consolidadas e sem habite-se, o que poderia propiciar a averbação de construções que se encaixam no direito de laje, a medida não garante, de forma alternativa, que a estrutura das habitações seja minimamente estável. Tem fins meramente registraes.

4.3. Recife/PE

A Codificação das Normas de Urbanismo e Obras do Recife é do ano de 1961 e já passou por diversas modificações desde então. No entanto, não se perceberam alterações no sentido de conceber licenciamentos habitacionais voltados ao direito de laje. Realmente, a modalidade residencial mais próxima contemplada é a de duas casas superpostas com entradas independentes (art. 200). Pela limitação de pavimentos, não aparenta ter sido concebida para o direito em comento.

O Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado de Pernambuco também não acrescentou parte dedicada ao direito de laje. Ademais, os dispositivos relativos à averbação de construções reclamam a respectiva certidão de habite-se (v.g. arts. 995 e 1.195), de maneira que não se vislumbram hipóteses favoráveis à averbação de edificações consolidadas que se enquadrassem nas condições da maioria das residências objeto do regime de laje.

4.4. São Luís/MA

O Código de Construções do Município de São Luís também é de edição longínqua, sendo datado de 1976. Não foram localizados artigos que representassem a regulamentação de unidades habitacionais voltadas ao direito de laje.

O Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Maranhão, concernente aos serviços extrajudiciais, não abrange a laje como um dos direitos registráveis nos seus cartórios de imóveis, conforme se observa da redação do seu art. 572, relativo aos atos registráveis.

Constata-se, além disso, que embora estejam entre os atos averbáveis as edificações e reformas (art. 587, IV), o código não detalha os documentos necessários para este serviço, pelo que se entende que é seguida a determinação da LRP a respeito (art. 246, §1º, mencionado alhures), na qual se inclui o habite-se. Nesse contexto, aduz-se que não há, neste regramento, a previsão de possibilidades alternativas de serem averbadas construções consolidadas e ocupadas, e que não tenham habite-se, com o fito de regularizá-las.

4.5. Belém/PA

O Código de Posturas do Município de Belém determina, em seu art. 21, que as normas relativas à execução de obras e urbanização e à expedição de alvarás de licença são as estabelecidas pelo Código de Obras e Edificações da cidade.

Por seu turno, no Código de Obras e Edificações de Belém, as especificações sobre as edificações residenciais são somente quatro, e versam sobre o número mínimo de compartimentos, dimensão mínima, dispositivos de combate a incêndio e as condições para a proximidade entre habitações e compartimentos destinados a comércio (arts. 43 a 46). Nota-se não haver orientações edilícias no sentido de conceber residências na esfera do direito de laje.

A respeito do Código de Normas dos Serviços Notarias e de Registro do Estado do Pará, também nele não houve alterações relativas à inclusão do direito de laje. O art. 961 contém a regra convencional sobre a averbação de construções, que reclama o habite-se como um dos documentos a instruí-la, conforme já abordado neste artigo anteriormente.

5. CONCLUSÃO

O controle municipal sobre as edificações abrange desde o loteamento até a conclusão das obras e tem na emissão do habite-se a sua última etapa, documento que deve, ainda, ser averbado no Registro de Imóveis. É uma regra que não incide na maioria das construções residenciais brasileiras, porque inseridas em um contexto amplo e histórico de diversas irregularidades.

O direito real de laje foi introduzido no ordenamento pátrio como o objetivo de reconhecer a situação fática característica das ocupações desordenadas e promover a sua regularização, ou seja, como uma resposta à conjuntura de inconformidades imobiliárias.

Diante disso, para assegurar a solidez da construção-base, sobre ou sob a qual serão levantados novos pavimentos em que incidirá o direito de laje, o Município deve atuar com atenção a duas realidades: a das moradias já construídas, consolidadas e ocupadas, que não passaram

pelo controle municipal; e as que ainda não foram erguidas, de maneira a garantir o seu necessário licenciamento e acompanhamento.

Quanto à primeira situação, entende-se que não é possível exigir do administrado o habite-se, de maneira que a estabilidade e habitabilidade da residência devem ser atestadas por outros meios. A partir dos instrumentos normativos analisados, apenas o Código de Normas baiano apresenta essa possibilidade, consistente na certificação, expedida por um profissional capacitado, relativa à segurança do imóvel. Regulariza a habitação sem menosprezar a importância da estabilidade estrutural.

Em relação ao segundo cenário, compreende-se que, para se garantir o habite-se de construções-base, deve-se incluir o direito de laje nos códigos edilícios e urbanísticos, que prevejam todo o procedimento de licenças, fiscalizações e controles para residências em que se possa instituir o direito real em comento. As normas das cidades estudadas não demonstram atualizações específicas pensadas no direito de laje, o que não é interessante, porque é indispensável o planejamento de estruturas que suportem indeterminados pavimentos e que não se confunda com o regime condominial. Os trechos destacados não passam de previsões que apenas se aproximam da conjuntura em que se encontram as residências que poderiam vir a ser objeto do direito de laje, como é o caso do Código de Obras do Rio de Janeiro/RJ, que concebe habitações bifamiliares superpostas.

Ademais, à exceção do mencionado Código de Normas da Bahia, nenhum outro sofreu modificações para abranger o direito real de laje, de maneira que nesses estados a regra a ser seguida é a genérica regulamentação constante do Código Civil, sem a devida conformação às peculiaridades locais.

Se o Poder Público não conceber normas edilícias particularmente refletidas para o direito de laje, a tendência é que as habitações que serão objeto deste direito real continuem a ser erguidas sem o acompanhamento municipal e, por consequência, desprovida do registro imobiliário, perpetuando-se as irregularidades. É um pensamento preventivo imprescindível para que a única solução não seja a posterior regularização, como as propiciadas pela Reurb e legislações afins.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BAHIA. **Provimento Conjunto CGJ/CCI Nº 03/2020**. Dispõe sobre o Código de Normas e Procedimentos dos Serviços Notariais e de Registro do Estado da Bahia. Disponível em: <http://www7.tjba.jus.br/secao/lerPublicacao.wsp?tmp.mostrarDiv=sim&tmp.id=23871&tmp.secao=28>. Acesso em: 20 fev.2021.
- BELÉM. **Lei n.º 7.055, de 30 de dez. de 1977**. Dispõe sobre o Código de Posturas do Município de Belém. Disponível em: http://www.belem.pa.gov.br/semaj/codigo_de_postura.htm#LICEN%C3%87A%20DE%20LOCALIZA%C3%87%C3%83O. Acesso em 01 abr. 2021.
- BELÉM. **Lei n.º 7.400, de 25 de jan. de 1988**. Dispõe sobre as edificações no Município de Belém e dá outras providências. Disponível em: http://www.belem.pa.gov.br/segep/download/coletanea/PDF/n_urban_p/edific.pdf. Acesso em 01 abr. 2021.
- BELLO, Luiz. **Dia Nacional da Habitação: Brasil tem 11,4 milhões de pessoas vivendo em favelas**. Agência IBGE Notícias. 21 de ago. de 2017. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/15700-dados-do-censo-2010-mostram-11-4-milhoes-de-pessoas-vivendo-em-favelas>. Acesso em 10 de jun. de 2021.
- BRASIL. **Lei n.º 6.015 de 31 de dez. de 1973**. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm. Acesso em: 11 abr. 2021.
- BRASIL. **Lei n.º 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.
- BRASIL. **Lei n.º 13.465, de 11 de julho de 2017**. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13465.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.
- BRASIL. **Lei n.º 13.865, de 08 de agosto de 2019**. Altera a Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei de Registros Públicos), para dispensar o habite-se na averbação de construção residencial urbana unifamiliar de um só pavimento finalizada há mais de 5 (cinco) anos em área ocupada predominantemente por população de baixa renda. Brasília, 08 de ago. de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13865.htm. Acesso em: 10 jun. 2021.
- CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli; OLIVEIRA, Fernanda Loures de. **Aspectos Urbanísticos, Cíveis e Registros do Direito Real de Laje**. Rev. Bras. Polit. Públicas (Online), Brasília, v.7, nº 2, 2017 p. 121-146. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Paulo-Carmona/publication/320>

- 201791_ASPECTOS_URBANISTICOS_CIVIS_E_REGISTRAS_DO_DIREITO_REAL_DE_LAJE/links/5efe9fab4585155050879044/ASPECTOS-URBANISTICOS-CIVIS-E-REGISTRAS-DO-DIREITO-REAL-DE-LAJE.pdf. Acesso em: 10 jun. 2021.
- GUIMARÃES, Ana Paula Momose. **Alvarás de construção: caminhos e des-caminhos** – 2018. – 163 f. Tese (doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018. Disponível em: <http://tede.mackenzie.br/jspui/bitstream/tede/3779/5/Ana%20Paula%20Momose.pdf>. Acesso em: 08 de jun. 2021.
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos: teoria e prática**. – 8. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- MARANHÃO. **Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça do Maranhão**. Disponível em: <https://www.tjma.jus.br/legislacao/cgj/codigo-norma/titulo-codigo/263/9289>. Acesso em: 10 jun. de 2021.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. **Loteamentos urbanos à luz da Constituição Federal**. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura. n. 9. ano 3. p. 121-154. São Paulo: ED. RT, abr.-jun. 2019. ISSN 2526-8120. Disponível em: <https://rdai.com.br/ojs/index.php/rdai/issue/view/rdai.09>. Acesso em: 08 jun. 2021. doi: <https://doi.org/10.48143/rdai.09>.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de Construir**. Atual. Eurico de Andrade Azevedo; Adilson Abreu Dallari; e Daniela Libório di Sarno. – 9. ed. – São Paulo: Malheiros, 2005.
- NISIDA, Vítor Coelho; ROLNIK, Raquel. **Desafios da regulação urbanística no território das favelas**. 2017. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/16/16137/tde-21122017-102053/>. Acesso em: 08 jun. 2021.
- PARÁ. **Código de Normas dos Serviços Notarias e de Registro do Estado do Pará**. Disponível em: <http://www.tjpa.jus.br//CMSPortal/VisualizarArquivo?idArquivo=824163>. Acesso em 01 abr. 2021.
- PERNAMBUCO. **Código de Normas dos Serviços Notariais e de Registro do Estado de Pernambuco**. Disponível em: <https://www.tjpe.jus.br/documents/29010/1101020/Codigo+de+Normas+atualizado+at%C3%A9+Prov+16-2019+-+Dje+24.10.2019.pdf/becad42a-aa49-2e16-59f4-7d284a33c335>. Acesso em 30 mar. 2021.
- PESQUISA INÉDITA: Percepções da sociedade sobre Arquitetura e Urbanismo**. Pesquisa CAU/BR-Datafolha ouviu mais de 2.400 pessoas em todo o país. CAU/BR – Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil, 12 de out. de 2015. Disponível em: <https://www.caubr.gov.br/pesquisa-caubr-datafolha-revela-visoes-da-sociedade-sobre-arquitetura-e-urbanismo/>. Acesso em: 27 abr. 2021.

Prefeitura regulariza obras e serviços construídos sem licença em Salvador. Secretaria de Desenvolvimento Urbano (SEDUR), 15 de mai. de 2019. Disponível em: <http://www.sucom.ba.gov.br/noticias/prefeitura-regulariza-obras-e-servicos-construidos-sem-licenca-em-salvador/>. Acesso em: 10 jun. 2021.

RECIFE. **Lei n.º 7427, de 19 de dez. de 1961. Código de Urbanismo e Obras.** Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a1/pe/r/recife/lei-ordinaria/1961/743/7427/lei-ordinaria-n-7427-1961-codigo-de-urbanismo-e-obras-codificacao-das-normas-de-urbanismo-e-obras?q=7427>. Acesso em: 30 mar. 2021.

RIO DE JANEIRO. **Código de Normas da Corregedoria Geral da Justiça – Parte Extrajudicial.** Disponível em: <http://cgj.tjrj.jus.br/consultas/legislacao/consolidacao-normativa-parte-extrajudicial>. Acesso em 28 mar. 2021.

RIO DE JANEIRO. **Lei Complementar Municipal n.º 198 de 14/01/2019.** Institui o Código de Obras e Edificações Simplificado do Município do Rio de Janeiro – COES. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/web/smu/texto-da-lei>. Acesso em 26 mar. 2021.

SALVADOR. **Lei Municipal n.º 9.148 de 08/09/2016.** Dispõe sobre o Ordenamento do Uso e da Ocupação do Solo do Município de Salvador e dá outras providências. Disponível em: <http://www.sucom.ba.gov.br/wp-content/uploads/2016/09/novalouossancionada.pdf>. Acesso em 20 fev. 2021.

SALVADOR. **Lei Municipal n.º 9.281 de 03/10/2017.** Institui normas relativas à execução de obras e serviços do Município do Salvador, e dá outras providências. Disponível em: http://www.sucom.ba.gov.br/wp-content/uploads/2017/10/Lei_9281_2017_codigodeobras.pdf. Acesso em: 20 fev. 2021.

SANTOS, Angela Moulin S. Penalva. **Política urbana no brasil: a difícil regulação de uma urbanização periférica. Geo UERJ**, [S.l.], n. 36, p. e47269, fev. 2020. ISSN 1981-9021. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/geouerj/article/view/47269/32233>. Acesso em: 08 jun. 2021. doi:<https://doi.org/10.12957/geouerj.2020.47269>.

SÃO LUÍS. **Lei Delegada n.º 033, de 11 de mai. de 1976.** Reestrutura o Código de Construções e dá outras providências. Disponível em: https://www.agenciasaoluís.com.br/midias/anexos/2242_codigo_de_obras.pdf>. Acesso em 31 mar. 2021.

SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Direito Registral Imobiliário: teoria geral, de acordo com o novo Código de Processo Civil e a Lei 13.456/2017.** – Curitiba: Juruá, 2017. 2ª Impressão (Ano 2018).

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro.** – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2010.

CAPÍTULO XII

Junto ou separado? Como o princípio da concentração dos atos na matrícula oferta segurança jurídica aos de boa-fé

*Íngradi Iramaia Alves Fonseca**

INTRODUÇÃO

Junto ou separado? eis o questionamento que nos fez perceber a importância do **Princípio da Concentração dos Atos na Matrícula**, relevância essa que não se deve partir da premissa do quão ela é importante para o operador do Direito, mas do quanto ela é necessária para aqueles que são “leigos” jurídicos, pois aqueles são conhecedores de caminhos que podem ser trilhados para evitar grandes problemas jurídicos no futuro, mas os ditos “leigos jurídicos” não!, eles necessitam de clareza nas informações, eles precisam que as informações sejam postadas de forma direta e objetiva.

Os primeiros passos de nosso estudo propõem um caminhar pela evolução da propriedade, passando pelo sistema registral imobiliário até chegar nos principais princípios que norteiam o caminhar do sistema registral.

(*) Especialista em Direito Registral e Notarial pela Faculdade IBMEC e Instituto Damásio de Direito; Bacharela em Direito pelo Centro Universitário do Vale do Ipojuca – UNIFAVIP/DeVry; Especialista em Língua Portuguesa e Gestão Escolar/Coordenação Escolar pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru – FAFICA; Graduada em Letras pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru – FAFICA; Ex-tabeliã Substituta no Tabelionato de Notas e Protesto na Cidade de Tucano/BA; Professora na Rede Municipal de Ensino do Município de Caruaru/PE; E-mail: ingradi@gmail.com

Nesta caminhada nos deparamos com a relação do Princípio da Concentração dos Atos com os princípios da segurança jurídica e da publicidade, entrelace esse essencial a atividade notarial e registral e de extrema valia para aqueles que clamam por segurança quando decidem fazer um negócio imobiliário. Eis a importância social da referida abordagem, principalmente quando percebemos que os ditos compradores não possuem conhecimento jurídico acentuado, nem possuem recurso financeiro avantajado para arriscar em alto grau.

Concretiza-se aí a importância acadêmica deste estudo, quando visa perceber os benefícios sociais do **Princípio da Concentração dos Atos na Matrícula**, verificando como este pode auxiliar um interessado de boa-fé em um negócio jurídico, além de chamar para si a atuação de mais outros princípios como o da publicidade e o da segurança jurídica.

Iniciamos por uma contextualização histórica do Registro Imobiliário desenvolvido em nosso país e em seus sistemas, observando a segurança jurídica que o mesmo transmite para a sociedade em geral e para o instituto da propriedade, verificando como os princípios do Direito Registral interagem com a referida situação, enfatizando a atuação do Princípio da Concentração dos Atos na Matrícula.

Situação essa que nos leva a averiguar a origem e a relação do princípio da concentração dos atos na matrícula com a propriedade e o registro imobiliário, verificando como o mencionado princípio favorece um adquirente de boa-fé. Por ser assim é relevante analisar a evolução da propriedade e do registro, se debruçar sobre os princípios basilares do Direito Registral, objetivando perceber a benéfica atuação do Princípio da Concentração dos Atos na Matrícula.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Sabendo que são inúmeras as relações jurídicas existentes no âmbito de uma sociedade e que é responsabilidade do Estado garantir segurança jurídica as negociações praticadas, principalmente naquelas que possuem imóveis como objetos. O Estado traz o princípio constitucional da segurança jurídica, ressaltado em nossa Lei Maior em seu art.

5º, XXXVI (BRASIL, 1988), como algo que deve ser assegurado a todo e qualquer cidadão.

O meio Estatal precisou elaborar mecanismos capazes de auxiliá-lo nessa função, delegando ao Notário e ao Registrador a prestação de serviços públicos, com caráter privado, em especial nas transações imobiliárias. A referida delegação é prática de grande relevância, pois ambos atuam na prevenção de litígios e principalmente atuam retirando do Judiciário processos que certamente iriam lotar o judiciário, uma vez que ambos verificam se as declarações de vontades e os títulos apresentados estão consoantes com o ordenamento jurídico vigente.

2. A PROPRIEDADE

A gênese da propriedade no Brasil iniciou com o descobrimento do Brasil quando as terras brasileiras passaram ao domínio público. O território brasileiro, originalmente, era formado por terras públicas, e com a colonização, passou a ser dividido, surgindo assim as capitânicas hereditárias, como ensina REMEDIO (2015, p. 603) quando afirma que: “a distribuição de glebas de terras para particulares, a título de sesmarias, com a condição de medir, transformar e cultivar referidas terras, tornando-as produtivas e, uma vez cumpridas as exigências da Coroa, seriam elas confirmadas”.

A propriedade privada foi instituída pela Coroa portuguesa através de doações, onde os capitães recebiam as sesmarias, estas com isenção de tributos. Prática essa que estimulava os súditos a ocuparem as terras doadas, mesmo sem possuir o pleno domínio das capitânicas, uma vez que podiam até ser punidos se não cumprissem os encargos que lhes cabiam.

No ano de 1822 o sistema de sesmarias foi suspenso e com a Independência do Brasil em 1824, a propriedade passou a ter garantias constitucionais. Em 1843, de forma ainda imperfeita, surge a lei de hipotecas, conforme ensina DINIZ (2003, p. 15) e PEREIRA (1977, p. 49). Em 1850, a Lei das Terras, disciplinava a questão referente às terras brasileiras, que ainda apresentava o Registro do Vigário. SARMENTO FILHO (2003, p.13) ensina que a declaração de posse no dito Registro do Vigário não transmitia a propriedade, como se acreditava, uma vez que o pároco

apenas tomava as declarações do interessado, não podendo aquele criar obstáculos, mesmo que percebesse que tal declaração era falsa.

Em 1854 apresentou-se ainda um projeto de lei sobre hipotecas, que pretendia registrar atos translativos de propriedade, o qual foi convertido em 1864, quando tornou-se a gênese do Registro Geral, o qual objetivava atrair os direitos reais imobiliários, conforme nos ensina DINIZ (2003, p. 18) e CARVALHO (1998, p, 07).

Assim, a Lei 1237/1864, criou a transcrição como modo de transferência de domínio, ordenando a escrituração e garantindo os direitos reais imobiliários, excluindo-se da referida lei as transmissões por *causa mortis* e os atos jurídicos.

Algumas aprimorações foram surgindo até chegar o ano de 1890, quando foi criado o sistema de registro imobiliário Torrens, momento este que se utilizou pela primeira vez o termo “*matrícula*”, o qual indicava o assentamento dos imóveis, com suas especialidades físicas e jurídicas, surgindo assim o Registro de Imóveis até hoje existente, conforme DINIZ (2003, p, 19).

O Sistema Torrens adotado inicialmente no ano de 1858 na Austrália, era um sistema de registro destinado as áreas rurais, consistindo numa sentença judicial, transitada em julgado, que tem a força de outorgar um direito de propriedade inquestionável, desde que cumpra todos os pressupostos exigidos. O mencionado sistema apresentou a matrícula como um registro de propriedade seguro, capaz de conferir um direito incontestável, portando assim um certificado de propriedade, esclarecido por BALBINO FILHO (1999, p. 128). A grande questão é que esse sistema não perdurou no Brasil, pois o mesmo possuía alto custo e era de caráter facultativo, ficando assim sem muita utilização dentro do sistema jurídico nacional.

O Código Civil do Brasil de 1916 (BRASIL,1916) veio com o objetivo de regulamentar os Registros Públicos e reestruturar as leis anteriormente elaboradas sobre a temática. Aqui o registro público assumiu um caráter de instituição pública, com a função de operar a transmissão do domínio, por ser percebido como um dos meios aquisitivos da propriedade. Seguindo essa normativa e nesse sentido surgiram outras até chegar atual Código Civil de 2002.

O registro imobiliário foi apresentado como uma forma de aquisição de propriedade pelo Código Civil de 1916, cuja regulamentação do referido sistema deu-se apenas com a Lei de Registros Públicos – Lei nº 6015/1973 – e a modificação da Lei nº 6140/1974 e da Lei nº 6216/1975, sendo todas essas recepcionadas pelo Código Civil de 2002, onde a sistemática é a mesma do sistema alemão. Mas vale salientar que por pura ausência de informação ou por limitações financeiras muitas pessoas não finalizam esse processo de registro imobiliário, não encaminhando as escrituras imobiliárias para o Registro de Imóveis competente, gerando assim apenas direitos pessoais entre aqueles que firmaram o ato notarial, além de abrir espaço para fraudes e provocando insegurança jurídica.

Maria Helena Diniz (2003, p.21) esclarece que a Lei de Registros Públicos – a lei nº 6015/1973 – surge com o objetivo de ofertar novos elementos e formas para o sistema imobiliário firmado nas terras brasileiras, deixando-o mais dinâmico e com relações jurídicas mais seguras, segurança jurídica esta que será assegurada ao se priorizar pelo respeito aos princípios que regem o Direito Notarial e Registral.

3. O REGISTRO IMOBILIÁRIO

A correta aplicação e utilização do Registro de Imóveis exige que aqueles que o utilizam possuam uma apreensão adequada de sua conceituação e de sua finalidade, questão essa que fica prejudicada quando nossa Lei Maior assegura em seu art. 236 que *“os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”* (BRASIL, 1988).

Melo (2010) ressalta a importância do Registro de Imóveis quando afirma que este é um

Órgão pacificador de conflitos – instituto destinado à garantia da segurança jurídica do tráfego imobiliário – bem como de exercer um filtro jurídico dos títulos que ingressam no fôlio real, surge no direito de propriedade como importante ferramenta para estabilizar as negociações e atos jurídicos que envolvam imóveis.

Assim percebe-se a relevância de tal instituto para os negócios imobiliários, que é ratificada na lei de Registro Públicos, em seu art. 172 – Lei nº 6015/73 –, quando acrescenta quanto à finalidade que:

No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintivos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, “inter vivos” ou “mortis causa” quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

O artigo 1º da mesma lei – Lei nº 6015/73 – ainda assegura que é de responsabilidade do registro imobiliário garantir a autenticidade, a segurança e a eficácia dos atos e fatos jurídicos contidos no fôlio real; no mesmo sentido, garante a Lei nº 8935/94 que os serviços notariais e de registro possuem a finalidade de garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos.

Assim, esclarece-se, que a finalidade de autenticidade assegurada nas duas legislações, é uma tentativa de garantir o legítimo, de representar o mais próximo do real, do verdadeiro; entende-se por eficácia a força/poder que o ato/fato assume para produzir os efeitos jurídicos almejados; por segurança firma-se a ideia de estabilidade, certeza, sendo para o registro imobiliário uma segurança jurídica voltada para o titular dos direitos reais de determinado imóvel, onde a publicidade vem criar mecanismos para que os fatos relevantes sejam inscritos, juntamente com os direitos firmados, tornando-se assim questões presumidamente conhecidas de todos, conforme nos ensina SERRA e SERRA (2013, p. 16).

Dessa forma fica fácil perceber que o Registro de Imóveis termina filtrando os negócios jurídicos firmados entre as partes, uma vez que eles são analisados de forma detalhada em todas as suas vertentes pelo Registrador, objetivando assim reduzir as chances de futuros embates jurídicos entre as partes.

4. UM BREVE CAMINHAR PELOS PRINCÍPIOS QUE REGEM O DIREITO REGISTRAL

Quando pensamos nos principais princípios que norteiam o Direito Registral, temos o Princípio da Publicidade, Princípio da Legalidade, Princípio da Unitariedade/Unidade Matricial, Princípio da Especialidade, Princípio da Continuidade, Princípio da Prioridade, Princípio da Instância ou Rogação, Princípio da Presunção da Validade dos Atos, Princípio da

Disponibilidade, Princípio da Inscrição, Princípio da Territorialidade, Princípio da Obrigatoriedade do Registro, Princípio da Parcelaridade do Título, Princípio da Fé Pública, e por fim aquele que nos serve de objeto de estudo, o Princípio da Concentração, que será tratado em capítulo especial. Assim sendo, vamos caminhar pelos ensinamentos principiológicos registrais para averiguar os que estes nos deixam de base.

4.1. Princípio da Publicidade

O referido princípio assegura que os atos registrais devem possuir efeitos perante todos, ou seja, *erga omnes*. Não sendo necessário que a pessoa possua um interesse justo para ter acesso às informações contidas no fólio real através de certidões. Importante frisar que ele visa proteger o interesse de terceiros, pois confere segurança jurídica em relação as informações constantes nos livros registrais quanto às pessoas e quanto aos bens.

4.2. Princípio da Legalidade

O Princípio da Legalidade tem por objetivo principal impedir o registro de títulos inválidos, imperfeitos e ineficazes. Tal análise ocorre quando o Registrador faz um exame com base na legislação e normas vigentes, existindo exigência a ser cumprida, o mesmo indicará por escrito, conforme determina a Lei 6015/73, em seu art. 198, caput:

Art. 198 – Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito (...).

Com este fica evidente que a validade do registro de um título refere-se de forma direta com a validade do negócio jurídico que lhe iniciou, assim, se o negócio for nulo, o registro imobiliário também o será.

4.3. Princípio da Unitariedade ou Unidade Matricial

A Lei nº 6015/73 em seus art. 225 e 176, §1º, inciso II, item 3, assegura a individualidade de cada imóvel, tornando-o único. Assim, a matrícula registral se refere a um único imóvel, e cada um, receberá seu número de matrícula de forma única, particular e individualizada.

4.4. Princípio da Especialidade

O referido princípio indica que o fólio deve ter uma determinação precisa, seja ele real ou pessoal. Mais uma vez a individualização do bem é ressaltada e ratificada, independente se é sob o prisma do titular do direito o do próprio direito.

LOUREIRO (2017, p.32) esclarece que essa individualização do imóvel é uma verdadeira identificação, onde é apresentando a indicação de suas características e confrontações, localização, área e denominação, código e dados constantes no Certificado de Cadastro de Imóvel Rural, quando o imóvel tem origem rural, ou logradouro e número, quando este é urbano, apresentando sua designação cadastral.

4.5. Princípio da Continuidade

Um princípio de suma relevância para o trato registral, pois através deste se busca respeitar a cadeia de titularidade constante no registro. Assim só se efetuará novo registro se as informações forem coincidentes com as contidas na matrícula. Os arts. 195, 222 e 237 da Lei de Registros Públicos enfatiza a relevância de se obedecer ao referido princípio como pode ser percebido:

Art. 195 – Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro.

Art. 222 – Em todas as escrituras e em todos os atos relativos a imóveis, bem como nas cartas de sentença e formais de partilha, o tabelião ou escrivão deve fazer referência à matrícula ou ao registro anterior, seu número e cartório.

Art. 237 – Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro.

A ideia de encadeamento é determinada e os assentos registrais podem ser facilmente comparados a uma corrente que vão se interligando através de seus elos. A segurança jurídica é resguardada aqui, quando não será possível vender ou gravar de ônus, quem não figurar como proprietário no registro imobiliário.

4.6. Princípio da Prioridade

Prenotação ou protocolo, esses são os outros nomes aplicados ao referido princípio, designando um ato essencial praticado no dia a dia do Registro de Imóveis. Quanto um título adentra no registro imobiliário este recebe um número de ordem, essa protocolização, irá demonstrar a ordem a ser seguida para efetivação do registro, firmando assim a prioridade.

Assim, aquele que primeiro apresentar o título terá prioridade perante o segundo, seguindo a ordem cronológica de seu ingresso, prioridade essa que se estenderá do exame ao registro, até a concretização do direito real.

LOUREIRO (2017, p. 26) ensina que um por uso do protocolo, todos os títulos recebem um número de ordem, seguindo a ordem de sua apresentação. Essa sequência determinará a prioridade do título e esta a preferência dos direitos reais, ainda que vários títulos sejam apresentados simultaneamente pela mesma pessoa.

4.7. Princípio da Instância ou Rogação

Este princípio é a verdadeira busca ao registro, uma vez que o Registrador precisa ser provocado por alguém para que possa exercer sua atividade, não podendo este agir *de ofício*, respeitando assim o que garante os artigos 13 e 217 da Lei de Registros Públicos (1973).

Assim, o Registrador não pode atuar por vontade própria, exceto em casos de averbação de nomes de logradouros decretados pelo Poder Público, como também qualquer ônus percebido em certidão originária de outra circunscrição, quando da abertura de matrícula. O Registrador também pode atuar *de ofício* para correção de erros materiais praticados pelo mesmo.

Guilherme Loureiro (2017, p. 30) esclarece referindo-se ao referido princípio que em nenhuma hipótese o registrador poderá recusar o recebimento e/ou protocolo de um título, mesmo que constate uma exigência de ordem fiscal ou perceba vícios em primeira análise. Ocorrendo tal fato, o Registrador deve efetuar o protocolo e fazer as exigências cabíveis para que ele adentre ao registro imobiliário.

4.8. Princípio da Presunção da Validade dos Atos

A presunção da validade dos atos pode ser relativa ou absoluta. Será relativa, ou *juris tantum*, quando emana do sistema registral comum e estabelece que o registro atribui eficácia jurídica e validade perante terceiros; será absoluta, ou *juris et de jure*, quando aplica-se somente ao Sistema Torrens, conforme ensinamento apresentado pelo art. 277 e segs. da Lei nº 6015/73.

Art. 277. Requerida a inscrição de imóvel rural no Registro Torrens, o oficial protocolará e autuará o requerimento e documentos que o instruírem e verificará se o pedido se acha em termos de ser despachado.

4.9. Princípio da Disponibilidade

O referido princípio resguarda que ninguém pode transferir mais direitos do que os constantes em seu nome no registro imobiliário, ou seja, não é possível dispor do que não se tem.

A propriedade e os direitos só são passíveis de transmissão imobiliária quando estão devidamente registrados no Registro de Imóveis, não podendo o transmitente vender mais área do que consta em seu nome no fôlio real.

4.10 – Princípio da Inscrição

A Lei de Registros Públicos implantou uma das grandes novidades para a segurança jurídica imobiliária: a matrícula.

O cadastro dos imóveis, objetiva a conferência das informações contidas na matrícula registral, implantando no sistema registral autenticidade, segurança e eficácia.

4.11. Princípio da Territorialidade

O princípio da territorialidade nos direciona imediatamente para a circunscrição definida em Lei ao Registrador competente por determinada área, uma vez que cada oficial atua nos limites de sua competência.

Assim fica claro a importância da circunscrição, e conseqüentemente a do princípio da territorialidade, quando esclarece que a inscrição deverá ser feita no registro imobiliário referente a circunscrição territorial a que o imóvel pertencer, com as exceções apresentadas no artigo 169, incisos I e II, da Lei de Registros Públicos.

4.12. Princípio da Obrigatoriedade do Registro

Segundo LOUREIRO (2017, p, 35) o referido princípio se configura na obrigatoriedade de se registrar o título imobiliário para se adquirir a propriedade.

4.13. Princípio da Parcelaridade do Título

Seguindo esse princípio, o registrador pode retirar ou aproveitar do título os elementos que poderão ingressar no fôlio real imediatamente, desconsiderando aqueles que caíram em exigência.

4.14. Princípio da Fé Pública

O princípio da fé pública registral esclarece que aquele que adquire um direito real sobre um bem imóvel inscrito no Registro de Imóveis, deve ser protegido na sua aquisição, mesmo que exista inexatidão ou nulidade no registro.

Vale ressaltar que o referido princípio protege apenas os direitos devidamente inscritos, não aqueles que estão interligados aos registrados. Assim uma possível inexatidão dos interligados não convalida em favor do inscrito, por ficar fora da proteção da fé pública aqui em tela.

5. O PODER DO PRINCÍPIO DA CONCENTRAÇÃO DOS ATOS NA MATRÍCULA

Papel de relevância assume o Princípio da Concentração nesse estudo, principalmente quando é averiguado o quão facilitador ele se torna para aqueles que não possuem conhecimentos jurídicos e que necessitam

ter ao seu alcance o máximo de informações sobre determinado imóvel para puderem finalizar um negócio jurídico.

Um questionamento pode ser firmado nesse momento: mas o que reza esse princípio para ser tão facilitador?

Fácil! O Princípio da Concentração assegura que todos os atos que recaiam sobre qualquer imóvel devem estar necessariamente inscritos na sua respectiva matrícula. Assim, ele busca concentrar todas as informações de um respectivo imóvel em sua matrícula, e qualquer situação que ali não conste não poderá ser oposta pelo interessado.

Interessante aqui é perceber que para uma boa utilização do referido princípio, o interessado deve ter uma postura ativa, diligenciando junto ao Registro de Imóveis com a finalidade de requerer as averbações necessárias ou registrar na matrícula do dito imóvel os fatos que possam constituir, transferir, modificar ou extinguir os direitos, sendo tal providência incumbência também do Estado, órgãos e entidades da Administração direta e indireta. Enaltece-se junto a este os princípios da publicidade, da boa-fé e da inscrição.

Por assim ser e por se buscar veementemente uma proteção para os terceiros adquirentes de imóveis, que estão de boa-fé, o Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015 – em seu art. 792, versa sobre as situações que a alienação ou a oneração de bens podem ser percebidas como fraude à execução.

Ficando claro que é de responsabilidade dos credores/exequentes/interessados fazerem as devidas averbações das ações, pretensões reipersecutórias, reais, ou qualquer outro tipo de constrição na matrícula do imóvel, para que fique demonstrada a fraude à execução, caso o imóvel, seja objeto de alienação ou oneração a terceiro, não podendo este se valer de alegação de boa-fé, já que os atos estavam postos na matrícula imobiliária.

Mas quando tratamos do Princípio da Concentração o veio legislativo que se destaca é o art.54 da Lei nº 13.097/15, uma vez que o mesmo também dispõe sobre a relevância da segurança jurídica nos negócios, assegura que:

Art. 54 – Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não

tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I – registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II – averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase se cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil;

III – averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV – averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei nº 5869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil;

Parágrafo único. **Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis**, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel. (*Grifo nosso*)

Conforme é possível perceber os atos registrais contidos nos incisos do art. 54, da Lei 13.097/15, tem por objetivo impedir o registro de atos posteriores ou relativizar a eficácia perante os atos inscritos posteriormente.

O inciso I do art. 54 dispõe sobre às ações reais e pessoais reipersecutórias, essas ações para adentrarem ao fôlio real imobiliário, devem ser averbadas na matrícula do imóvel no prazo de 05 (cinco) dias, cujo título deverá ser por mandado/ofício judicial, passando pela qualificação registral, para averiguar se está contido todos os elementos exigidos em lei, como também se os princípios registrais estão sendo respeitados.

O inciso II do art. 54 apresenta a possibilidade de averbação das ações de execução de títulos extrajudiciais quando estão em fase de cumprimento de sentença, bem como as ações de alimentos.

Seguindo, o inciso III do mesmo artigo – art. 54 –, possibilita a averbação na matrícula do imóvel das restrições administrativas/convencionais do loteador ou incorporador e de indisponibilidade.

O inciso IV, do art.54, permite a averbação de ações que podem levar à insolvência, sendo responsabilidade do juiz fazer a análise da situação posta, verificando o motivo apresentado, para que assim seja possível evitar um prejuízo para o proprietário.

Por fim, o parágrafo único do mesmo artigo, quer seja art. 54, da lei 13.097/15, versa sobre a garantia do terceiro de boa-fé que registra seu título translativo de propriedade no local competente, estando protegido por não poderem que apresentar situação não constante da matrícula e que ali deveria estar concentrada.

LOUREIRO (2017, p. 58) esclarece através da referida norma que os ônus/encargos e gravames reais, que decorram de atos de vontade ou da lei, não afetam diretamente o título do adquirente ou qualquer outro direito real imobiliário, enquanto não estiver devidamente registrado no Registrado de Imóveis.

Eis aqui a Princípio da Concentração em sua dose máxima, quando ele se apresenta de forma mais protetora para aquele que se envolve em um negócio jurídico imobiliário, de boa-fé e necessita do maior número possível de informações sobre com quem está transacionando e sobre o imóvel objeto de sua negociação. Sendo este um verdadeiro corolário da publicidade registral, e principalmente de seus efeitos, enfatizando as situações que destaca a oponibilidade a terceiros, os fatos/títulos/direitos efetivamente inscritos no Registro de Imóveis, ou como já dito *“o que não está registrado, não existe no mundo”*, isso porque não oferta a possibilidade que terceiro tenha conhecimento de sua existência e assim possa agir perante tal ocorrência.

Em suma, fica nítido que o Princípio da Concentração na matrícula do imóvel veio para orientar o caminhar registral, o qual propõe uma inscrição imobiliária segura, capaz de minimizar os desperdícios, sejam eles financeiros ou temporais; uma vez que a busca de certidões em diversas comarcas prejudicava os interessados em regularizar seus imóveis, pois o processo tornava-se altamente burocrático para aqueles que possuíam limitações técnicas ou financeiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato perante toda a evolução passada pela propriedade imobiliária, o maior ganho certamente foi o sistema registral e a Lei de Registros Públicos que, tinha como objetivo maior melhorar o Registro de Imóveis e inserir segurança jurídica ao sistema registral.

Assim, o registro imobiliário, através de sua segurança jurídica e da sua publicidade, busca ofertar meios para que todos os fatos e atos se tornem públicos, sendo estes devidamente inscritos nos livros registrai, para que possam transmitir segurança e assim ofertem a devida garantia para a população. Firma-se aí a relevância do referido sistema e a publicidade se apresenta como um pressuposto indispensável para que ocorra a transmissão da propriedade, tornando-se indispensável a averbação dos fatos e atos que afetem o imóvel, uma vez que estas informam as situações enfrentadas pelos sujeitos e objeto de direitos.

Assim, rezando pelo Princípio da Concentração, todo ato ou fato jurídico que esteja relacionado a situação jurídica do imóvel ou às alterações que este possa vir a sofrer, deve constar na matrícula imobiliária, através de registro ou averbação. Dificultando qualquer ato que contrarie a boa-fé negocial, o devedor não terá mais facilidade de onerar/alienar seu bem de forma livre, uma vez que na matrícula deverá conter todos os processos e constrições que recaem sobre os sujeitos de direito e o imóvel objeto do negócio, ficando a escolha do comprador assumir os riscos do negócio ali posto, pois são ofertados a ele todas as informações necessárias.

Verifica-se aí a relevância do princípio que tornara-se objeto de estudo, principalmente para os negócios imobiliários, uma segurança jurídica necessitada por toda uma comunidade, sem falar nos benefícios trazidos pela publicidade dos atos e fatos que atingem a propriedade, que são capazes de dirimir conflitos que certamente iriam bater às portas do Judiciário.

Concluindo assim que: **junto ou separado?** é um questionamento que só demonstra a ponta do Iceberg quando pensamos no Princípio da Concentração nos atos da matrícula, isso porque a necessidade das informações estarem todas **juntas** é essencial, pois os benefícios que tal princípio oferta aos usuários é enorme, uma vez que oferece segurança a todos aqueles que buscam os serviços registrai, sejam eles detentores de conhecimento ou “leigos” jurídicos, sem falar na minimização

de despesas, quando o interessado tem no Registro de Imóveis da circunscrição do imóvel todas as informações referente ao imóvel e seus titulares, não sendo necessário sair colhendo certidões em várias cidades. Benefícios múltiplos que trazem celeridade, enfatizando assim uma das principais características da atividade extrajudicial: celeridade processual, com menores custos e maior segurança.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>
- _____. **Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 656/2014** –2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Exm/ExmMPv656-14.doc>.
- _____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm>.
- _____. **Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Lei de Registros Públicos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015consolidado.htm>.
- _____. **Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994**. Lei dos Cartórios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8935.htm>.
- _____. **Lei nº 10.406, de 10 janeiro de 2002**. Código Civil de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>.
- _____. **Lei nº 13.097, de 07 outubro de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Mpv/mpv656.htm>.
- _____. **Lei nº 13.105, de 16 março de 2015**. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>.
- BALBINO FILHO, Nicolau Balbino. **Direito imobiliário registral**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CARVALHO, Afrânio de. **Registro de imóveis**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- DINIZ, Maria Helena. **Sistema de registro de imóveis**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2003
- LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros públicos: teoria e prática** – 8ª ed. rev. atual e ampl. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2017.

- MELO, Marcelo Augusto Santana de. **A qualificação registral como tutela preventiva de conflitos**. *Revista de Direito Imobiliário* 68. São Paulo: RT, jan-jun. 2010.
- PAIVA, João Pedro Lamana. **Princípio da concentração**. ANOREG/BR –2013. Disponível em: <http://www.anoreg.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21289:artigo-principio-da-concentracao&catid=32&Itemid=181>.
- PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das coisas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977
- REMEDIO, José Antonio. **Direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2015
- SARMENTO FILHO, Eduardo Sócrates Castanheira. **Direito registral imobiliário**. Curitiba: Juruá, 2013.
- SERRA, Márcio Guerra; SERRA, Monete Hipólito. **Registro de imóveis I: parte geral**. São Paulo: Saraiva: 2013.

CAPÍTULO XIII

A necessidade de um plano de negócios para o sucesso do escritório do jovem advogado

*Isabele Pereira Nascimento**

RESUMO: O início da advocacia é sempre cheio de dúvidas. Não somos preparados durante a faculdade para abrir ou administrar um escritório, finanças, clientes, processos e em alguns casos, como escolher o sócio. Nesse trabalho será abordado, o que deve ser levado em consideração após tomar a decisão de abrir um escritório. Como devemos montar a estrutura física, levando em consideração o público alvo, identidade visual, modelo de administração financeira e sob quais termos escolher nosso sócio.

PALAVRAS-CHAVE: Jovem Advogado; Administração Financeira; Gestão de Escritório; Abertura de escritório; Plano de Negócios.

INTRODUÇÃO

Advogar é além de ser jurista, ser meio psicólogo, ser meio vendedor (da sua estratégia) e acima de tudo, ser um bom administrador. No início da advocacia, ao abrir um escritório temos diversas decisões a tomar, onde abrir, com quem abrir, quais áreas atuar, qual será nosso diferencial.

Advogado não exerce atividade mercantil, entretanto, oferece um serviço especializado, que visa lucro e possui as mesmas dificuldades de qualquer negócio, atrair clientes, oferecer bom serviço, concorrência e fidelização do cliente. É necessário traçar estratégias bem definidas em

(*) Advogada inscrita na OAB/BA sob o nº 53.751. Sócia da Ribeiro & Nascimento Advogados Associados. Professora do Ensino Técnico Integrado na Escola Estadual Idelzito Eloy de Abreu. Membro do grupo de pesquisa GRIETA da UFSB. Bacharela em Direito pela Faculdade de Tecnologias e Ciências de Itabuna (2016).

consonância com os planos a longo prazo, para se manter no mercado mesmo com a crise que assola o país.

O modelo é a descrição do negócio, sua forma de gestão e administração financeira. A decisão de como será gerido o escritório perpassa pela seara da gestão da administração e da gestão financeira. Entretanto, pouco se pensa no modelo de administração e o plano de negócios, que será usado para administrar as finanças do escritório. A falta de planejamento financeiro faz com que diversos escritórios fechem todos os anos.

Antes de mais nada, devemos fazer algumas perguntas norteadoras, que ajudam a planejar como será administrado o escritório. O que vou fazer na advocacia? Para quem vou fazer? Como vou fazer? Quanto será necessário?

1. IMPORTANCIA DE DETERMINAR O RAMO QUE PRETENDE ATUAR E PLANEJAR UM MODELO DE ADMINISTRAÇÃO FINANCEIRA

Ao tomar a decisão de abrir um escritório, devemos desde logo, decidir qual tipo de cliente e de mercado está pensando em trabalhar, se é o mercado de massa, com casos de contencioso (principalmente no ramo do direito do consumidor), ou o mercado de nicho (visando atendimento especializado em determinadas área), ou se será segmentado (atendimento especializado em área específica).

Deve-se planejar quais tipos de clientes serão o foco do escritório, e como deverá ser desenhado o escritório em relação ao cliente alvo. Este desenho deve ser pensado dentro da identidade visual do escritório (logomarca), localização e estrutura física.

Os objetivos em relação as áreas de atuação deverão desde logo ser decididos. É claro, que nada impede que ele seja alterado ao longo do caminho, caso o jovem advogado entenda que aquele caminho não é o ideal, entretanto, é preciso fazer um plano antes de começar.

Inicialmente, é importante considerar a questão da administração financeira. Como será feito o investimento inicial, como será gerido as finanças do escritório, quando começar a ter rentabilidade, quando

começar a retirar dinheiro do escritório e a necessidade da implementação de capital de giro.

A estabilidade financeira é um dos pilares para manutenção de qualquer negócio. Como professora do ensino médio integrado ao curso técnico de administração, os conhecimentos que são levados para sala de aula, fizeram com que esta advogada/professora notasse que o sucesso de um escritório, vai além de se ter bons advogados. Saber administrar é tão importante quando saber peticionar.

Um escritório de advocacia, deve ser visto como um empreendimento, uma empresa (dentro dos limites do código de ética) que precisa de administração financeira para dar certo. É necessária uma preparação dos advogados sócios ou advogado individual, para que o escritório comece a se pagar e gerar lucratividade.

Em uma pesquisa da GVLaw, departamento de pós-graduação da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas, indica que 80% dos advogados optam por adquirir conhecimento jurídico quando escolhem um curso de especialização ou pós-graduação, por não darem atenção suficiente a questões como gestão de equipes, captação de clientes ou marketing.

A gestão não possui a atenção que deveria ter do profissional do Direito que é dono de escritório, principalmente, para os jovens advogados que se preocupam muito com estética, localização e sociedade e, muitas vezes, não param sequer para pensar no modelo de gestão antes de abrir as portas. É preciso ter objetivos bem definidos para saber onde se quer chegar.

Fica latente o descaso que é dado a importância do planejamento financeiro ao perceber que as grades dos cursos de direitos pouco ou nada falam acerca da administração e gestão de negócios em escritórios. Ainda que o estudante opte por outro tipo de carreira, a advocacia, ainda é a porta de entrada para o mundo jurídico de um recém-formado e não deve ser esquecida pelas grades do curso de Direito.

Difícilmente, encontra-se um advogado com uma especialização na área de gestão ou marketing, pois, tais temas são vistos como acessórios e que dariam para aprender na prática sem muitas dificuldades. O

que não é bem assim, sem conhecimento dos preceitos básicos, poderá ocorrer déficit financeiro.

Principalmente, quando dispõe de um investimento curto para a abertura e manutenção do escritório é necessário um grande cuidado em onde será aplicado o dinheiro disponível, e como será feito o modelo de administração financeira do mesmo. O planejamento deve levar em consideração o público alvo que pretende atingir.

É claro, que o modelo financeiro deve ser pensado, conforme os gastos previsíveis e aqueles que poderão vim. Entretanto, na maioria dos escritórios sem planejamento financeiro estruturado, não é aplicado uma teoria de capital de giro para custear os gastos por determinado tempo e para situações imprevisíveis.

Importante destacar, a diferença entre investimento fixo, que é aquele que é feito para montagem do escritório (sala, móveis, computadores e etc.) e o capital de giro, que é a reserva dos recursos ficam no “caixa” do escritório para gastos planejados e que possam advir.

Como ilustração, no meu escritório, é usado o modelo que foi feito por um profissional da administração para as minhas necessidades, mas que pode ser aplicado em outros que tenham a mesma estrutura. É usado a forma que apelido de “se tem 3 então pode tirar”.

Entre ganhos e gastos, guarda-se o valor necessário para pagar 3 meses de gastos fixos antes de se fazer qualquer retirada. Ou seja, ao entrar qualquer valor no escritório, retira-se o valor que o escritório custa pelos próximos 3 meses e apenas após, entende-se que auferiu qualquer lucro.

É claro, que tendo em vista que escritório de advocacia possui poucos riscos em comparação com outros modelos de empresas (como um mercado que trabalha com perecíveis por exemplo, que pode ter grandes perdas), não necessita de um grande caixa, pelo menos inicialmente.

Se o advogado ou os sócios quiserem manter um caixa maior (guardando 4 ou 6 meses de gastos fixos), isso fará com que possam fazer investimentos a longo prazo. Então se o jovem advogado pensa em ampliar, seja por abrir uma filial em outra cidade ou mudar de local, é importante já planejar uma reserva maior.

Mas se o jovem advogado não fizer uma reserva financeira, e tirar os gastos daquele mês e ir usando sempre o dinheiro disponível sem um planejamento a longo prazo, poderá acabar fechado as portas no primeiro contratempo que aparecer.

Na maioria dos casos, os jovens advogados são apoiados, pelos pais, cônjuges ou outra carreira que pagas as contas iniciais até que o escritório comece a “se pagar”. Sem o planejamento financeiro, se um desses financiadores tiverem alguma dificuldade financeira, o escritório pode entrar em falência.

Em tempos de crise, já está difícil que se tenha dinheiro disponível para investimentos, se a prioridade do jovem advogado não for fazer o escritório crescer, existem grandes chances de que feche ainda no primeiro ano. Os objetivos a longo prazo, para aquele escritório, que irá ditar, quantos meses de gastos fixos, deverão ser deixados em caixa.

Importante destacar, que capital é diferente de patrimônio, nada impede que no modelo de administração do escritório, além do capital de giro, pense-se em um patrimônio fixo que não será usado para gastos planejados.

Uma boa forma de planejar as entradas e saídas do escritório é através de softwares jurídicos. Esses softwares, ajudam além de ter planejamento financeiro, a administrar a cadeia de clientes, prazos e processos do escritório.

Existem no mercado, diversos softwares pagos e gratuitos que devem ser escolhidos, levando em consideração a necessidade do seu escritório e o que aquele software oferece. Deve-se ponderar o planejamento a longo prazo antes de fazer a escolha, pois passar os dados de um sistema para outro pode ser bem trabalhoso.

2. A GESTÃO DO ESCRITÓRIO E ESCOLHA DO SÓCIO

Por outro polo, tão importante quanto o planejamento financeiro, é a forma de gestão do escritório, principalmente, quando se inicia por meio de sociedade. Tudo começa na escolha do sócio, deve-se levar em consideração a personalidade daquele colega, valores, planos em comum e etc.

Se apenas for colocado em pauta a amizade que se tem com aquela pessoa, sem levar em consideração fatores como conhecimento jurídico, esforço, forma de resolução de conflitos, existem grandes chances de a sociedade não dar certo. Como jovem advogada (formada em 2016.2) tive a chance de ver alguns colegas desfazerem sociedades com menos de 6 meses de iniciadas.

Ficou muito claro, que levar em consideração apenas a amizade é um passo para o fracasso da sociedade. Os principais pontos a serem levados em consideração são: ter boa convivência, objetivos em comum, e ter características complementares.

Foco agora, na importância da característica complementar. Sempre existe aquele advogado que adora audiência, atendimento ao cliente, fazer “a social” e aquele que gosta mais do trabalho de peticionar, pesquisar e gerir a administração de gestão e finanças. Se você é o primeiro, busque o último e vice e versa.

É essencial que as qualidades sejam diferentes para somarem-se e criarem um empreendimento completo e firme. Se ambos gostam das mesmas coisas e odeiam os mesmos serviços será complicado a divisão do trabalho que nenhum dos dois gostam de fazer.

Ainda falando de gestão, é necessário, fazer uma pesquisa de mercado, um mapeamento da necessidade do público alvo. É preciso pensar como empreendedor. Cada localidade terá suas próprias peculiaridades, abrir escritório em cidade pequena é diferente de abrir em uma cidade grande.

É preciso trazer um serviço diferenciado, com advogados já conhecidos e sedimentados, o que você, no início da carreira tem de diferente a oferecer? Como experiência pessoal, eu tenho o hábito de sempre que protocolo as ações, informar ao cliente e mandar o número do processo. Isso gera uma confiança e demonstra o atendimento diferenciado e exclusivo que o meu escritório tem com cada cliente.

Falta de promoção pessoal e habilidade com marketing de relacionamento também podem ser um problema, principalmente para quem decide trabalhar sozinho. Ao tomar a decisão de gerir um escritório de forma individual é preciso ter em mente que será necessário dominar as

duas vertentes da atividade, tanto os serviços internos, quanto o trabalho externo para promoção do escritório.

Quando se inicia por meio de sociedade, e escolhe-se um sócio com características complementares as suas, o jovem advogado possui a liberdade de poder dedicar-se apenas a atividades internas, quando não for muito aberto para atividades que exijam mais sociabilidade, entretanto, este não é um luxo que pode dar-se o advogado que resolve empreender sozinho.

Atuar em sociedade possui algumas vantagens, pois o trabalho poderá ser dividido por afinidade, terá sempre alguém com quem contar para fazer audiências, dividir custas, manter o escritório aberto enquanto o outro faz audiências. Quando o sócio é escolhido por critérios objetivos, para o início da jovem advocacia, a sociedade pode ser um caminho melhor.

Quando se abre um escritório de forma individual é preciso gostar de fazer audiências, atender clientes, peticionar, pesquisar, organizar e digitalizar documentos. É necessário equilibrar todas as atividades que serão feitas pelo escritório tanto as mais sociais quanto as mais burocráticas.

Uma das grandes dificuldades de quem empreende sozinho é conseguir ter consigo todas as características necessárias para gerir um escritório em todos os seus quesitos, sem ter vontade de não fazer essas ou aquelas tarefas. Eu particularmente sou mais “da social” que “do burocrático”.

Entretanto, se a pessoa estiver disposta a levar consigo os dois extremos do trabalho de um escritório e preferir trabalhar sozinha, poderá sem problemas gerir as responsabilidades do escritório. Sempre estando atenta aos prazos e tendo um planejamento diário, semanal e mensal.

Todo mundo sabe que no começo do escritório, a maioria dos advogados são generalistas e atuam em várias áreas do conhecimento ao mesmo tempo. Mas sempre tem aquela área que você não sabe, nem de onde vem ou para onde vai, por isso, é importante, conhecer colegas que atuem em áreas que seu escritório não trabalha e fazer parcerias a fim de não perder potenciais clientes.

Haja vista, que quando satisfeito, ele indicará seu escritório e caso tenha uma nova demanda é ao escritório inicial que irá procurar. Então é de suma importância conhecer colegas especialistas em áreas que não são de sua atuação.

É importante destacar que empreender não é virar o próprio funcionário, é obter lucro do empreendimento. Tendo em vista esse pensamento, é preciso ter muito cuidado na hora de arbitrar honorários.

Diminuir o valor dos horários por medo do cliente achar caro e procurar outro advogado poderá gerar um efeito bola de neve, pois você passará a ser conhecido como o advogado que faz mais barato e será procurado sempre por esse motivo e já com esse intuito.

Isso irá gerar cada vez mais trabalho e menos rentabilidade ao escritório. Além de que o aviltamento de honorários gera consequências para toda a classe em si e haverá sempre aquela sensação que não está valendo a pena ser advogado e que o escritório não tem dado lucro.

Saber precificar é conhecer seu preço mínimo, saber o seu valor de acordo com os diferenciais do seu negócio. São muitas as variáveis que interferem na precificação dos honorários, mas a valorização profissional e a sustentabilidade do escritório a longo prazo devem sempre ser levadas em consideração.

Todo o serviço tem um preço e um valor, e quando se precifica algo, está deixando claro além do preço o valor daquele serviço e do seu trabalho como profissional. Um dos primeiros conselhos que recebi sobre esse tema de um advogado mais experiente foi: ao dar seu preço você está passando seu valor e o tipo de cliente que pretende ter.

Às vezes é melhor abrir mão de um contrato, que cobrar um valor baixo que não te dará a sensação de ser recompensado e acarretará em uma prestação com menos empenho por saber que o valor cobrado não está de acordo com a demanda de tempo e trabalho que aquele serviço exige.

3. A IMPORTÂNCIA DE TER UM DIFERENCIAL PARA SER RECONHECIDO

A gestão dos escritórios, a cada dia que passa, vêm implementando a cada vez mais, os princípios da administração de empresas. Um escritório de advocacia, deve ser pensando como uma empresa que vai além de atender cliente, entrar com ação, ir à audiência, esperar sair sentença e repassar o resultado ao cliente.

Esse modelo, todos os escritórios fazem, entretanto, é preciso de um diferencial para poder se sobressair no concorrido mercado da advocacia, ainda mais quando se está iniciando. É preciso fazer o que os outros não fazem, tudo deve ser feito com um nível de excelência e singularidade.

Seguindo essa ideia, dentro do plano de negócios, é preciso ter estratégias pré-estabelecidas para a fidelização do cliente. Estas devem ser colocadas em prática desde o pré-atendimento, até o transito em julgado.

Uma das maiores reclamações dos clientes em relação aos advogados é a falta de informação. O cliente procura o advogado, entrega seus documentos e depois disso existe um buraco negro até a data da audiência e logo depois, outro buraco negro até a sentença.

Hoje em dia com o “*whatsapp*”, o contato ficou mais simples, fácil e barato. Facilitando também a comunicação com o cliente. É importante informar ao cliente do protocolo da ação, do número do processo, dos andamentos que tiveram, e responder os questionamentos acerca da ação.

É claro que não posso deixar de falar, que existem clientes bem impertinentes no tocante a cobranças, que ligam fora de horário e dia comercial, que te ligam várias vezes apenas para perguntar se existem novidades e afins. Entretanto, o hábito de informar ao cliente as novidades processuais, fará com que ele te ligue menos até por saber que se houver novidades será informado.

Outro ponto, é que o advogado não é escravo do cliente. Mas é preciso saber se posicionar de forma cortês. Se o cliente liga fora de horário ou dia comercial, tenha o cuidado de pedir para que retorne à ligação no próximo dia útil em “tal horário” para que possa verificar a situação do mesmo pois não está no escritório e só tem acesso ao processo do escritório.

Assim, você acostuma seu cliente a não te ligar desnecessariamente apenas para saber das novidades, e ainda, demonstra que não irá atender solicitações fora do expediente, mas de forma sutil. Se impor é importante para que a advocacia não seja um processo maçante.

Saber lidar com o cliente é basilar para fidelizar e construir uma boa rede de clientela. Pois na advocacia, com as limitações de propagandas, o boca a boca é a maior arma do advogado e um cliente satisfeito sempre indicará outros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, o jovem advogado ao decidi abrir um escritório precisa antes de mais nada ter consigo um plano de negócios. Esse, deve decidir desde logo qual o seguimento pretende atuar e configurar seu modelo em relação a isto.

Sua identidade visual, arquitetura e localização devem estar de acordo com o público alvo e a área de atuação. Ao decidir se irá pela linha especializada ou generalista, deve planejar sua estrutura com o intuito de atrair o público alvo.

Deverá estar atento as finanças, seja através do investimento inicial ou com o capital de giro necessário ao planejamento a longo prazo do escritório. Pois, o escritório é um empreendimento que visa lucro e possui todos os desafios de qualquer negócio.

É preciso estar atento às finanças pois muitos jovens advogados não dão a devida importância a organização financeira e acabam fazendo retiradas sem planejamento. Lógico que queremos desde logo recuperar o investimento, mas se feito sem planejamento iremos a longo prazo fechar as portas por falta de controle financeiro.

Além de pensar se irá abrir uma sociedade ou trilhará sozinho. Não devendo esquecer que ao procurar um sócio deverá buscar alguém que possua características complementares as suas. Ou se for empreender sozinho, ter em mente que terá consigo todas as responsabilidades de serviço burocrático e social.

Saber precificar o trabalho e lidar com o cliente é um dos bichos de 7 cabeças que enfrentamos no início da advocacia, mas devemos ter em

mente que foram necessários anos de estudo e investimento que não devem ser jogados fora apenas por uma pressa em ter retorno. O retorno virá com empenho, dedicação ao cliente e atualização constante e não será por ser o mais barato, mas sim o melhor.

Por fim, advogar é apaixonante, como sempre digo, quem gosta de ler eu te amo, nunca leu “pedido julgado procedente ou recurso conhecido e provido”. No início ficamos com um pouco de medo de errar ou prejudicar alguém, mas tendo atenção, pesquisando, olhando outros processos similares, teremos a cada dia mais confiança e, advogar é uma coisa que se aprende fazendo.

REFERÊNCIAS

- BERNI. Camila. **6 Problemas mais Comuns ao Abrir um Escritório de Advocacia**. Disponível em: <<http://camilaberni.com.br/6-problemas-mais-comuns-ao-abrir-um-escritorio-de-advocacia/>>. Acesso em 06 ago. 2018
- BERNI. Camila. **Ebook: Modelo de Negócios**. Disponível em: <<http://camilaberni.com.br/ebook-modelo-de-negocios/>>. Acesso em 05 ago. 2018
- Capital de Giro** em *Só Contabilidade*. Virtuoso Tecnologia da Informação, 2007-2018. Disponível em: <<http://socontabilidade.com.br/conteudo/patrimonio3.php>>. Acesso em 06 ago. 2018
- COSTA. Moises Cerqueira. **A importância da Administração Legal para os Escritórios de Advocacia**. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/marketing/a-importancia-da-administracao-legal-para-os-escritorios-de-advocacia/59553/>>. Acesso em 05 ago. 2018
- IENH. **Manual de normas de ABNT**. Disponível em: <www.ienh.com.br>. Acesso em 06 ago. 2018.

CAPÍTULO XIV

Retrocesso social em meio a crise político-econômica-jurídica

*Aline Nascimento Gois**

*Caroline Rodrigues Alves Gonçalves***

RESUMO: O presente artigo propõe mostrar a origem, evolução e aplicabilidade dos direitos sociais no âmbito da Constituição Federal e analisando a sua eficácia nas relações de trabalho, mostrando a importância dos direitos fundamentais dos trabalhadores, diante da real necessidade vivenciada, em nosso país. Visa também mostrar os impactos ocasionados pelo enfraquecimento dos direitos sociais, onde as leis trabalhistas sofreram flexibilização de suas normas para se adequarem a crise. Contudo, traz também uma abordagem sobre a importância da advocacia brasileira que sempre contribuiu efetivamente para a sedimentação do Estado Democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal, eficácia, trabalhadores, direitos sociais, *jus postulandi*, advocacia, flexibilização.

INTRODUÇÃO

O avanço dos direitos sociais ao plano de direitos fundamentais, se deu por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, consagrou as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, assegurando condições de vida decentes e condignas com o primado da igualdade real. Funciona como autênticas prestações positivas, de segunda geração, vertidas em normas de cunho constitucional, cuja é

(*) Bacharel em Direito pela Faculdade Nobre de Feira de Santana. Advogada registrada na Ordem dos Advogados do Brasil. Pós Graduada em Direito Público pela Faculdade Damásio de Jesus

(**) Bacharel em Direito pela Faculdade Nobre de Feira de Santana. Advogada registrada na Ordem dos Advogados do Brasil

obrigatório ao Poder Público fazer tal observância para melhorar a vida humana evitando tiranias, arbítrios, injustiças e abusos de poder.

Os direitos sociais são fundamentais ao homem, por serem observância obrigatória para uma real concretização da igualdade social, requisitos essenciais para a formação do Estado Democrático de direito. Destarte, com a revolução industrial ficou claramente visível que a questão social deveria ser fortemente batalhada pelos trabalhadores que se sentiam constantemente desrespeitados devido abusos cometidos por seus patrões.

No artigo primeiro da Constituição Federal de 1988, o trabalhador aparece como figura de fundamental valor do Estado brasileiro, e por tal motivo se faz necessário valer a proteção aos direitos humanos do trabalhador, e esse serve de substrato para o exercício de incontáveis direitos fundamentais dispostos nos artigos 5º e 7º da Constituição Federal.

Por se tratar de questão social, a luta do trabalhador e o reconhecimento das políticas públicas, dos direitos sociais e movimento por cidadania social se inserem no contexto de empobrecimento da classe trabalhadora, que ocorreu com a expansão do capitalismo desde o século XIX, e a partir desse período os trabalhadores começaram a se organizar, na busca de uma legislação social, luta essa que marcou o final da década XIX e o início da década de XX.

Deste modo, a Constituição Federal de 1988 fortaleceu as instituições e concedeu vigor a democracia, consagrando os direitos sociais. Contudo, em razão da crise político-econômica que vem devastando o país, alguns direitos estão sendo suprimidos, ocasionando uma insegurança jurídica. Se fazendo viés distinguir tais problemas.

Assim, os impactos ocasionados na seara trabalhistas não foram poucos, e a advocacia brasileira necessita cada vez mais se qualificar e abranger os conhecimentos para conquistar uma melhoria no âmbito jurídico e social.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos fundamentais surgiram com a necessidade de restringir as ações estatais e das autoridades que fazem parte da sociedade, sendo

um anteparo a liberdade das pessoas perante a atuação abusiva do Estado. Assim, entende-se por direitos fundamentais àqueles previstos no ordenamento jurídico de determinado país e cujo conteúdo é essencial para qualquer ser humano. Já os Direitos Humanos tratam de valores como liberdade e igualdade numa esfera internacional.

Denota-se que esse conjunto de direitos obteve grande magnitude e relevância no século XX, que com o término da 2ª Guerra Mundial, chegou-se à conclusão de que não poderia mais se admitir atrocidades as cometidas pelos nazistas, observando-se que tal barbárie denotou a violação do paradigma dos Direitos Humanos. Alguns doutrinadores consideram ainda, que o fundamento dos direitos humanos estaria ligado ao jus naturalismo e pós-positivismo. Desta forma, após este capítulo da história mundial, surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH/1948).

Os direitos fundamentais possuem como base dois princípios essenciais, são eles o Estado de Direito, que pode ser definido como um Estado de poucos poderes ou poderes limitados e que se opõe ao Estado Absoluto, e a dignidade humana definida como um princípio que reitera os direitos básicos a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos.

Alguns doutrinadores definem que os direitos fundamentais se dividem em primeira, segunda e terceira geração. Entende-se por direitos fundamentais de primeira geração por se caracterizarem pelo seu cunho materialista, se associando à luta pela liberdade e segurança frente ao Estado, sendo esses direitos relacionados às pessoas, como o direito a propriedade, liberdade de crença e direito à vida. Os direitos de segunda geração surgiram após a Revolução Industrial, quando os grupos de trabalhos passam a lutar contra a exploração, sendo entendidos como direitos de grupos sociais menos favorecidos, se sustentando na igualdade de matéria, pois não adianta ter liberdade sem mínimas condições para realizá-la, se exigindo do Estado uma atuação na garantia de direitos básicos como saúde, educação, segurança pública, previdência social, direitos do trabalhador. Os direitos de terceira geração são caracterizados por serem transindividuais (direitos que são de várias pessoas, mas que não pertencem a ninguém), surgindo na terceira revolução industrial

(tecnocientífica), quando a humanidade percebeu que existem direitos que concernem a todos os grupos de pessoas.

Tem os que defendem ainda a ideia de que existem também os chamados direitos de quarta geração, surgindo nas últimas décadas, por conta do avançado desenvolvimento tecnológico, sendo eles direitos como: a responsabilidade, à promoção e manutenção da paz, à democracia, à informação, direitos envolvendo a bioética e dentre outros.

O processo de constitucionalização foi fundamental para definir a divisão entre direitos fundamentais e direitos humanos, pois se são previstos na constituição de país possuem a característica de constitucionalização, mas se falar em esfera internacional, são chamados de direitos humanos. Nessa linha, nota-se que os direitos fundamentais são sempre direitos de base constitucional, e entre esses direitos e as outras normas constitucionais simples, observa-se um conjunto de regras que garantem aos direitos fundamentais uma classificação diferenciada do regime jurídico. De acordo com o artigo 5º, § 3º da Constituição Federal de 1988:

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:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004), (BRASIL, 1988).

Essa foi a característica adotada por muitos outros Estados Constitucionais, visto que corresponde ao modelo integrado pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Portanto, a constituição de 1988 seguiu essa mesma linha, e trouxe em seu título II, os Direitos e Garantias Fundamentais, em cinco subdivisões, tais sejam: os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, os direitos políticos, os direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos.

Os direitos sociais na Constituição Federal de 1988 são divididos em três grupos, inseridos nos artigos 6º, 7º e 11º, considerados normas de

ordem pública com características invioláveis e imperativas. Essa garantia dos direitos sociais na Constituição, busca construir uma sociedade solidária, livre e justa, sendo esses os objetivos que os trabalhadores lutam na atualidade, pois tratam-se de fundamentos da preservação da dignidade da pessoa humana.

A compreensão dos direitos do trabalho é primordial, pois o trabalho é fundamento inseparável de valoração da pessoa, já que o Brasil é marcado por profundas desigualdades sociais e frustração ao exercício desses direitos, e por tal motivo é fundamental que a classe trabalhadora continue buscando e lutando por seus direitos.

Na relação entre trabalhador e capital, o empregado sai em desvantagem, tendo em vista que o Estado não dispõe de órgãos fiscalizadores competentes, e assim, não garantem que os direitos adquiridos sejam respeitados, abrindo espaço para que os empregados negligenciem a lei.

A Constituição Federal de 88 não é a única arma de defesa dos trabalhadores, existindo também OIT (Organização Internacional do Trabalho), criada e baseada em argumentos políticos e humanitários, tendo como princípio manter a paz universal e permanente, obrigando ao Estado interferir nas relações de trabalho, buscando melhores condições de subsistência. Esta possui caráter permanente e é constituída por Estados que assumem a obrigação de observar as normas que ratificam no plano interno.

Além da Constituição e da OIT, existe ainda a declaração dos direitos dos homens de 1789, e a partir dessa surgiu a primeira geração dos direitos civis e políticos, sendo também uma conquista da liberdade do trabalhador.

Visando determinar como direito fundamental do trabalhador, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no inciso I do art. 7^º a proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, prevendo ainda a indenização compensatória, dentre outros direitos. Buscando regular a dispensa individual imotivada, a mesma disciplina também a demissão coletiva arbitrária, excluindo a aplicação imediata do preceito constitucional, enquanto inexistir lei complementar.

O art. 7º da CF/88 listou uma série significativa de direitos fundamentais trabalhistas, definindo parâmetros decisórios para as situações-limite, já que esses direitos são considerados cláusulas pétreas. A nova carta constitucional passou a reconhecer o valor jurídico do trabalho como direito de cidadania, caracterizando uma evolução gradativa na sociedade contemporânea.

As normas assecuratórias de direitos sociais e trabalhistas são de ordem pública, imperativas e invioláveis, norteando a interpretação dos contratos de trabalho, já que são vinculadas as partes contratantes inseridas na relação laboral. Partindo desse ponto, nota-se que a questão se revela mais grave quando há relações, em que as partes envolvidas revelam notória disparidade de forças, observadas principalmente nas relações de trabalho.

A atuação incisiva do Poder Judiciário Trabalhista, para fazer valer tais preceitos, explana um momento de aproximação entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, contribuindo para a edificação de um ordenamento próprio, mais em acordo com as especificidades da cultura brasileira, persistindo a importância da justiça distributiva para o mundo do Direito Trabalhista.

2. ADVOCACIA E DIREITO SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 validou a regulamentação jurídica dos direitos do povo, efetivando o ordenamento jurídico visando abranger os valores e direitos conquistados através da democracia, isso porque foi embasada nos direitos e garantias dos cidadãos, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.

O artigo quinto da constituição criou um rol de direitos e deveres individuais e coletivos, garantindo a igualdade entre todos, e os principais direitos inerentes à pessoa humana. Nota-se que a mesma traz em seu título IV, a organização dos poderes, no capítulo IV as funções essenciais à justiça e seção III trata da advocacia e defensoria pública, especificado no artigo 133 da Constituição Federal que prevê o exercício da profissão e a imprescindibilidade do advogado à administração da justiça.

Partindo do pressuposto que sem liberdade não há advocacia, e atendendo à uma exigência da sociedade, não resta dúvidas de que o advogado exerce função social, já que sem a intervenção do advogado, não há justiça, sem justiça não há ordenamento jurídico e sem este não há condições de vida para a pessoa humana. Logo, a atuação do advogado é condição imprescritível para que funcione a justiça.

Por este motivo, a lei normatizou as atividades jurídicas, quais sejam: assessoria, consultoria, e demais atividades forenses, exercida pela advocacia pública e privada, salientando que no que concerne à advocacia pública, essa tem o dever de atender aos três poderes (legislativo, executivo e judiciário), por representar judicialmente a União, sendo assim, responsável pela assessoria e consultoria jurídica do poder executivo. Já a advocacia privada visa garantir que os direitos fundamentais dos cidadãos sejam efetivados.

A garantia da plena efetivação do princípio do contraditório e da ampla defesa dos cidadãos é realizada pelo o advogado, figura essa que desempenha função essencial e indispensável à justiça, sendo responsável também pela fundamentação das decisões que posteriormente são emitidas pelos magistrados brasileiros, colaborando para que o estado democrático seja exercido por todos os cidadãos.

Contudo, cabe mencionar que cumprindo a garantia de que o princípio constitucional do acesso à justiça seja assegurado a todos os indivíduos, ocorre o *jus postulandi* que é o direito de praticar todos os atos processuais necessários ao início e ao andamento do processo: é a capacidade de requerer em juízo, na indisponibilidade do advogado. Assim, qualquer pessoa tem o direito de pleitear a prestação jurisdicional junto ao Estado-Juiz, uma vez que todos possuem o direito de ação.

Nesse sentido, os cidadãos não são impedidos de pleitear em juízo, sem a presença de advogado na Justiça do Trabalho, visando facilitar o acesso do empregado ao órgão estatal responsável pela proteção de seus direitos trabalhistas, isso porque, em regra, o trabalhador é a parte mais frágil da relação empregatícia, e está previsto no artigo 791 da Consolidação das Leis do Trabalho, que assegura aos empregados e os empregadores poderem reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

Vale ressaltar que recentemente o Tribunal Superior do Trabalho divulgou a Súmula 425, determinando que o *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

O direito ao acesso à justiça significa o direito formal de cada cidadão propor ou contestar uma ação em seu nome. Porém, é fundamental salientar que o *jus postulandi* certas vezes torna-se arriscado ao autor da ação, já que o mesmo não possui o conhecimento técnico adequado para elaborar teses de acusação e defesa.

Nesse sentido, deve ser levada em consideração a atuação da Defensoria Pública, regulamentada através da Constituição Federal para que profissionais possam atuar em certas áreas específicas, nos casos em que a parte for hipossuficiente para arcar com os honorários advocatícios do advogado privado.

Por fim, frisa-se que o elemento *jus postulandi* é um exemplo de instrumento do estado democrático de direito, pois foi juntamente com democracia que ocorreu o surgimento da profissão de advogado, peça fundamental para a efetivação e realização da justiça. O exercício desse de advocacia que está em toda parte, tendo em vista que todos os cidadãos brasileiros são submetidos à Lei Maior, as leis políticas e também aos programas de governo, efetivados por meio da democracia.

3. CRISE DOS DIREITOS SOCIAIS NO ÂMBITO JURÍDICO – TRABALHISTA

O atual cenário político-econômico brasileiro vem ocasionando incertezas no que concerne ao destino do país. Neste momento de crise, surgem discussões acerca de iniciativas para o enfraquecimento dos direitos sociais. Devido a este panorama, as leis trabalhistas sofreram flexibilização de suas normas para se adequarem a crise da gestão político e financeira, além de precarização do trabalho, terceirização, heterogenização e redução de custos no trabalho.

Para alguns doutrinadores, seriam esses os resultados dos conflitos sociais ocasionados pelo desemprego que imerge no país. Sendo que,

o principal argumento utilizado para propor alterações no Direito do Trabalho é a redução de custos. Este pensamento está embasado nos países em desenvolvimento, nos quais, contrariamente, os trabalhadores ainda estão sujeitos à intensa exploração e baixa remuneração.

No Brasil, é notória a alegação de que os encargos sociais impedem novas contratações, que o trabalho é extremamente oneroso, que a legislação brasileira é excessivamente benéfica. Porém, não se chega a esta conclusão quando se compara os custos do trabalhador brasileiro com de outros países.

No que concerne a precarização, essa, relaciona-se a eliminação do Direito do Trabalho, uma vez que torna o contrato e as condições de trabalho mais vulneráveis, resultando para as empresas maior liberdade para contratar e dispensar empregados, anulando a proteção trabalhista.

Por sua vez, a Terceirização fundamenta-se em argumentos de ordem técnica, visto que logram por uma maior e melhor produtividade, geradas por meio de forma organizativa da produção. Ocasionalmente uma operação por sublocação, ou seja, na terceirização a força de trabalho não é adquirida diretamente para a empresa que recebe o resultado do trabalho, mas inicialmente locada a um terceiro, que por sua vez subloca a empresa detentora do resultado final, correspondendo deste modo a tomadora dos serviços.

Deste modo, cabe relatar que, em consequência do exposto acima, a terceira é responsável pelas obrigações trabalhistas e previdenciárias. Podendo também possibilitar um regime de diferenciação entre os empregados diretos e os terceirizados, confirmada pela distinta representação sindical e inclusive com parâmetros salariais incompatíveis. Facilitando assim, o surgimento de pequenas empresas ao redor da tomadora, sem obediência a legislação trabalhista, idoneidade, incorrendo e deixando mais uma vez o trabalhador desprotegido.

Ainda, é importante destacar que o âmbito jurídico trabalhista sofreu outro importante impacto com a crise político-econômica, a saber, o presidente Michel Temer aprovou um projeto de modernização das leis trabalhistas, a chama “Reforma do Código da Legislação Trabalhista”, segundo o presidente o objetivo não seria mudar a CLT em si, mas apenas reunir todas as normas trabalhistas em vigor e fornecer maior coerência e objetividade em um único código.

Ocorre que, a reforma trabalhista trouxe algumas mudanças na legislação brasileira e na vida do trabalhador, tais como: formas de contratação, flexibilização da jornada, rebaixamento da remuneração, alteração nas normas de saúde e segurança do trabalho, fragilização sindical e limitação do acesso à Justiça do Trabalho.

Mister destacar que, em decorrência do grave abalo financeiro e político no país, a flexibilização foi o aspecto mais avassalador gerado por essa crise. Seu objetivo primordial é adaptar a norma à situação econômica vivenciada, preconizando a redução de vantagens e direitos, permitindo que o empregador, diminuindo custos, obtenha sucesso no cenário competitivo. Deste modo, a flexibilidade, é entendida como a eliminação/adaptação da proteção trabalhista, com a finalidade de aumentar o investimento, o emprego ou a competitividade da empresa.

Maurício Godinho apresenta o conceito da flexibilização das normas trabalhistas da seguinte forma:

Por flexibilização trabalhista entende-se a possibilidade jurídica, estipulada por norma estatal ou por norma coletiva negociada, de atenuação da força imperativa das normas componentes do Direito do Trabalho, de modo a mitigar a amplitude de seus comandos e/ou os parâmetros próprios para a sua incidência. Ou seja, trata-se da diminuição da imperatividade das normas justtrabalhistas ou da amplitude de seus efeitos, em conformidade com a autorização fixada por norma heterônoma estatal ou por norma coletiva negociada (DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 14^a ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 68.)

Assim, é notório que o atual momento jurídico ocasionou a possibilidade de redução dos direitos através da negociação coletiva, em decorrência da flexibilização do Direito do Trabalho. A necessidade da flexibilização na esfera trabalhista do ordenamento jurídico pátrio é evidente e incontestável, contudo, divergências surgem quanto à aderência das normas negociadas aos contratos e aos limites do exercício da autonomia privada coletiva.

É fundamental entender que, para a flexibilização das normas trabalhistas ocorre de forma benéfica para a sociedade e deve-se equilibrar a relação existente entre empregados e empregadores frente ao panorama mundial, fazendo com que nenhuma das partes fique sem proteção, obedecendo aos limites constitucionais existentes.

4. RESPONSABILIDADE DO ADVOGADO PERANTE A FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

O momento atual vivenciado pelo Brasil prejudica as instituições políticas e governamentais, com o envolvimento de partidos, quadros e dirigentes no mais volumoso processo de corrupção que se registra em nossa história, a par da moldura econômica recessiva que corrói o poder de compra de milhões de consumidores e constitui séria ameaça à harmonia social.

Diante da grave crise econômica que assola nosso país é impossível não pensar em flexibilização das normas trabalhistas. O fortalecimento das negociações coletivas com a flexibilização das leis trabalhistas nada mais é do que prestigiar o artigo 7 da Constituição Federal e as convenções da Organização Internacional do Trabalho internalizadas pelo Brasil.

Destaca-se que, no âmbito da advocacia a flexibilização trata-se de um caminho alternativo e eficaz. Dando aos empresários e empregados à condição de negociar questões, como horário laboral, parcelamento de férias e demais benefícios, sem resultar em perdas ou mesmo transtornos processuais, acarretando por fim, em medida mais célere para resolução de conflitos.

O reconhecimento a mecanismos de negociação traz ao debate a chamada autonomia coletiva da vontade, que embora tenha limites claros, estabelecidos pelos direitos básicos já reconhecidos aos trabalhadores, bem como os expostos na constituição e pela OIT, comporta importantes exceções.

Dentro dessa autonomia coletiva da vontade, temos como exemplo o Programa de Proteção ao Emprego (PPE), criado durante o governo Dilma Rousseff. O projeto permitiu a redução salarial, com redução de jornada, em até 30%, por até um ano. Essas reduções foram combinadas diretamente entre empregadores e empregados.

Diante da grave crise financeira que ainda atravessamos, admitiu-se tal redução visando a manutenção de empregos e a preservação da saúde econômica das empresas, aplicando-se a regra do inciso VI do mesmo artigo 7o. da Constituição Federal, que permite a redução salarial, desde

que estabelecida em acordo ou convenção coletiva. Portanto, já existe esse importante precedente.

Mencionam que a maioria dos países desenvolvidos, em destaque os europeus, aderiram ao modelo flexibilizado com sucesso. Defendem que as mudanças democratizam as relações de trabalho, uma vez que influenciará na decisão dos acordos com os próprios trabalhadores e não se valendo mais do Estado para fazê-los.

Destaca-se que, a advocacia brasileira sempre contribuiu efetivamente para a sedimentação do Estado Democrático, como exemplo da formulação das Cartas Constitucionais. Todas elas contaram com os préstimos de grandes advogados, colaborando para os avançados estatutos nas áreas do Direito e da Justiça. Atualmente, se é necessário a prática de uma advocacia eficaz, célere e detentora de mediação, a qual será capaz de atender a flexibilização das normas trabalhistas, primordial para a crise vivenciada pelo país.

CONCLUSÃO

A constitucionalização do estado procura não somente organizar o exercício do poder político soberano, mas, também busca limitar o poder, definindo os direitos fundamentais do cidadão, de modo a conformar a atuação dos governantes, seja no respeito aos direitos individuais e coletivos, seja na exigência de promoção destes, seja ainda, na exigência de promoção dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Os direitos humanos fundamentais dos trabalhadores, quando constitucionalizados, trouxe a possibilidade de se garantir a cidadania, e assim estabeleceu limites ao exercício do poder diretivo, não somente do Estado, como também do Capital, ou seja, passou-se da desregulamentação para a regulamentação estatal, pois o cidadão trabalhador pôde obter a garantia da preservação de seus direitos, ainda que mínimos, inicializando um longo processo de aquisição de novos direitos.

Quando isso não ocorre, considerando as peculiaridades de uma relação em que há assimetria de poder entre as partes envolvidas, o deslinde da controvérsia se faz pela ponderação dos direitos fundamentais em conflito, competindo ao Poder Judiciário dirimir a questão.

O atual momento de abalo econômico e político ocasionou alguns impactos no âmbito jurídico, resultando na precarização do trabalho, terceirização, heterogenização, redução de custos no trabalho, e redução dos direitos através da negociação coletiva, em decorrência da flexibilização do Direito do Trabalho. Esta última consagrou-se como o mais evidente e incontestável meio a ser utilizado, por se tratar de forma benéfica para a sociedade e deve-se equilibrar a relação existente entre empregados e empregadores, fazendo com que nenhuma das partes fique sem proteção. Para tanto, deverá valer-se dos critérios estabelecidos no art. 8º da CLT, impedindo que os interesses meramente econômicos e particulares prevaleçam, a fim de preservar os marcos civilizatórios que devem reger uma relação de trabalho.

É importante ressaltar que o trabalhador tem seus direitos garantidos e, de fundamental importância continua exigir o respeito e a correta aplicação, contudo, divergências surgem quanto à aderência das normas negociadas aos contratos e aos limites do exercício da autonomia privada coletiva, havendo necessidade de buscar a justiça para fazer valer sua importância, e para isso é fundamental a figura do advogado que sempre contribui efetivamente para a sedimentação do Estado Democrático.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. Editora Campus. Rio de Janeiro. 2004.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**

BRASIL. **Dec.24.637, de 10.07.34**

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**

BRASIL. **Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943**

BRASIL. **Lei 6.367/1976**

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do trabalho/ Vólia Bomfim Cassar**. – 4. Ed.– Niterói: Impectus, 2010.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2009.

LOBATO, Marthius Sávio Cavalcante. **O Valor Constitucional para a Efetividade dos Direitos Sociais nas Relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.

GARCIA, Pedro Carlos Sampaio. **O sindicato e o processo**: a coletivização do processo do trabalho. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Luiz Flavio. **Constituição Federal/88**. Ed. São Paulo: it,2003.

CAPÍTULO XV

A jovem advocacia em tempos de crise: as novas estratégias do recém-formado para inserção no mercado jurídico

*Jonata Wiliam Sousa da Silva**

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente, para que melhor possamos compreender o objetivo deste trabalho, partimos da premissa de que a economia brasileira encontra-se formalmente em recessão desde o segundo trimestre de 2014. (dados do Comitê de Datação do Ciclo Econômico (Codace) da Fundação Getulio Vargas)

Essa recessão teve origem, sobretudo em virtude de choques de oferta e demanda decorrentes de erros de política econômica, que por sua vez, foram majoritariamente oriundos da “Nova Matriz Econômica” adotadas entre 2011/2012, conforme estudos de BARBOSA FILHO (2017).

Aliada a crise econômica que assola o Brasil, outro fator de extrema relevância nesse cenário é a crise do ensino superior e especialmente, a crise no ensino do Direito, que se arrasta desde 1960, com cursos jurídicos que passaram a se limitar a um programa de formação técnico-profissional, desconsiderando a formação humanística, social e política. O foco era atender à necessidade decorrente do crescimento econômico financiado externamente: a demanda por novos técnicos.

(*) Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Salvador.

Foi a promulgação da Constituição Federal, a “Constituição Cidadã” que abriu alas para transformações importantes no ensino jurídico brasileiro, introduzindo um arcabouço de direitos e garantias em nosso ordenamento jurídico e passando a demandar um enfoque mais humanístico e social dos estudantes e profissionais do Direito.

Ainda assim, desde a década de 90 até os dias atuais, a crise no ensino do Direito persistiu e persiste, com um grande número de faculdades de Direito hoje existentes, o mercado cada vez mais saturado, a formação dos jovens advogados posta em cheque e o surgimento das novas tecnologias que remodela a atividade advocatícia e desafia os jovens advogados, que devem se reinventar para buscar a sua inserção e absorção no mercado de trabalho.

Nesse diapasão, é objetivo da presente pesquisa provocar a discussão sobre a evolução da atividade advocatícia, bem como alguns dos problemas enfrentados pelos estagiários em direito e pelos advogados recém-formados e as soluções que têm sido encontradas por estes para atuarem e desenvolverem a sua atuação profissional e se inserirem no mercado.

2. “DAS CRISES INFINITAS”¹: A EVOLUÇÃO DO ENSINO JURÍDICO PÓS-DITADURA E A(S) CRISE(S) ECONÔMICA(S) COMO FATOR(ES) DE PRECARIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADVOCATÍCIA

O título que identifica o segundo capítulo referencia uma série de *comic books* (revistas em quadrinhos) do universo DC. Tal título também sintetiza o cenário de transformação, o ensaio de uma consolidação e o gradativo colapso que assolou e assola a atividade advocatícia desde a promulgação da “Constituição Cidadã” de 1988, eis que a atividade advocatícia foi sempre assombrada por fatores externos de “crises” das mais diversas ordens.

1. “Crise Infinita (“Infinite Crisis”, no original) foi uma saga da DC Comics, publicada em 2005/2006 numa mini-série homônima em 7 partes, com vários crossovers com as revistas DC. Escrita por Geoff Johns, desenhada por Phil Jimenez, George Pérez, Ivan Reis e Jerry Ordway, e finalizada por Andy Lanning.” Visto em: http://dcheroesrpg.wikia.com/wiki/Crise_Infinita Acesso: 13.ago.2018

Nesse diapasão, fazendo um breve retrospecto histórico, cumpre assinalar que até então, o ensino jurídico é moldado e se transforma de acordo com o cenário político e o modelo de Estado, conforme assevera Patrícia de Moraes *et al* (MORAES, 2014, p.2):

A evolução histórica do ensino jurídico no Brasil pode ser dividida em três fases distintas, atreladas às mudanças na adoção de modelos de Estado, quais sejam os modelos de Estado Liberal, Social e Neoliberal, que ocorreram no desenrolar de nossa história (MARTINEZ, 2003, p.2).

A primeira fase teve início no desenvolvimento do paradigma liberal no Brasil do Império. A segunda fase se iniciou na República Nova e terminou na era dos governos autoritários. Já a terceira teve início com a promulgação da Constituição Federal de 1988, com o advento da Portaria nº 1.886/94 do MEC e com a tendência à adoção do modelo de Estado Neoliberal pelos Governos a partir da década de 1990, na qual nos encontramos no momento.

E foi assim que, a partir de meados da década de 60, o ensino jurídico ficou marcado pelo tecnicismo, onde havia um currículo mínimo para os cursos de Direito, onde a regra dos cursos era a transmissão de um mínimo de conteúdo necessário para a formação jurídica geral dos estudantes, em detrimento de uma formação multidisciplinar com enfoque nas ciências sociais, mantendo assim um ambiente hostil à formação de pensamento crítico, de acordo com MARTINEZ (2006, p. 7) .

Somente após a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que (res)surgiu cenário propício ao desenvolvimento e nova transformação do ensino jurídico e da atividade advocatícia, em virtude do rol de direitos e garantias democráticos introduzidos no nosso ordenamento jurídico, possibilitando assim a reestruturação dos cursos de Direito.

O novo regime democrático evidenciou a “crise” do ensino jurídico, pois, ao passo em que o mercado tinha cada vez mais dificuldade para absorver os profissionais formados na época do “milagre econômico brasileiro”², a liberdade de expressão assegurada na Constituição possibilitava que se pudesse discutir os problemas do ensino jurídico e da formação profissional.

2. Milagre econômico brasileiro é a denominação dada à época de crescimento econômico elevado durante o Regime Militar no Brasil, entre 1969 e 1973.

Segundo Inês da Fonseca Pôrto (2000, p. 25), o início da grande reforma do ensino jurídico no Brasil teve sua gênese através da Comissão de Ciência e Ensino Jurídico criada em agosto de 1991 pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, pelo então presidente Marcello Lavenère Machado. A comissão era encarregada de diagnosticar a situação desse ensino no país, avaliar a importância do papel social do advogado e de apresentar propostas de solução para a crise supramencionada. Essa comissão era composta pelos professores Paulo Luiz Neto Lôbo (coordenador), Roberto Armando Ramos de Aguiar (relator), Álvaro Villaça Azevedo, Edmundo Lima de Arruda Júnior, José Geraldo de Sousa Júnior e Sérgio Ferraz.

O resultado de todo o processo de crítica, pesquisa, avaliação e discussões nos Seminários sobre qualidade dos cursos jurídicos consolidou a parceria entre a OAB e o MEC, e, em dezembro de 1994, a Portaria MEC n. 1886/94, que fixava as novas diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo para os cursos jurídicos de todo o Brasil com obrigatoriedade a partir de 1996 foi editada.

A Portaria 1.886/94, com vistas à melhoria da qualidade dos cursos jurídicos, previu uma gama de mudanças em relação a duração mínima do curso, passou a exigir atividades de pesquisa e extensão, (re)integrou as disciplinas propedêuticas na matriz curricular, dentre outras medidas.

Todavia, em que pese a reestruturação do sistema de ensino, a qualidade continuou aquém do esperado, e persistiu a crise do ensino jurídico, sendo que em 2001, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil criou o “Selo OAB RECOMENDA”, utilizando por parâmetro as notas do Exame de Ordem e do Exame Nacional de Cursos (este último posteriormente substituído pelo Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – ENADE) para tentar fiscalizar com mais percuciência e dar maior credibilidade a instituições de ensino superior qualificadas.

Ainda assim, a(s) crise(s) continuaram a existir e se intensificar, de modo que nos últimos anos é evidente a contínua explosão de bacharéis em Direito lançados no mercado e o fator de mercantilização do ensino superior, que passaremos a tratar com mais afinco no tópico seguinte.

2.1. Da mercantilização do ensino superior e o crescimento exponencial de bachareis em direito no Brasil contemporâneo

Ainda no contexto das múltiplas crises, com a imposição global do neoliberalismo como modelo cogente do sistema capitalista, nos idos de 1980, houve uma perda de investimentos do poder público em políticas sociais, e, sobretudo a educação, de modo que o ensino superior público perdeu o protagonismo e centralização do Estado, forçando uma abertura ao mercado do bem público universitário e favorecendo a proliferação de entidades privadas de ensino superior.

O sociólogo português Boaventura de Souza Santos (2008), analisando “a universidade do século XXI”, assevera que:

A indução da crise institucional por via da crise financeira, acentuada nos últimos vinte anos, é um fenómeno estrutural decorrente da perda de prioridade da universidade pública entre os bens públicos produzidos pelo Estado.

E prossegue o autor, na mesma esfera intelectual:

A perda de prioridade na universidade pública nas políticas públicas do Estado foi, antes de mais, o resultado da perda geral de prioridade das políticas sociais (educação, saúde, previdência) induzida pelo modelo de desenvolvimento económico conhecido por neoliberalismo ou globalização neoliberal que, a partir da década de 1980, se impôs internacionalmente. Na universidade pública ele significou que as debilidades institucionais identificadas – e não eram poucas –, em vez de servirem de justificação a um vasto programa político-pedagógico de reforma da universidade pública, foram declaradas insuperáveis e utilizadas para justificar a abertura generalizada do bem público universitário à exploração comercial. (SANTOS, 2008, p.18)

O resultado dessa descapitalização da educação pública e da abertura para o mercado foi a inflação exponencial dos números de cursos e alunos de Direito, senão vejamos:

De acordo com então o conselheiro do CNJ, Jefferson Kravchychyn, em 2010, revelou que o Brasil tem mais faculdades de Direito do que todos os países do mundo juntos, totalizando 1.240 cursos, enquanto no restante do globo, somados, temos 1.100 universidades. E esse “boom”

no ensino superior jurídico resultou em nada menos que 800 mil advogados inscritos na OAB [1].

Já em 2015, atingimos a marca de 1.308 faculdades de direito, e em 18 de novembro de 2016, chegamos ao patamar de um milhão de advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Isso sem incluir as inscrições de estagiários e inscrições suplementares [2]. Atualmente (Agosto/2018) temos 1.176.425 de profissionais, entre advogados e estagiários, inscritos nos quadros da OAB [3].

Esses índices tão altos denotam (mais uma vez) a fragilização do ensino jurídico no país, a saturação do mercado profissional do Direito e, a consequência lógica que já se percebe de modo bem concreto é a precarização e o fenômeno de “*proletarização*” da atividade advocatícia, fenômeno esse que deveremos verificar com um pouco mais de profundidade no tópico seguinte.

2.2. Do fenômeno de proletarização da advocacia no Brasil

A maior consequência da(s) crise(s) econômica(s) enfrentada(s) pelo Brasil e o avanço da agenda neoliberal com a descentralização das universidades públicas e a mercantilização do ensino superior, como já discutimos, inflou exponencialmente o número de profissionais do Direito, e, aliada às necessidades do mercado, culminou no surgimento de um novo setor da advocacia, alcunhado “contencioso de massa” e afetando, sobretudo, ao advogado mais jovem. Esse fenômeno é muito bem explicado por (COSTA JUNIOR, 2016):

As características inerentes aos escritórios massificados são convidativas à exploração da mão-de-obra do jovem trabalhador. Afeito ao manejo das ferramentas tecnológicas, doutrinado pelo prisma unilateral da hegemonia flexível e com pouca experiência profissional, torna-se vulnerável ao mercado de trabalho de exploração irrestrita. Muito embora a suposta preocupação que ladeia a empregabilidade da juventude dê à tônica dos sofismas institucionais, esta parcela de trabalhadores em regra convive como mercado de trabalho altamente precário. São relegados às vagas que não necessitam de investimentos para formação, com alta taxa de rotatividade, baixos salários e pouca mobilidade na carreira.

É evidente, portanto, que as crises econômicas enfrentadas pelo Brasil, a reestruturação do ensino jurídico no período pós-ditadura e a mercantilização do ensino superior como consequência da investida neoliberal, aliados ao avanço tecnológico crescente, reestruturou a atividade advocatícia nacional, impactando sobretudo aos jovens advogados, que passam a ter que lidar com um mercado de trabalho jurídico saturado e massificado, com relações de trabalho precárias e superexploradas, abalando sensivelmente os pilares edificadores da carreira.

Nesse diapasão, a atividade advocatícia passa, inclusive, por uma desvalorização de sua importância na sociedade, desvirtuando o preceito constitucional contido no 133º artigo da Constituição Federal, que diz que o advogado é indispensável à administração da justiça.

Em entrevista, aduziu o então presidente da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP) a esse respeito (FREITAS, 2012):

A advocacia passa por uma desvalorização da sua importância na sociedade. Entre os motivos, estariam atitudes de diversas autoridades que querem desacreditar aquele que representa o cidadão. Essa desacreditação concentrada prejudica o profissional que passa a ter a sua importância diminuída na sociedade, o que reflete na remuneração do profissional. A sociedade entende que um profissional que, constantemente, passa por tentativas de ser diminuído pelas autoridades não merece uma remuneração mais adequada. [4]

Diante de todos esses fatores, e das crises infinitas que assolam a atividade advocatícia, impactando, sobretudo, os jovens advogados, é que devem ser buscadas novas estratégias por estes profissionais para que possam almejar a reinserção no mercado e a recuperação da credibilidade da advocacia perante a sociedade.

3. DAS NOVAS ESTRATÉGIAS DA JOVEM ADVOCACIA PARA ADEQUAÇÃO AO MERCADO DE TRABALHO EM TEMPOS DE CRISE

As crises a que temos nos referido até então, se desenvolvem paralelamente ao avanço tecnológico no processo produtivo e nas técnicas de trabalho, mudando as formas dos negócios jurídicos, alterando a forma que os advogados prestam serviços e atendem seus clientes.

Se por um lado, essas mudanças sociais e a inovação tecnológica trazem por consequência a massificação e precarização da classe advocatícia, sobretudo pela saturação do mercado de trabalho advinda da crise econômica e da crise do ensino jurídico, por outro trazem novas possibilidades e áreas a serem exploradas, possibilitam a adoção de estratégias inovadoras e amplia as áreas de atuação.

É nesse sentido que se posiciona (MATTOSO, 2000, p.04):

A inovação tecnológica, no entanto, ao mesmo tempo que destrói produtos, empresas, atividades econômicas e empregos, também pode criar novos produtos, novas empresas, novos setores e atividades econômicas e, portanto, novos empregos. Em outras palavras, a inovação tecnológica, embora possa modificar a qualidade e a quantidade do emprego, não determina a priori seu resultado, sobretudo quando observada a economia nacional.

O resultado das mudanças quantitativas do emprego não precisa necessariamente transformar-se em mais desemprego. Pode ser mais emprego, consumo, tempo livre ou desemprego e essa é uma escolha social, historicamente determinada pelas formas de regulação do sistema produtivo e de distribuição dos ganhos de produtividade.

Sendo assim, o profissional do Direito deve se reinventar, buscando compreender os problemas mais complexos, se posicionando em alinhamento com as novas tecnologias e desenvolvendo um conhecimento interdisciplinar especializado em nichos não explorados ou com pouca exploração.

Diante da vedação à publicidade e mercantilização da profissão, por exemplo³, é estratégia do advogado investir na área de marketing jurídico, através da produção de conteúdo jurídico relevante, exploração da sua identidade visual e utilização efetiva das redes e mídias sociais, dentro das limitações ético-legais do Estatuto da Advocacia e do Código de Ética.

Outra estratégia de suma importância é a participação do advogado jovem nos órgãos e comissões da entidade de classe, uma vez que a atuação em comissão temática proporciona maior visibilidade entre os pares, destacando o profissional, potencializando as relações de

3. Artigo 39 do Código de Ética da OAB

*networking*⁴ e ampliando a sua possibilidade de atuação, bem como evidenciando as dificuldades enfrentadas pela classe, oportunizando o desenvolvimento de novas estratégias para lidar com os problemas conforme forem aparecendo, ou mesmo antes que apareçam.

Diz o advogado Arthur Bobsin a esse respeito:

Para nós, jovens advogados, a importância da participação na OAB está principalmente em compor comissões de assuntos diferentes daqueles que trabalhamos atualmente, mas temos curiosidade de conhecer para atuar no futuro. Participar dessas comissões pode nos ajudar a fazer *networking* com os advogados mais experientes nas áreas que queremos trabalhar mais para frente e também nos prepara tecnicamente.

Além disso, a participação da comissão OAB Jovem nos ajuda a perceber as dificuldades dos nossos colegas que também estão em início de carreira. Assim, os advogados podem compartilhar soluções e até promover cursos de orientação profissional para aqueles que estão com maiores dificuldades. (BOBSIN, 2018)

Vale ressaltar que, em tempos de crise, a inventividade e criatividade são valores que potencializam a capacidade de trabalho do profissional, conforme esclarece Celso Furtado:

A ciência do desenvolvimento preocupa-se com dois processos de criatividade. O primeiro diz respeito à técnica, ao empenho do homem de dotar-se de instrumentos, de aumentar sua capacidade de ação. O segundo refere-se ao significado de sua atividade, aos valores com que o homem enriquece seu patrimônio existencial. (Furtado, 1998, p. 47)

Portanto, a formação interdisciplinar, o posicionamento de mercado, exploração das novas tecnologias, atuação nas áreas inexploradas da atuação jurídica, noções e investimento em marketing jurídico e formação de *networking*, aliada a uma ativa participação nos conselhos e comissões da entidade de classe, *in casu*, a Ordem dos Advogados do Brasil, são estratégias cruciais para a inserção do jovem advogado no mercado jurídico.

4. **Networking** é uma palavra em inglês que indica a capacidade de estabelecer uma rede de contatos ou uma conexão com algo ou com alguém.

4. CONCLUSÃO

Em sede conclusiva, é perceptível que o ensino jurídico no Brasil passou e passa por incessantes transformações e reinvenções em simbiose com o desenvolvimento da sociedade, sofrendo também o efeito das diversas crises que assolaram o país nas últimas décadas.

Como restou evidenciado, o ensino jurídico foi um dos alvos da investida neoliberal na sociedade e como consequência, tivemos a mercantilização do ensino superior; que, no Direito, transformou principalmente a atividade advocatícia e vem lançando no mercado um número alarmante de profissionais mal preparados e com expectativas não alcançadas, que culmina na massificação e proletarização da figura do advogado, atingindo principalmente aos mais jovens.

Todavia, em espectro diametralmente oposto a esse cenário, o avanço tecnológico possibilita ao jovem o desenvolvimento de novas técnicas e estratégias para se posicionar e se destacar no mercado de trabalho, se reinventando, e se valendo da criatividade e inventividade para explorar nichos e setores pouco explorados, se valendo também da atuação junto a entidade de classe para promover uma maior visibilidade do seu trabalho, qualificando a sua formação, buscando o fortalecimento da relação com os colegas de classe e investindo na publicidade e divulgação da sua atuação dentro dos limites ético-legais.

E diante de todo o exposto, verifica-se que, por ser um fato social, o Direito está em simbiose com o desenvolvimento da sociedade e as crises que assolam o país e consequentemente o setor jurídico podem ser também lidas como janela de oportunidades em novas áreas de atividade jurídico-legais e oportunidades de adequação profissional e inserção do advogado recém-formado no mercado, buscando suprir as novas demandas trazidas pelas diversas configurações sociais e pelos constantes e desenfreados avanços tecnológicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Portal da OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/noticia/20734/brasil-sozinho-tem-mais-faculdades-de-direito-que-todos-os-paises>. <acesso em: 20. ago. 2016>

- REVISTA CONSULTOR JURÍDICO, 18 de novembro de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-18/total-advogados-brasil-chega-milhao-segundo-oab> <acesso em: 20.ago.2018>.
- Sítio Eletrônico da OAB: Disponível em: <https://www.oab.org.br/institucional-conselhofederal/quadroadvogados> . <Acesso em 18. Ago. 2018>
- FREITAS, Arystóbulo de Oliveira. **Advogados vivem momento ruim**, diz presidente da Aasp. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mai-21/contencioso-qualidade-cursos-direito-colocam-advocacia-crise>. <Acesso: 19. ago. 2018>
- BARBOSA FILHO, Fernando de Holanda. **A crise econômica de 2014/2017**. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142017000100051. <Acesso em: 18. Ago. 2018>
- BOBSEN, Arthur. **Por que o jovem advogado deve participar das atividades da OAB?** 2018, Disponível em: <https://www.aurum.com.br/blog/participacao-na-oab-jovem-advogado/>. Acesso em: 19. ago. 2018
- COSTA JUNIOR, Vander Luiz Pereira. **Os jovens operários da advocacia: um estudo sobre a precarização do trabalho nos escritórios de contencioso de massa**. Universidade Católica do Salvador, 2016.
- MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. **A evolução do ensino jurídico no Brasil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 969, 26 fev. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8020> Acesso em: 20. Ago. 2018
- MATTOSO, Jorge. **Tecnologia e emprego: uma relação conflituosa**. São Paulo Perspec. vol.14 nº3, Julho, 2000. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392000000300017. Acesso em 17. Ago. 2018.
- MORAES, Patrícia Regina de *et al.* **O ensino jurídico no Brasil**. São Paulo, 2014. Disponível em: http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/direito_foco/artigos/ano2014/ensino_juridico.pdf. Acesso em 18. Ago. 2018
- PACHECO, Adriano Pereira de Castro *et al.* **A Economia Criativa em época de crise: o desenvolvimento endógeno brasileiro na obra de Celso Furtado**. Revista de Economia Política, vol. 38, nº 2 (151), pp. 324-337, abril-junho/2018
- PÔRTO, Inês da Fonseca. **Ensino jurídico, diálogos com a imaginação: construção do projeto didático no ensino jurídico**. Porto Alegre: Safe, 2000.
- SANTOS, Boaventura de Souza *et al.* **A Universidade no Século XXI**: Para uma Universidade Nova. Coimbra, 2008.

CAPÍTULO XVI

Princípio da publicidade e o *trial by media* nos julgamentos criminais

Léo Vítor Travessa de Abreu

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Sistemas processuais; 3. O princípio da publicidade no ordenamento pátrio; 4. A mídia e os julgamentos criminais; 5. Conclusão; 6. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema processual. Constituição. Processo Penal. Princípio da publicidade. *Trial by media*. Democracia.

1. INTRODUÇÃO

Com o fim da Guerra-Fria e da polarização que dividia o mundo em dois grandes blocos, o modelo capitalista se consagrou como paradigma econômico global da pós-modernidade.

Simultaneamente, o desenvolvimento tecnológico marcou o fim do século XX e o início do século XXI, ditando uma nova era de compartilhamento de notícias e informações em velocidade quase que instantânea.

Influenciado por esse contexto, o Direito não se manteve inerte, adaptando-se à globalização e remodelando seus conceitos. Estados e democracias se fortaleceram, ao passo que novos e antigos modelos políticos foram e são testados frequentemente. Nesse contexto, o direito penal abraçou novos bens jurídicos para tutelar e abriu mão de outros antigos, adequando-se – na medida do possível –, à marcha social.

(*) Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Católica do Salvador. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Universidade Católica do Salvador.

A exemplo do Direito, a mídia e seus meios de comunicação social de massa transformaram-se e foram transformados pelos novos paradigmas capitalistas mundiais, estabelecendo uma relação simbiótica. A chegada e popularização da Internet, no Brasil, e os avanços tecnológicos das últimas duas décadas modificaram a imprensa como um todo e seu modo de veicular notícias. Redes sociais e aparelhos de *Smartphone* permitem, atualmente, que acontecimentos em um determinado Estado sejam conhecidos e divulgados pelo resto do mundo, na velocidade de um toque.

A facilidade na circulação de notícias e informações alimentou a equivocada filosofia de que qualquer assunto pode ser publicitado e virar notícia, ainda que em detrimento da intimidade de seus sujeitos. No campo dos julgamentos criminais, inaugurou-se a era do espetáculo midiático, na qual a comunicação de massa frequentemente desrespeita direitos e garantias através do abuso ao princípio da publicidade.

A despeito da pluralidade de princípios que proporcionam um julgamento criminal justo, a publicidade merece destaque nesse ínterim. É através dela que os veículos de comunicação de massa obtêm as informações necessárias à veiculação de suas matérias.

Dessa forma, para se entender a atuação da mídia – e suas consequências danosas aos julgamentos criminais –, é preciso compreender o papel do princípio da publicidade no ordenamento jurídico brasileiro. Indubitavelmente, a problemática se desenvolve em face do abuso e manipulação desse princípio, pelos veículos de *mass* mídia, que agem para alavancar a audiência e lucrar com conteúdo moncoso, às custas da intimidade.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS

O reconhecimento do sistema processual penal brasileiro, e das principais garantias trazidas em seu bojo, possibilita identificar, com mais clareza, os diversos casos de abuso ao princípio da publicidade, perpetrados pela atuação dos veículos de mídia.

Entender o modelo de sistema processual vigente – e suas implicações –, é chave à compreensão desse postulado como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

O cerne da ideia de sistema relaciona-se com a organização do conhecimento humano em diferentes áreas, determinadas e especializadas. A amplitude e a complexidade do conhecimento humano trouxeram a necessidade de sua organização em áreas individualizadas, permitindo o aperfeiçoamento desse conhecimento de forma a facilitar a especialização de seu estudo¹.

Sistema jurídico, portanto, é uma reunião conscientemente ordenada de entes, enunciados jurídicos, princípios gerais e normas que estabelecem uma relação de ligação e conteúdo entre o sistema e seus elementos formadores². É dizer, uma área individualizada do conhecimento humano cuja organização estruturada permitiu seu desenvolvimento como área independente.

Por conseguinte, pode-se definir sistema processual penal como um conjunto de garantias, entre princípios e regas constitucionais, que refletem o momento político de cada Estado, estabelecendo diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal e processual penal na ordem normativa vigente³. A despeito das grandes mudanças nos sistemas processuais penais do ocidente, nos últimos séculos, é cediço que o estudo desse tópico, atualmente, transcorre com base nos modelos acusatório e inquisitivo.

2.1. Sistema Acusatório

O sistema acusatório tem suas primeiras ramificações na antiguidade clássica, desenvolvendo suas estruturas, principalmente, na Grécia e Roma antigas. Nesta época, adotava-se, inicialmente, a acusação privada, que se tornava pública após o aval dos tribunais antigos⁴.

Nesse modelo, destaca-se a atuação passiva dos juízes, baseado em uma divisão específica das atividades pertinentes à persecução criminal.

1. ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008. p.34.

2. *Ibidem*, p.30-31

3. RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22ª Edição. São Paulo: Atlas, 2014. p. 46

4. LOPES JR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. p. 162.

A ideia de *actum trium personarum* sobreviveu ao tempo e, ainda hoje, norteia o exercício da ação penal, dividindo a relação jurídico-processual em três pessoas: juiz, autor e réu.

O sistema acusatório é uma expressão do processo penal moderno, sobretudo em face da estrutura social e política do Estado contemporâneo. Esse modelo assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do magistrado julgador, garantindo, assim, o devido respeito para com o acusado, o qual deixa de figurar como simples objeto e passa a ocupar o posto de parte passiva no processo penal⁵.

O sistema acusatório caracteriza-se, ainda, pela clara divisão entre as funções de acusar e julgar, o que, junto com a imparcialidade do juiz, propicia uma paridade de armas entre acusação e defesa. As diferentes partes, pois, contrapõem-se em igualdade de condições, ambas submetidas a um juiz ideologicamente equidistante e imparcial⁶. Neste sistema, o réu é sujeito de direitos, recebendo a tutela de princípios e garantias processuais/constitucionais importantíssimas, a exemplo do contraditório e ampla defesa.

No que tange à publicidade, este princípio ocupa função nuclear no sistema acusatório. Além de inerente ao seu funcionamento – como patrocinador de direitos e garantias –, a publicidade figura como filtro na condução do processo, evitando abusos por parte da acusação e até mesmo da própria autoridade julgadora.

Neste ponto, Geraldo Prado sintetiza que a eleição da publicidade como elemento pétreo do processo nos permite compreendê-lo como procedimento público em contraditório. Assim, reduzida a publicidade – fora dos casos expressamente previstos em lei –, os atos processuais não mais estariam aptos a produzir efeitos jurídicos, sendo, portanto, nulos⁷.

5. LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11^a edição. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 94-95.

6. LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016. p.16.

7. PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 3^a Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 149.

2.2. Sistema Inquisitivo

O sistema inquisitivo se desenvolveu a partir das monarquias do século XII, refletindo o poder da Igreja Católica e a influência do Direito Canônico sobre o território Europeu na época pré-absolutista.

Ele surgiu como contraponto ao sistema acusatório Greco-romano, criticando a excessiva proteção dada ao acusado e a privatização acusatória. A substituição da acusação privada pela atuação estatal foi fruto dos defeitos da inatividade das partes, o que gerou a ideia de que a persecução criminal não deveria ser deixada nas mãos dos particulares. Como consequência direta, portanto, houve a concentração, no mesmo órgão, das funções de investigar e punir, surgindo uma espécie de Estado-juiz⁸.

O sistema inquisitivo trouxe profundas modificações ao processo penal de origem Greco-romana, base do modelo acusatório. No campo probatório, a busca pela “verdade real” guiou o processo, incentivando torturas e penitências como forma de extração dos fatos dos acusados⁹. Neste contexto, houve uma supervalorização da confissão como rainha das provas, estabelecendo um sistema de provas tarifadas¹⁰.

Este modelo se fortaleceu concomitantemente à expansão da Igreja Católica no território europeu, vez que representou expressão do próprio direito canônico a partir do século XIII, sendo empregado, inclusive, por tribunais civis até o século XVIII¹¹. Desta forma, os preceitos jurídicos e religiosos misturaram-se, dando lugar a um modelo de persecução norteado pela ideologia católica medieval.

Como consequência da desconstrução da ideia do *actum trium personarum*, concentrando-se o poder tão somente na figura do inquisidor, houve, também, a descaracterização da publicidade como princípio fundamental da persecução, tornando o processo quase sempre sigiloso, dotado de uma condução parcial e autoritária.

8. LOPES Jr, Aury. *Op. cit.* p.97.

9. *Ibidem*, p.142.

10. RANGEL, Paulo. *Op. cit.* p. 48.

11. LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. cit.* p. 15.

Esse sistema vigorou até o final do século XVIII e início do século XIX, período da história marcado pela Revolução Francesa e pela política de resgate ao humanismo e à valorização do homem. A exemplo da declaração dos direitos do homem e do cidadão, promulgada em 1789, a referida época inaugurou uma importante valorização do ser humano como sujeito de direitos e garantias fundamentais. Como esperado, tais ideais refletiram no processo penal, retirando-lhe a carga inquisitorial e revestindo-o de caráter democrático e acusatório¹².

2.3. Sistema Processual Brasileiro

Definir o sistema processual brasileiro não é incumbência fácil, como bem pontua Geraldo Prado:

No Brasil, certamente não é tarefa simples assinalar com precisão que sistema processual penal vigora ou em outras épocas que sistema imperou. A forma de definir a questão passa pelos interesses que movem os juristas, motivados pelo sentido e função que atribuem ao Processo Penal e pela maneira como vivem ou viveram a experiência política do seu tempo.

Na verdade, até mesmo o estudo da história do processo penal no Brasil, e por conta disso o estudo dos sistemas processuais penais, não é fácil, na medida em que o olhar do pesquisador tantas vezes está condicionado às formas mais visíveis nos dias atuais, resultantes da predominância cultural, política e econômica de origem europeia¹³.

Tal tarefa se complica ainda mais diante da peculiaridade do nosso ordenamento, no qual o Código de Processo Penal data de 1941, fruto da era Vargas.

Apesar das modificações legais ocorridas ao longo de mais de meio século, é inegável o teor inquisitório que ainda reside neste diploma, a exemplo da figura do inquérito policial. Aury Lopes Jr corrobora tal entendimento, asseverando que nosso processo penal tem uma grande

12. LOPES JR, Aury. *Op. cit.* p.103.

13. PRADO, Geraldo. *Op. cit.* p.161.

matriz inquisitória, a qual deve ser severamente combatida, na medida em que não resiste a uma filtragem constitucional¹⁴.

Apesar de posições divergentes na doutrina – como a adoção de um terceiro modelo misto, misturando ideais inquisitivos (inquérito) e acusatórios (ação penal) –, este trabalho segue o entendimento de que o sistema processual brasileiro é predominantemente acusatório, mesmo possuindo reflexos inquisitórios na realidade jurídica imperfeita do dia-a-dia. Tal posição se dá com a inegável constatação de que a ampla defesa, o contraditório e a publicidade são princípios que balizam a persecução brasileira.

Importa esclarecer que a presença de normas infraconstitucionais com teor inquisitivo não desqualifica o caráter acusatório do sistema processual brasileiro, revelando, tão somente, a imperfeição do complexo processual pátrio. Conforme exposto, a incidência de princípios como o contraditório, a ampla defesa e a própria publicidade – juntamente com o caráter imparcial e independente do órgão julgador –, dão contorno ao modelo de sistema processual acusatório.

Definir esse modelo vigente, portanto, é visualizar a dinâmica do ordenamento jurídico brasileiro de maneira completa. A compreensão do modelo acusatório como adotado representa a percepção de um processo penal filtrado por uma gama de direitos e garantias constitucionais.

3. O PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE NO ORDENAMENTO PÁTRIO

a palavra publicidade, em latim, corresponde ao vocábulo *publicus*, que por sua vez deriva do verbo *publicare*, representando o ato de dar ou expor algo ao público¹⁵. Publicidade, portanto, é aquilo que pertence ou é destinado ao povo. Da mesma forma, publicar pressupõe fazer de

14. LOPES JR, Aury. *Op. cit.* p. 113.

15. SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico/atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho**. 28ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.1138.

algo notório, divulgando-se ao conhecimento geral e manifestando-se em face de todos¹⁶.

No ordenamento jurídico pátrio, a publicidade foi elevada à condição de garantia fundamental através da Constituição de 1988. Tal feito ganha maior relevância ao se lembrar o período de ditadura militar que antecedeu a promulgação do texto constitucional, no qual direitos e garantias eram frequentemente desrespeitados, e a publicidade recorrentemente burlada, nos moldes do sistema inquisitivo.

No ordenamento jurídico brasileiro, destacam-se três passagens da Lei Máxima que fazem referência expressa ao aludido princípio.

Em primeiro plano, destaca-se o art. 5º, LX, que consolida a publicidade dos atos processuais como regra a ser observada, prevendo exceções em decorrência da intimidade ou do interesse social:

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:

LX – a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem¹⁷;

Outrossim, o art. 93, IX, discorre acerca dos julgamentos dos órgãos do poder judiciário:

Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais

16. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 73.

17. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15/07/2019.

a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação¹⁸

Ambos os artigos patrocinam a publicidade dos atos processuais como regra, excetuando-se situações em decorrência do interesse público, social, e da defesa da intimidade. Por interesse social são compreendidas situações de ameaça e desrespeito à harmonia social, no que tange ao modo de viver de seus integrantes. Já a defesa da intimidade pode ser descrita como a proteção ao nicho de relações subjetivas do indivíduo, as quais configuram a sua esfera de privacidade.

No que tange ao interesse público, porém, há grandes controvérsias doutrinárias em suas definições. Como assevera Marçal Justen Filho, essa ideia não pode ser fruto de uma simples operação aritmética, vez que é um conceito jurídico indeterminado¹⁹.

Dentre as diversas possibilidades à definição de interesse público, acredita-se que a mais completa é a que entende o interesse público como representação do conjunto de valores consolidados pelo sistema constitucional, os quais incitam o Estado a promover a ocorrência de direitos fundamentais para seus tutelados, de maneira ponderada individualmente e coletivamente, por meio de prestações positivas e negativas.

Há também a previsão legal do art. 37, que abraça a publicidade como princípio basilar do direito administrativo – principal filtro da função administrativa:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte²⁰:

-
18. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15/07/2019.
 19. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 152.
 20. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 15/07/2019.

No que tange à atuação estatal, a supremacia do interesse público embasa um direcionamento de políticas estatais que sacrificam interesses particulares em detrimento da coletividade, em respeito à promoção dos direitos fundamentais e do bem-estar coletivo. Nesse cenário, a publicidade da administração direta e indireta funciona, também, como uma contraprestação do Estado aos cidadãos, que devem tomar parte dos atos dos governantes. Importa acrescentar que a publicidade dos atos públicos, incluindo-se a publicidade dos atos judiciais, conforme exposto, não é favor prestado à coletividade, mas, dever do poder público que constitui demonstrar corresponder às expectativas que foram depositadas durante as eleições.

3.1. O princípio da publicidade nos julgamentos criminais

Via de regra, as esferas dos julgamentos criminais configuram situações mais delicadas e complexas do que outras áreas do direito. No âmbito da persecução criminal, lida-se, diretamente, com a liberdade e a intimidade dos participantes do procedimento, exigindo-se um filtro de garantias e princípios que compensem a vulnerabilidade do acusado e possibilitem a ocorrência de um julgamento criminal justo.

É justamente para que estas garantias mínimas ocorram que a publicidade dos atos processuais se faz necessária²¹, sobretudo no âmbito interno do procedimento. Atualmente, não é possível conceber, por exemplo, um modelo de processo penal onde o perseguido desconheça as imputações que lhe foram feitas, nos piores moldes de um processo *kafkiano*.

Ultrapassado o modelo inquisitivo de sistema processual, o atual modelo acusatório carrega a publicidade como forma de superação desses abusos e juízos arbitrários, ocorridos, quase que sempre, na obscuridade dos procedimentos. A partir do momento em que os atos judiciais são públicos, a fiscalização da atuação dos sujeitos processuais se torna mais fácil, patrocinando-se a ocorrência de um julgamento criminal justo, longe de vícios.

21. VIEIRA, Ana Menezes. *Op. cit.*, p. 90

A legislação processual penal, em seu artigo. 792, §1º e §2º, colaciona o seguinte:

Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes.

§ 2º As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada.

Este dispositivo também prevê a publicidade como regra das audiências, sessões e dos atos processuais praticados. Outrossim, é importante destacar os termos utilizados: escândalo, inconveniente grave e perturbação da ordem. Tais conceitos devem ser interpretados no atual contexto do ordenamento jurídico pátrio, de forma a evitar abusos e restrições indevidas, bem como interpretações já superadas.

Não se pode olvidar, todavia, que a publicidade dos atos processuais – a despeito dos benefícios trazidos – também está atrelada a diversas situações de desrespeito a direitos e garantias, no âmbito concreto dos julgamentos criminais.

Pensando nessas hipóteses, o legislador constitucional, a exemplo dos artigos 5º, LV, e 93º, IX, e o legislador infraconstitucional – no caso do supracitado art. 792 do Código de Processo Penal –, previram limitações, como é o caso das situações popularmente conhecidas como “segredo de justiça”. Ressalta-se a impropriedade desse termo já que, na prática, nenhum processo está em segredo de justiça pois isso significaria abolição do princípio da publicidade, situação incompatível com o desenrolar processual no Estado de Direito em que se vive²².

22. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil – Volume único/Daniel Amorim Assumpção Neves**. 10ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2018. p. 196.

Por fim, acrescenta-se que, no Código Penal, há complementos normativos à ideia de restrição da publicidade no âmbito processual penal. No caso dos crimes relacionados à dignidade sexual, a proteção à intimidade da vítima é tão importante que o diploma penal condiciona à representação a ação penal pública em algumas hipóteses.

Excetuando-se os menores de 18 (dezoito) anos e os vulneráveis, o art. 225 do CP prevê o seguinte:

Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável²³.

Este condicionamento à representação, para o início da ação penal, se funda na necessidade de proteção à esfera de intimidade da vítima, a qual pode sofrer com a exposição do fato ocorrido, provocando sofrimento e humilhações indesejadas. Por outro lado, protege-se, também, a parte supostamente autora, em respeito à presunção de inocência, e diante das possibilidades de danos irreversíveis às partes e à marcha processual.

3.2. Classificações doutrinárias da publicidade

Com efeito, a doutrina brasileira apresenta algumas classificações para a natureza e o conteúdo do princípio da publicidade.

Simone Schreiber pontua que a publicidade, nos parâmetros da Constituição de 1988, possui dupla natureza, constituindo, ao mesmo tempo, garantia do acusado e elemento do processo judicial. Em primeiro plano, há a garantia inerente ao acusado como consequência direta do devido processo legal e do princípio acusatório. Ao mesmo tempo, como elemento do processo judicial, a publicidade relaciona-se com a exigência de transparência e com o controle democrático da atuação do Poder Judiciário²⁴.

23. _____.Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal: **Diário Oficial da República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 15/07/2019.

24. SCHREIBER, Simone. *Op. cit.* p.248.

Ampliando este conceito, considera-se que esta garantia é, ao mesmo tempo, do jurisdicionado e de toda a sociedade, vez que o funcionamento da justiça constitui benefício coletivo e com implicações gerais, já que qualquer cidadão pode precisar da tutela jurisdicional.

Helena Najjar Abdo, por sua vez, destaca que há duas formas de compreensão da publicidade do processo, uma em relação a terceiros – isto é, o público em geral que acompanha o desenrolar dos fatos –, e a outra em relação às próprias partes, sendo necessário que estas estejam presentes durante toda a atividade processual²⁵.

Outrossim, a referida autora faz distinções no que tange ao destinatário desta garantia, dividindo a publicidade dos atos processuais em interna – dirigida às partes e seus procuradores –, e externa – destinada a terceiros alheios à relação processual²⁶.

A publicidade externa, também conhecida como absoluta, se configura pela total acessibilidade dos autos tanto às partes quanto aos sujeitos externos. Portanto, a publicidade interna, ou restrita, se refere à realização de atos processuais somente em face de algumas pessoas interessadas e/ou seus representantes judiciais²⁷.

Na doutrina, também figura como tradicional a classificação da publicidade em imediata e mediata. Neste primeiro caso, o conhecimento dos atos e fatos processuais deriva diretamente da assistência e atuação do público nas etapas do procedimento. Por conseguinte, a publicidade mediata é justamente o conhecimento do procedimento fornecido ao indivíduo, inclusive através dos meios de comunicação²⁸. Neste ponto, Tucci afirma que a publicidade imediata se dá pela cognição dos atos do processo em franquia a todos os cidadãos, isto é, pela possibilidade de participação dentro dos limites legais, ao passo que a publicidade mediata ocorre com o conhecimento mediante certidão, cópia, ou pelo *mass media* – veículos de comunicação em massa²⁹.

25. Abdo, Helena Najjar. *Op. cit.* p.20

26. *Ibidem*, p. 20.

27. TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 185.

28. VIEIRA, Ana Menezes. *Op. cit.* p.96.

29. TUCCI, Rogério Lauria de. *Op. cit.* p. 185

Percebe-se que, neste último ponto, o avanço e desenvolvimento da sociedade – com a conseqüente proliferação dos veículos de mídia –, contribuiu para estabelecer como regra a difusão dos atos processuais por meio da publicidade mediata. Essa divulgação, inclusive, pode potencializar os efeitos da publicidade, trazendo, concomitantemente, benefícios e prejuízos ao andamento dos feitos. Ao passo em que a difusão das notícias representa máxima democrática, gerando iguais oportunidades de informação, no âmbito dos julgamentos criminais se percebe que os abusos à publicidade – e conseqüentes prejuízos causados –, são mais frequentes e danosos.

4. A MÍDIA E OS JULGAMENTOS CRIMINAIS

O processo de comunicação comporta as fases de emissão, transmissão e recepção das mensagens, as quais ocorrem por intermédio da linguagem. Quando esta comunicação se dá entre os agentes comunicadores e a chamada massa de audiência, há o fenômeno da comunicação de massa³⁰.

Esse conceito, todavia, não incorre necessariamente em uma definição negativa. Como aponta Ana Lúcia Menezes Vieira, a massa é composta pelo conjunto de indivíduos que, muito embora componham grupo heterogêneo e anônimo, possuem capacidade de digerir a mensagem para, conseqüentemente, incorporá-la às suas realidades³¹.

Em decorrência dessa necessidade de absorção dos eventos ocorridos no cotidiano, surgiu o que se chama de *mass media*, é dizer, meios primários de comunicação que, voltados ao público, proporcionam a apreensão desses acontecimentos diários ocorridos na sociedade atual. Eles são, sem sombra de dúvida, os primeiros meios pelos quais os cidadãos tomam contato com diversos assuntos da atualidade e do mundo, muitas vezes constituindo os únicos veículos aos quais essa população tem acesso³².

30. VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. *Op. cit.* p.28.

31. *Ibidem*, p. 28.

32. ABDO, Helena Najjar. *Op. cit.* p. 9.

A globalização e os avanços tecnológicos ocorridos nas últimas décadas causaram sensíveis mudanças nas formas e nos meios de atuação da mídia contemporânea. A imprensa que antes se resumia ao conteúdo impresso de jornais e revistas ganhou contornos tecnológicos, dominando os campos de radiodifusão, televisão e, em sua última grande conquista, o âmbito virtual.

A expansão de atuação da mídia propiciou um crescimento no acesso à informação, possibilitando que cada vez mais pessoas tivessem contato com o conteúdo jornalístico produzido. É justamente esse contato com as notícias veiculadas pelos órgãos de imprensa o responsável pelo poder dos veículos de comunicação, à medida que se cria um vínculo de dependência entre divulgação da notícia e interesse em se informar.

A notícia veiculada, ao chegar ao seu destinatário, é absorvida para se tornar parte de sua realidade. O senso crítico, filtro no recebimento e consumo da informação, se torna ineficaz ao se pensar na imensurável gama de conteúdo ao qual a população em geral não tem intimidade. Nesse contexto, a palavra do jornalista responsável por determinada matéria figura como agente doutrinador para o sujeito passivo da relação.

Ocorre que, para cumprir sua função social, a imprensa deve ser livre no seu direito de informar, todavia, balizando-se pelo senso de responsabilidade na exibição de seu conteúdo. Conforme pontua Ana Menezes Vieira, essa informação, hoje em dia, não vem mais necessariamente transmitindo a realidade autêntica dos fatos³³. Proporcional ao aumento no número de veículos de *mass media*, está o aumento na quantidade de notícias parciais, fragmentadas, sensacionalistas e de veracidade duvidosa. Esse aumento massivo no número de órgãos de imprensa se destaca como expressão do próprio mercado capitalista contemporâneo, o qual supervaloriza o lucro, muitas vezes, em detrimento da qualidade do produto oferecido.

Percebe-se, portanto, que os veículos de mídia nada mais são do que grandes empresas do ramo de comunicação. Sendo assim, na posição de empresas que gastam e recebem dinheiro em decorrência dos seus

33. VIEIRA, Ana Lucia Menezes. *Op. cit.* p.43-44.

produtos e serviços oferecidos, resta inegável destacar que a imprensa, hoje em dia, possui caráter mercantil.

Consequentemente, surge um fenômeno de desvirtuamento na função social do dever de informar, em decorrência da capitalização e do caráter mercantil adquirido pela imprensa brasileira. Muito embora a imparcialidade absoluta seja elemento difícil na construção de uma matéria jornalística, a busca por essa neutralidade – bem como a observância dos valores éticos –, é fundamental para a garantia de um jornalismo responsável e dotado de qualidade no conteúdo.

É intrínseco ao sucesso da mercantilização midiática a existência de um forte público consumidor. Em se tratando de julgamentos criminais, é notório o grande interesse social que paira sobre os crimes ocorridos e seus desdobramentos. Nesse sentido, Francesco Carnelutti explica o seguinte:

Se dos delitos e dos processos penais os jornais se ocupam com tanta assiduidade, é que as pessoas por estes se interessam muito; sobre os processos penais assim ditos célebres a curiosidade do público se projeta avidamente³⁴.

É justamente diante dessa receptividade positiva, em termos de consumo por parte do grande público, que cada vez mais se observa a utilização dos julgamentos criminais como mola propulsora para a venda de notícias. Carnelutti atrela esse interesse à esfera penal, mais presente aqui do que em outras áreas do direito, no que tange à fuga da realidade por parte do público. Uma vez que a vida do outro assume aspecto de drama, a fuga da própria vida, ocupando-se da vida alheia, representa forma de diversão³⁵.

O interesse do grande público na veiculação de notícias ligadas ao cometimento de crimes se torna respaldo para a continuidade de exploração desse tipo de acontecimento. Essa prática fomenta uma espécie de indústria do medo que acaba por aproximar o leitor/consumidor de uma realidade, geralmente, esporádica. Mesmo nos Estados

34. CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. 3ª Edição. Edijur, São Paulo: 2015. p.6.

35. *Ibidem*, p.6.

e Municípios com altos índices de violência, a exploração das matérias jornalísticas criminais consegue disseminar a sensação de insegurança e abandono do poder público, justamente por trazer um sentimento de inevitabilidade, ainda nos nichos urbanos mais violentos. Nesse aspecto, observam-se as palavras de Marcus Alan de Melo e Fernando da Silva Albuquerque:

Não são raras as manchetes e notícias veiculadas – e repetidas à exaustão, todos os dias – “revelando” o aumento da criminalidade, da taxa de homicídio, dos índices de ocorrência de roubos e furtos, de crimes sexuais. Geralmente associados a imagens que chocam e provocam pânico, essas notícias representam não um fenômeno isolado, mas uma consolidada estratégia, no âmbito da atuação dos meios de comunicação para atrair leitores e telespectadores³⁶.

Em decorrências de tais práticas, cria-se uma inevitável aproximação entre a notícia veiculada e a esfera de intimidade cotidiana do destinatário, levando-o a crer que tais acontecimentos, além de rotineiros e frequentes, são inevitáveis, ou evitáveis por meio de um direito penal extremamente repressivo. A notícia chega fragmentada, isolada e manipulada, de forma que não é possível sua compreensão em totalidade pelo espectador, fomentando e disseminando o medo, à medida que cultiva a curiosidade e o interesse nesse tipo de matéria, garantindo a fidelização do consumidor

Incentivar o medo, além de gerar lucro através da venda do conteúdo fatalista, cria uma preocupante comoção pública, influenciando a maneira como a sociedade vê a delinquência e os agentes delinquentes. Surge, portanto, uma análise empírica própria, cujo método indutivo se lastreia na observação dessa realidade distorcida e piorada, vendida pelos meios de comunicação em massa.

Conforme aponta Zaffaroni, criou-se uma espécie de criminologia midiática, em paralelo ao construído nas academias, que se lastreia na realidade de subinformação, desinformação e preconceitos provocados pelos meios de comunicação de massa. Esta ciência cria uma realidade

36. GOMES; Marcus Alan de Melo; ALBUQUERQUE, Fernando Da Silva. **Tensões contemporâneas da Repressão Criminal** (in) **Mídia Medo e Expansão punitiva**. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2014. p.110.

onde “pessoas decentes” – os consumidores das notícias –, coexistem com uma massa de criminosos³⁷.

Tal construção ideológica é responsável pela legitimação de abusos no campo processual penal, estabelecendo uma relação maniqueísta entre o destinatário da notícia – o cidadão de bem –, e o criminoso noticiado – o delinquente de índole má.

4.1. *Trial by media* e suas implicações práticas

O conceito de *trial by media* nada mais é que o impacto produzido pelos meios de comunicação de mídia ao longo da cobertura de um determinado caso. Essa expressão se tornou popular entre o fim do século XX e início do século XXI, ganhando destaque como uma evolução do conceito de “*trial by television*”, surgida em 1967, após uma entrevista do jornalista britânico David Frost com o então acusado de fraude em seguros de carro, Emil Savundra.

Apesar de só ter ficado mundialmente conhecido cerca de 10 anos depois, por sua entrevista com o ex-presidente norte americano Richard Nixon, David Frost causou polêmica à época tendo sido acusado de influenciar nas investigações contra Savundra, em decorrência de uma entrevista agressiva e tendenciosa, a qual contou, inclusive, com a participação de supostas vítimas do entrevistado.

Atualmente, em decorrência dos avanços da tecnologia e da própria expansão dos meios de comunicação de massa, casos de *trial by media* se tornaram muito mais frequentes. Embora o texto constitucional preveja um dever de responsabilidade na exibição do conteúdo, a exploração perpetrada por esses veículos se mostra prática comum, atingindo direitos e garantias através do uso abusivo do princípio da publicidade.

Um dos métodos nocivos de ação da grande mídia se dá por meio da exibição de conteúdo sensacionalista em horários capazes de cativar o grande público, como no início das manhãs, na hora do almoço e no fim

37. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **A palavra dos mortos**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 304-305.

do dia, no chamado “horário nobre”. Marcus Alan de Melo e Fernando da Silva Albuquerque chamam atenção para essa fórmula de produção de notícias sobre a criminalidade, a começar pela escolha dos fatos, ultrapassando a mera atividade informativa. Elegem-se matérias com títulos chamativos e capacidade de atrair atenção nos horários de maior público, como o horário nobre da televisão e o horário de pico no caso dos transeuntes dos grandes centros urbanos. Também se exploram os locais de mais fácil acesso, como manchetes e capas dos jornais, tanto nos noticiários televisionados, quanto nas mídias impressas e digitais³⁸.

Exemplo prático e emblemático da nocividade da atuação da mídia, em claro abuso ao princípio da publicidade, foi o conhecido caso Escola Base.

Ocorrido na cidade de São Paulo, no ano de 1994, cerca de 06 (seis) pessoas, incluindo o casal de proprietários da escola, foram acusadas, injustamente, de cometerem abusos sexuais contra os alunos da instituição. A denúncia partiu de duas mães de ex-alunos da escola, as quais procuraram a 6ª Delegacia de Polícia do 6º Distrito Policial da Capital de São Paulo, no dia 27 de março de 1994, para revelar o cometimento de abusos sexuais por parte dos proprietários, sócios, professores e até do motorista da escola em que os menores estudavam.

Tais abusos consistiam em levar as crianças para o apartamento do casal de proprietários, obrigando-as a assistirem filmes pornográficos e a praticar atos libidinosos, enquanto eram fotografadas³⁹.

Dois dias depois, em 29 de março de 1994, o caso ainda estava no início das investigações, quando foi veiculado no Jornal Nacional, telejornal de maior audiência do horário televisivo à época. A matéria abusou da publicidade interna da investigação, ainda em nível incipiente, mostrando o nome e o endereço da escola, bem como os nomes dos proprietários

38. GOMES; Marcus Alan de Melo; ALBUQUERQUE, Fernando Da Silva. **Tensões contemporâneas da Repressão Criminal (in) Mídia Medo e Expansão punitiva**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.40.

39. GESU, Cristina di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2014. p.176.

envolvidos e do motorista da perua escolar. Foram espalhadas informações não confirmadas e tendenciosas, incorrendo em uma sequência de erros e de fatos desconstruídos, os quais culminaram no imediato linchamento social e midiático dos envolvidos. A comoção pública criada como resposta à matéria foi tão grande que incitou episódios de violência, ocorrendo saques e depredações nos imóveis dos investigados⁴⁰.

O abuso à publicidade era tão notório que muitas das denúncias feitas pelas mães eram publicadas na imprensa antes mesmo de constarem nos autos do inquérito⁴¹. Além disso, em posturas irresponsáveis e sensacionalistas, jornais como os extintos “Notícias Populares” e “Folha da tarde” chegaram a estampar, respectivamente, as seguintes manchetes: “Kombi era motel na escolinha do sexo” e “Perua escolar carregava crianças para a orgia”⁴².

Em 17 de Abril de 1994, menos de um mês depois do início das investigações, o inquérito policial foi arquivado, inocentando os investigados de todas as suspeitas levantadas. Como consequência, além do fechamento da instituição de ensino, um dos proprietários da escola, Icushiro Shimada, sofreu um infarto do miocárdio, em decorrência do estresse gerado à época dos fatos⁴³, tendo falecido, anos depois, em 16 de abril de 2014. Sua esposa e coproprietária, Maria Aparecida Shimada, faleceu em 2007 de câncer, havendo relatos de que passou os 13 anos seguintes ao caso à base de medicamentos para ansiedade e terapia psiquiátrica.⁴⁴

40. FOLHA DE SÃO PAULO. Edição de 28/03/2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/03/1432195-imprensa-amadureceu-apos-o-caso-escola-base-aponta-debate.shtml>> Acesso em 15/07/2019.

41. GESU, Cristina di. *Op. cit.* p. 184.

42. PRAGMATISMO POLÍTICO. Edição de 17/12/2012 Disponível em <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2012/12/caso-escola-base-rede-globo-e-condenada-pagar-r-135-milhao.html>>. Acesso em 15/07/2019.

43. VEJA. Edição de 01/05/2014. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/brasil/morre-icushiro-shimada-erroneamente-acusado-no-caso-da-escola-base/>>. Acesso em 15/07/2019.

44. FOLHA DE SÃO PAULO. Edição de 28/03/2014. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2014/03/1432195-imprensa-amadureceu-apos-o-caso-escola-base-aponta-debate.shtml>> Acesso em 15/07/2019.

Anos depois, foi provido parcialmente o Recurso Especial nº 1.215.294/SP, de relatoria do ministro Ricardo Villas Bôas, reduzindo o valor de indenização por danos morais a ser pago pelo SBT – Sistema Brasileiro de Televisão –, em favor de algumas das vítimas do caso em tela⁴⁵.

Muito embora concedida a indenização, é de se destacar que os principais afetados pela atuação irresponsável da mídia – os proprietários Icushiro Shimada e sua esposa Maria Aparecida Shimada –, já faleceram. Cerca de 20 anos após o ocorrido, as consequências do episódio ainda são de fácil visualização, revelando a necessidade de cautela na divulgação das investigações criminais em curso por parte dos veículos de mídia.

5. CONCLUSÃO

A publicidade e o Estado Democrático de Direito constituem relação praticamente simbiótica. Esta ligação se perfaz com a transformação da publicidade em postulado basilar do exercício da democracia, ao passo em que é justamente o plano democrático que permite a ocorrência desse princípio.

Este ideal possibilita que a população tome ciência e exerça o controle sobre a atuação dos agentes públicos, condição inerente ao funcionamento da nossa democracia constitucional.

Muito embora represente um importante vetor republicano, o princípio da publicidade é frequentemente desrespeitado pelos veículos de comunicação, sobretudo na seara dos julgamentos criminais.

Nesse sentido, percebe-se que existe um forte teor mercantil no direcionamento da atuação dos grandes veículos de mídia brasileiros. O manto capitalista reflete a necessidade de gerar lucro, que autoriza a veiculação de matérias de conteúdo fatalista e sensacionalista, atingindo a esfera de intimidades dos sujeitos processuais.

45. CONJUR. Edição de 19/02/2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-19/stj-reduz-condenacao-sbt-noticias-escola-base>>. Acesso em 15/07/2019.

Na seara dos julgamentos criminais, esse impacto se chama de *trial by media*, conceito oriundo da experiência britânica com o apresentador David Frost, o qual protagonizou entrevistas que influenciaram julgamentos criminais referentes a alguns de seus convidados.

O *trial by media* é realidade no ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo do caso Escola Base. Destaca-se, todavia, que o problema não reside no conteúdo da publicidade em si – valor fundamental ao sistema acusatório –, mas, na sua utilização indevida.

Impõe-se, portanto, a necessidade de combate a esses abusos, que não deve advir da limitação ao conteúdo desse princípio. Ações nesse sentido se revestiriam de evidente carga antidemocrática, visto que, conforme exposto, a problemática se desenvolve a partir da manipulação do seu regramento. A solução, portanto, nada mais é que uma cobertura parcial dos julgamentos criminais, balizada pelos princípios e garantias fundamentais à ocorrência de uma persecução criminal justa.

6. REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. **A Garantia Da Publicidade Do Processo E A Divulgação De Atos Processuais Pela Mídia: Limites E Precauções Atinentes Ao Processo Civil**. Tese de doutoramento. Universidade de São Paulo, São Paulo: 2006

ANDRADE, Mauro Fonseca. **Sistemas processuais penais e seus princípios reitores**. Curitiba: Juruá, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 22a Edição. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>.

_____. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal: **Diário Oficial da República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal: **Diário Oficial da República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- GESU, Cristina di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2a Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- GOMES; Marcus Alan de Melo; ALBQUERQUE, Fernando Da Silva. **Tensões contemporâneas da Repressão Criminal (in) Mídia Medo e Expansão punitiva**., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 9a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. Salvador: Juspodivm, 2016.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 11a edição. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____.Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4a Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal**.13a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**. 3a Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22a Edição. São Paulo: Atlas, 2014.
- SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva dos julgamentos criminais** – Uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre a liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico/atualizadores**: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 28a Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- TUCCI, Rogério Laura. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4a Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

CAPÍTULO XVII

Educação à distância no Sistema Carcerário Brasileiro como mecanismo de ressocialização

Fernanda Graziella Bispo Barbosa

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O direito a educação na Constituição e na Lei de Execuções Penais; 2.1. Lei de Diretrizes e Bases da Educação – Lei 9.394/1996; 3. A educação a distância e sua evolução histórica: 3.1. O EAD e o sistema prisional; 3.2. O EAD e o avanço na legislação; 3.3 O EAD como opção; 4. A ressocialização do preso e sua problemática: 4.1. Ressocialização por meio do estudo no Sistema Penitenciário Brasileiro; 4.2. Desenvolvimento de programas educacionais nos presídios baianos; 5. Fatores que contribuem para a vulnerabilidade do egresso: 5.1. O problema da qualificação profissional perante reinserção social do egresso do sistema prisional; 6. Considerações finais; referências.

PALAVRAS-CHAVE: Educação a Distância. Presídios. Ressocialização.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como principal objetivo demonstrar a realidade do sistema penitenciário brasileiro quanto à negligência do Estado em relação à importância da educação no momento da saída do egresso do sistema prisional, bem como às medidas de políticas públicas de educação para a ressocialização do apenado.

Ressalta-se, que não é o propósito abordar nesse trabalho, a dor e agressão que o reingresso causa à sociedade em geral, e sim fazer a comunicação e diretivas para revelar o espírito legal atribuindo ao apenado egresso do sistema prisional um acervo de direitos e deveres, buscando com isso propiciar não apenas a retribuição ao mal por ele causado, através de seu isolamento, mas também o resguardo de sua

dignidade e a conservação de indispensáveis relações sociais com o mundo, auxiliando para torná-los pessoas capazes de conviver harmoniosamente em sociedade.

É importante analisar as políticas públicas praticadas atualmente no sistema penitenciário, bem como refletir as relações de poder de sujeição do corpo como uma tecnologia que se estabelece sobre os indivíduos, buscando o poder disciplinador, para tornar esses sujeitos economicamente úteis e politicamente dóceis, assim como ofertar outros meios para viabilizar a prestação do ensino de todos os níveis por meio da educação à distância.

A prestação educacional é uma assistência básica de suma importância não só para o indivíduo livre, mas também para àqueles que estão submetidos à pena restritiva de liberdade, consistindo-se, nesse sentido, como uma parte do tratamento prisional com vistas à reintegração do sujeito, possibilitando melhor convivência quando em retorno à sociedade e permitindo maior chance para o mercado de trabalho.

A educação é uma garantia de todos os indivíduos e está diretamente ligada ao completo desenvolvimento da personalidade do ser humano, e por consequência fortalece o respeito pelas liberdades fundamentais e direitos humanos.

Este artigo também busca observar e descobrir quais as prováveis medidas a serem efetuadas nos sistemas prisionais, para que possa haver a oferta de oportunidade de estudo as pessoas privadas de sua liberdade, com o objetivo de propiciar a sua convivência com outros indivíduos e fazer uma interação destes com a sociedade.

Para impulsionar a presente pesquisa parte-se da seguinte problemática: é possível através da educação à distância que os detentos possam ser melhor reintegrados à sociedade? A estratégia selecionada para atingir o objeto de pesquisa será o estudo de obras multidisciplinares, artigos científicos e livros de teóricos de suma importância no mundo jurídico.

Nessa toada, o presente artigo foi dividido em cinco capítulos, onde inicialmente tratar-se-á do direito a educação na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, na Lei de Execuções Penais e Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. No capítulo seguinte, trata-se

da educação a distância no sistema prisional, sua evolução histórica, avanços na legislação e o método da EAD como opção. No capítulo 4, há um estudo sobre a ressocialização do preso e sua problemática, trazendo a reintegração do sujeito privado da liberdade por meio do estudo e a aplicação de programas educacionais nos presídios Baianos.

Posteriormente, aborda-se os aspectos que colaboram para a vulnerabilidade do egresso e o problema da qualificação profissional perante a reinserção social do egresso do sistema prisional. Encerra-se o presente artigo com as Considerações Finais, nas quais se apresentará uma síntese de cada ponto conclusivo.

Como consequência desse estudo, há expectativa de reconhecer os lapsos do Poder Público em relação à metodologia de ressocialização pela educação à distância, apontando as deficiências da sociedade prisional na esfera das políticas públicas educacionais, e justifica-se, portanto, por entender que há uma necessidade de se propor medidas que viabilizem de forma eficaz e viável as propostas de ressocialização por meio do ensino à distância.

2. O DIREITO A EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E NA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS

A educação é um direito social previsto no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB de 1988. Junto com tantos outros direitos na mesma redação, é considerada a base de um povo numa democracia. Por isso, é norteada por princípios orientadores trazidos à luz do art. 205 da mesma Carta, que assim dispõe:

Art. 205 A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Observa-se, de pronto, que além de um direito assegurado à todos, a educação é um dever do Estado e da família do indivíduo, com a participação da sociedade, e tudo isso com o objetivo de promover o que se entende por cidadania e preparar o sujeito para o mercado de trabalho, garantindo a sua dignidade enquanto ser humano.

A CRFB/88 ainda aponta para as obrigações do Estado no que se refere à educação a partir do exposto no art. 208, que importa demasiadamente nas reflexões do presente tema. E de acordo com Cretella:

[...] todo cidadão brasileiro tem o subjetivo público de exigir do Estado o cumprimento da prestação educacional, independentemente de vaga, sem seleção, porque a regra jurídica constitucional o investiu nesse status, colocando o Estado, ao lado da família, no poder-dever de abrir a todos as portas das escolas públicas e, se não houver vagas, nestas, das escolas privadas, pagando as bolsas aos estudantes (CRETELLA, 1991, v. 2, p. 881- 2).

Através dos princípios dispostos na Carta Magna, o Brasil aponta para caminhos que teoricamente, implicam numa observância maior ao Direito à educação e a maneira como o ensino deve ser ministrado, e que urgentemente precisam ser de fato legitimados. Assim sendo:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

- I – igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- II – liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- III – pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- IV – gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais;
- V – valorização dos profissionais do ensino, garantido, na forma da lei, plano de carreira para o magistério público, com piso salarial profissional e ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos, assegurado regime jurídico único para todas as instituições mantidas pela União;
- VI – gestão democrática do ensino público, na forma da lei; VII - garantia de padrão de qualidade. (BRASIL, 1988)

Além disso, existe um aparato normativo capaz de demonstrar a importância da educação como fator primordial de acesso à cidadania e liberdade de pensamento dos seres humanos. Nota-se, com isso, que o Brasil precisa se preparar para atender outras demandas educacionais que não sejam somente às previstas, como o caso dos presidiários em discussão.

A Lei nº 7.210 de 1984, conhecida como Lei de Execuções Penais-LEP também vem tratar da educação, quando propõe a instrumentalização de meios para que os apenados possam ser reintegrados à sociedade.

Como forma de assistência, o art. 11, inciso IV da LEP coloca a prestação educacional como maneira de se alcançar tal ressocialização e retorno de convivência em sociedade.

Nos arts. 17 a 21 da LEP/84, há uma seção específica para tratar da assistência educacional aos presos e internos, objetivando a universalização do ensino, incluindo, inclusive, a instalação de uma biblioteca que contenha um acervo capaz de suprir as demandas desses sujeitos.

Nesse ínterim, observa-se o art. 18-A, incluído em 2015 pela Lei 13.163:

Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização.

§ 1º O ensino ministrado aos presos e presas integrar-se-á ao sistema estadual e municipal de ensino e será mantido, administrativa e financeiramente, com o apoio da União, não só com os recursos destinados à educação, mas pelo sistema estadual de justiça ou administração penitenciária.

§ 2º Os sistemas de ensino oferecerão aos presos e às presas cursos supletivos de educação de jovens e adultos.

§ 3º A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal incluirão em seus programas de educação à distância e de utilização de novas tecnologias de ensino, o atendimento aos presos e às presas.

A partir do disposto no § 3º do artigo supracitado, nota-se a atualidade do tema em questão no trato com a educação à distância e novas tecnologias de ensino como forma de atender a demanda educacional dos presos, o que norteia a análise do trabalho em questão.

2.1. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – Lei 9.394/1996

Um importante instrumento normativo para a educação no Brasil foi a edição em 1996 da LDBEN- Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (nº 9.394/96). Como forma de alcançar escolas, educadores, educandos e sociedade, a LDBEN/1996 é um marco para as novas garantias no trato intelectual, após o advento da Constituição Federal de 1988.

Nesta toada, a educação precisa estar pautada em princípios delineados pela solidariedade humana, com do “pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 2º, LDBEN, BRASIL, 1996). Os sistemas de ensino devem ser organizados em regime de colaboração em toadas as esferas, sejam municipal, estadual e federal para que haja uma eficiência da linha educandária.

Logo, o país está cercado de normas capazes de assegurar aos presos, internos e detentos condições à uma educação que corroborem para uma melhor revitalização da sociedade. Entretanto, o fato de estar privado da liberdade acaba por interromper um ciclo essencial da formação intelectual do indivíduo e atender o fim a que pretende a ressocialização dessa parcela da população. A educação à distância seria uma maneira de romper as barreiras de acesso à educação de maneira mais dinâmica, atual e, sobretudo, necessária.

3. A EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A educação à distância, aqui considerada pela sigla EAD surgiu no Brasil por volta de 1904. Tendo a invenção da imprensa como grande impulsionadora para a continuidade dessa modalidade, sendo sua evolução de maneira lenta e gradativa.

A sistematização e a evolução do Ensino a distância foi marcada por cinco fases. A primeira refere-se ao estudo via correspondência, criticada por haver falta de interação entre aluno e mestre, por ser o ensino interposto apenas pelo material didático, não havendo um regresso quanto ao que foi passado e o que foi aprendido.

A segunda fase traz como vias de ensino a televisão e o rádio, onde eram transmitidos em horários fixos todo o conteúdo de ensino. Tendo o aluno que se adequar ao horário da transmissão, pois não havia flexibilidade de horário. E assim como na fase anterior, não havia retorno quanto ao que foi absorvido pelo aluno.

Somente a partir da quarta fase com o uso de teleconferência em universidades é que começou a ser sanada essa lacuna de dialogo entre

professores e alunos, e até entre os próprios alunos, embora ainda distante ainda de uma comunicação realmente eficaz.

Com a chegada da internet, a EAD foi implantada nas salas virtuais. Essa é a quinta e atual fase, onde o estudante pode realizar seus estudos em conformidade com sua disponibilidade temporal e suas necessidades, tendo em vista a flexibilidade do curso e a maior interação entre os personagens do processo educativo. Para Beber (2007, p.16) “a Educação a Distância é uma modalidade de ensino que possibilita gerir escolarização e que seu desempenho possui diversidade de recursos para redimensionar a dependência do ensino face-a-face”, tendo como característica principal a interação e cooperação entre atores do processo educacional.

Neste formato de educação, a distância corporal entre os atores do processo é amenizada através da disponibilidade aos estudantes de recursos digitais e tecnológicos educacionais.

Além da plataforma virtual, os alunos utilizam paralelamente materiais impressos e outras fontes de pesquisa e ao surgir alguma dúvida advinda desta metodologia educacional estas são sanadas através de ferramentas virtuais disponibilizadas e também nos encontros presenciais periódicos.

3.1. O EAD e o Sistema Prisional

Os debates a respeito da educação carcerária no Brasil podem reproduzir efeitos benéficos para a sociedade. A contemplação sobre a realidade das medidas educacionais nas prisões tem como base projetos educacionais desenvolvidos juntamente com propostas de escolarização dos apenados, buscando identificar aspectos que poderiam direcionar uma implantação desses projetos. São raras as observações e estudos a respeito de propostas educacionais para presos, tanto sobre o ensino tradicional no sistema prisional, quanto o informal.

A Educação a Distância é uma estratégia utilizada no Brasil para viabilizar democraticamente o acesso à educação. Pois a partir da utilização de inúmeros recursos tecnológicos, como a internet, alcançou-se o aumento das redes de comunicação e informatização, possibilitando o acesso ao ensino e transformando positivamente o processo educacional para milhões de pessoas.

Nesse sentido, a implementação da Educação a Distância nos presídios tem como estratégia não apenas a contenção de despesas para o Estado, mas também é uma ótima oportunidade para o preso de intentar a ressocialização por mecanismo de obtenção de conhecimento. Para Thompson (2010, p. 198) “trata de uma modalidade de sucesso que vem sendo implantada em alguns estados como política de ressocialização de apenados do sistema prisional”.

É necessário, um olhar de maior atenção, para a capacitação profissional e oportunidades educativas aos presos, para que no retorno à vida social, estes possam construir seu presente, desempenhando um papel de cidadão consciente que sabe respeitar a sociedade a qual faz parte.

3.2. O EAD e o avanço na legislação

O Brasil, no que tange a educação no sistema prisional, está bem atrasado, principalmente ao comparar-se com países de igual ou superior desenvolvimento. É necessário que haja debates a respeito da educação no sistema prisional para que se possa incorporar medidas capazes de provocar atualização na legislação nacional e nos acordos e tratados internacionais.

Ainda que em quantidade abaixo do desejado, os debates entre as governanças fez o Brasil progredir e estabelecer Diretrizes Nacionais que tem por objetivo ofertar a educação nos estabelecimentos prisionais.

Com o crescimento da modalidade de ensino à distância, tornou-se necessário o estabelecimento de regras para que a qualidade do ensino não fosse avariada. Em 1996 a EAD passou a ser reconhecida em todos os níveis de ensino, adquirindo reconhecimento legal, deixando de possuir características apenas supletiva e emergencial.

Atualmente a EAD no Brasil é regulamentada por diversos decretos, normas e portarias, que tem como objetivo fazer com que as instituições obedeçam às normas estabelecidas e por consequência seja o ensino transmitido de maneira formal e de qualidade.

Abaixo, pode-se observar alguns decretos e portarias importantes na regulamentação do ensino a distância no Brasil:

- a) **Decreto nº 5.773/2006:** Direciona a regulamentação e competência que deve ser composta por cada entidade, tendo por objetivo final supervisionar e avaliar as instituições de educação superior;
- b) **Decreto nº 6.303/2007:** Fez alterações no decreto anterior, no que se refere à prática de credenciamento de cursos;
- c) **Decreto Nº 9.057/2017:** Este decreto tem por finalidade atualizar a legislação que regulamenta a EAD no Brasil. Além de regulamentar também a oferta de cursos à distância para outros níveis de ensino, como o médio e o profissional técnico;
- d) **Portaria nº 2.051/2004:** Regulamenta os procedimentos específicos de avaliação;
- e) **Portaria MEC nº 1.016/2007:** Trouxe em seu contexto algumas exigências como corpo social, organização institucional e instalações físicas, como critérios a serem preenchidos para que seja possível o credenciamento de novas Instituições de Ensino Superior.

Percebe-se desde o surgimento do Ensino a Distância as mudanças na legislação, que seguem se atualizando para acompanhar a evolução tecnológica e melhorar essa modalidade de ensino.

3.3. O EAD como opção viável

O EAD apesar de não ser uma modalidade tão recente, vem ganhando adeptos por ser na maioria das vezes a única opção disponível no cotidiano corrido da sociedade. Apesar de contestarem a efetividade do ensino a distância, existe uma corrente consideravelmente forte que aponta a Educação à distância como uma forma de inclusão social, criando possibilidades de amenizar a desigualdade social ao permitir que qualquer pessoa tenha acesso aos diversos tipos de conhecimento.

Essa modalidade de ensino rompe regras estabelecidas e pré-julgamentos ao possibilitar que pessoas que residem em regiões distantes dos grandes centros urbanos possam ter acesso à educação. Como por exemplo, as tribos indígenas amazonenses, que por meio do ensino a distância está alcançando grau de instrução nunca antes tido nesse tipo de comunidade.

Pessoas que se encontram privados de sua liberdade por delitos praticados tem seu direito à assistência educacional concretizado através da EAD, pois em modalidade de ensino tradicional a logística operacional é bastante complexa porque exige um grande aparato de segurança, tornando o deslocamento até a sala de aula muito penosa para o próprio detento. Sobre isso, CARVALHO, (2008, p. 102) discorre que “Além do preconceito dos estudantes regulares à presença de detentos compartilhando o mesmo espaço e a possibilidade real de confrontos que ameaçaria a segurança desses estudantes e professores”.

Carvalho (2008, p. 203) ainda afirma que “o ensino a distância chegou à Penitenciária para transformar a realidade de detentos.” “Depois que começam a estudar, eles não enxergam mais as grades”, afirma o autor. Por todos esses motivos a EAD se mostra a melhor opção para o Estado garantir o Direito constitucional à Educação e consequentemente uma preparação dos apenados para o retorno ao convívio social. Nessa toada, “acredita-se que o apenado que mantém um dia a dia de estudo e trabalho, projeta melhor seu futuro” (CARVALHO, 2008, p. 205).

4. A RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

No que se refere à ressocialização dos seus internos, o Sistema Penitenciário Brasileiro, no quadro geral nacional, infelizmente ainda necessita de resultados mais eficazes. Fatores como a superlotação das prisões, a vivência em estruturas físicas deficientes e a falta de capacitação e treinamento dos funcionários que são responsáveis pela reeducação da população carcerária, contribuem fortemente para o prejuízo da recuperação social dos apenados.

Primeiro, torna-se imperioso salientar que a referida reeducação que o Estado deve proporcionar, na prática muitas vezes não existe, pois infelizmente a principal preocupação do sistema penitenciário ao receber em suas dependências um sujeito condenado por um crime contra a sociedade, é a privação da liberdade. Esse contexto é bastante propício no que se refere ao crescimento vertiginoso da reincidência criminal, pois na maioria das vezes sabe-se que, após deixar o cárcere, o indivíduo tem maior probabilidade de cometer crimes piores do que

antes, como se o período na prisão tivesse colaborado para torná-lo mais danoso ao trato social.

Ressocializar traz à luz a ideia de reinserção do condenado, e educá-lo de tal modo para que venha a se adaptar à sociedade, respeitando as regras impostas, ou seja, completamente apto ao convívio social (SILVA, 2003). A intervenção estatal existe sobre o presidiário, todavia, o seu poder manifesta-se muitas vezes em formas de opressão à liberdade íntima do condenado, muitas vezes o desestimulando a se recuperar e impondo-lhe certa falta de estima para com a vivência fora das grades.

Para o filósofo e teórico social francês Michel Foucault (2002, p. 73), “a prisão é o único lugar onde o poder pode se manifestar em estado puro em suas dimensões mais excessivas e se justificar como poder moral”. Nesse diapasão, conforme ele compreende, a prisão na atualidade é “uma empresa de modificar indivíduos” tendo, portanto, duas finalidades fundamentais: a privação de liberdade e a transformação de indivíduos” (Foucault, 2002, p. 208).

Assim, pode-se compreender, que ocorre um processo de etiquetamento e estigmatização sobre a vida de cada indivíduo condenado, que alcança seu ápice quando torna-se improvável a reabilitação deste durante a pena privativa de liberdade. É visível como aos poucos o sujeito é submetido a todo um aparato discriminatório, a partir do momento em que é quase inexistente a comunicação e a interação entre a prisão e a sociedade.

Dessa maneira, se na prisão é preservada toda essa instrumentalidade de controle e manutenção do papel da pena como apenas de retribuição e vingança, marcando os encarcerados numa perpétua relação de exclusão, essa situação os conduz a submissão total a uma hierarquia de poder que potencializa somente a ordem e a disciplina, tornando-os na prática, indivíduos muitas vezes sem direitos, sem voz, sem perspectivas.

Oliveira (apud COELHO 2003, p.1) preleciona que o sistema carcerário com relação aos seus integrantes:

Nada mais é do que um aparelho destruidor de sua personalidade, pelo qual não serve para o que diz servir; neutraliza a formação ou o desenvolvimento de valores; estigmatiza o ser humano; funciona como máquina de reprodução da carreira no crime; introduz na

personalidade a prisionização da nefasta cultura carcerária; estimula o processo de despersonalização; legitima o desrespeito aos direitos humanos. (apud COELHO 2003, p.1)

Sobre o exposto, MOLINA (1998, p. 381) reitera de forma acertada:

O decisivo, acredita-se, não é castigar implacavelmente o culpado (castigar por castigar é, em última instância, um dogmatismo ou uma crueldade), senão orientar o cumprimento e a execução do castigo de maneira tal que possa conferir-lhe alguma utilidade. (MOLINA, 1998, p. 381).

A prisão não pode servir de como instrumento de vingança, mas sim como um meio de reinserção humanitária e reformadora do indivíduo que delinuiu e tem o direito de regenerar-se. Estar em conflito com a lei, por mais grave que tenha sido o crime cometido, não torna a pessoa um ser anômalo em sociedade, como se fosse uma criatura sem identificação e sem prerrogativas, que merece eternamente ser castigado, do contrário, ela ainda continua parte de um Estado de Direito, sendo pessoa humana, a quem a própria Constituição cingiu de direitos e garantias (COYLE, 2002).

Todavia, a própria sociedade em muitas circunstâncias, contribui para o desenrolar dessas estatísticas de etiquetamento do indivíduo, lançando-o num espaço de escuridão social, sem um suporte necessário e sem uma esperança de futuro enquanto cumpre sua sentença. Ao sair do meio prisional, a sua situação tende a piorar. Rogério Greco (2011, p. 443) entende que “[...] a sociedade não concorda, infelizmente, pelo menos à primeira vista, com a ressocialização do condenado. O estigma da condenação, carregado pelo egresso, o impede de retornar ao normal convívio em sociedade”.

Esse entendimento reacende o debate sobre a real finalidade da pena para estes indivíduos que vivem constantemente sob a pressão da exclusão. Para Mirabete (2007, p. 24/25) são três as teorias que demonstram o escopo da pena, quais sejam: teoria absoluta ou retribucionista, que defende ser o castigo a maior finalidade da pena, isto é, a recompensa pelo mal praticado, num sentido de retribuição moral por ter violado a ordem pública e a paz social. Não importa a pessoa do delinquente, mas somente o delito desenvolvido por ele, devendo ser castigado, com o intuito de restabelecer a ordem pública.

A teoria relativa ou utilitária, através da qual a pena é um meio de prevenção, uma prevenção geral quando direcionada para toda a sociedade ou específica, quando direcionada para o infrator.

Cabe esclarecer, atualmente, que nenhuma das duas teorias anteriores são utilizadas no sistema penal brasileiro, pois este adota a teoria mista ou eclética, que incide numa posição intermediária, sendo que sua natureza é composta da prevenção junto com a educação e correção.²

O modelo ressocializador propugna, portanto, pela neutralização, na medida do possível, dos efeitos nocivos inerentes ao castigo, por meio de uma melhora substancial ao seu regime de cumprimento e de execução e, sobretudo, sugere uma intervenção positiva no condenado que, longe de estigmatizá-lo com uma marca indelével, o habilite para integrar-se e participar da sociedade, de forma digna e ativa, sem traumas, limitações ou condicionamentos especiais. (MOLINA, 1998, p.383)

Foucault, apesar de propagar que o sistema penalista tinha apenas o objetivo de controlar e conter os *párias* sociais, também acredita que o poder disciplinar que opera no universo carcerário pode também ser utilizado em benefício aos que vivem nas penitenciárias para transmitir instrução, e assim provocar mudança e novas possibilidades, tendo como consequência a sua recuperação. O autor faz alusão à uma espécie de adestramento realizada nos presídios, o que pode repercutir em mudanças externas e internas em cada cativo visto como desregrado e perigoso. (FOUCAULT, 2012). Trazendo para os dias contemporâneos, pode-se citar a utilização de certas estratégias, como o trabalho laboral e a educação, para transformar e recuperar os presos.

4.1. Ressocialização por meio do ensino no Sistema Penitenciário Brasileiro

A reintegração como ideal de transformação, para iniciar a mudança, seria respaldada pela educação, tanto como um meio de ressocializar, como para prevenir que no futuro, na volta à convivência com a comunidade, os presos tornem-se reincidentes. Seria como ofertar algo que traria a eles benesses futuras. Pois, “[...] Se alguma coisa há que possa despertar no espírito dos condenados a ideia de bem e de mal, levá-los a considerações morais e elevá-los um pouco a seus próprios olhos, é

a possibilidade de conseguir alguma recompensa” (FOUCAULT, 2012, pág. 233).

Nessa acepção, busca-se uma política educacional forte e séria como ferramenta de humanização para a valorização do preso, das suas aptidões e de seu potencial. Fundamentando-se na própria Constituição para investir no desenvolvimento da autonomia deste, pode ocorrer até mesmo uma redução da desigualdade social e econômica, pois considerando que a educação emana meios de se alcançar oportunidades dignas, talvez seja essa a forma mais efetiva e inteligente de combater os problemas que impedem a recuperação destes sujeitos.

Ante esse entendimento, a atividade educacional não pode ser interpretada como uma regalia com que a administração penitenciária presenteia os seus tutelados, mas sim como uma obrigação legal, ofertando a estes um melhor aproveitamento do tempo em que permanecem na prisão.

O jurista e professor Mirabete (2007) aduz que qualquer pessoa, independente de idade ou status jurídico, se carecer qualitativa ou quantitativamente de educação, tem o direito de recebê-la, devendo o Estado garantir e prover o seu acesso aos presos e internados, principalmente àqueles que não tiveram condições favoráveis no lar e na escola.

Reconhece-se assim que a educação, no seu sentido mais íntegro, deve objetivar o desenvolvimento integral da pessoa humana, considerando seus aspectos culturais, sociais e econômicos, e nesse diapasão ofertar para as pessoas presas atividades e ocupações que, com seu retorno à sociedade ao fim da pena, facilitariam a sua integração e até mesmo o seu ingresso no mercado de trabalho, reduzindo assim a taxa de reincidência e lutando de forma mais preventiva e incisiva contra a criminalidade (COYLE, 2002).

Para o educador, filósofo e pedagogo Paulo Freire (1996), a educação manifesta-se como um elemento tão somente humano, e traz em si a função de fazer as pessoas se reconhecerem como seres que necessitam sempre perseguir o conhecimento. Passam a estar conscientes que são inconclusos e a partir disto, iniciam seu permanente movimento de aperfeiçoamento, pois, inconclusos que são a educação os incita a se desenvolverem cada vez mais.

Corroborando com estas considerações doutrinárias, a Resolução 1990/20 do Conselho Econômico e Social da ONU trata a educação nas prisões como elemento basilar para o desenvolvimento integral da pessoa, frisando os seus antecedentes em todos os aspectos e devendo ser evitados desincentivos às pessoas presas que porventura participam de programas educacionais formais e aprovados. É essencial, segundo esse documento, valorizar a educação visando às tendências do mercado de trabalho assim como dar às atividades criativas e culturais um papel significativo neste contexto, pois permite que as pessoas presas se desenvolvam e se expressem. Traz por fim, a possibilidade, dependendo do caso, que pessoas presas tenham a permissão para participar de programas educacionais fora da prisão (ONU, 1990).

Desta forma, havendo uma integração da sociedade, por intermédio de órgãos representativos, em auxílio ao Poder Público, resultaria num melhor acompanhamento da execução das penas, fazendo a recuperação do indivíduo preso tornar-se mais provável e modificadora da sua realidade (NUCCI, 2008).

É imperioso que o Estado assuma um papel de gerenciador na causa do sistema carcerário. Atuar apenas como interventor para conter e controlar as vidas criminalizadas revela-se como um paliativo que respalda uma segurança provisória e inconstante. A prisão acaba submetendo o detento à uma rotina rígida e inflexível e ao domínio de uma estrutura altamente autoritária.

4.2. Desenvolvimento de programas educacionais nos presídios baianos

O Sistema Penitenciário Baiano possui nos presídios dos seus municípios, em especial na sua capital, Salvador, alguns programas direcionados à educação, instrução e recuperação de jovens e adultos organizados num sistema de parceria entre a SJDH (Secretaria de Justiça e Direitos Humanos) e a Secretaria de Educação do Estado da Bahia, como o “Educar para Reintegrar” e “Menos Presos, mais Cidadão” (BERNAL MACHADO, 2013).

A primeira iniciativa mais incisiva foi à implantação de Postos de Extensão em presídios para o desenvolvimento do curso EJA (Educação

para Jovens e Adultos) no Ensino Fundamental, conforme as diretrizes legais vigentes. Desde 2007, foi implantado o projeto nacional Educando para a Liberdade, criado pelos Ministérios da Educação e da Justiça, em parceria com a UNESCO (ARAÚJO, 2013).

Em uma abordagem à favor da remição da pena pela educação, possibilitando que a Resolução 23/2005 do Programa Brasil Alfabetizado trouxesse um tratamento diferenciado para aqueles que atuavam como alfabetizadores nesses Postos de Extensão, o projeto manteve um programa segundo termos e princípios diferenciados, considerando a realidade pré-encarceramento dos indivíduos e o momento do cumprimento da sua pena, com todas as peculiaridades, desenvolvidas posteriormente pelo Plano Estadual de Educação em Prisões (ARAÚJO, 2013).

Destacando o Programa Educar para Reintegrar, pode-se perceber que há uma classificação de alguns participantes em três classes: “analfabeto absoluto”, que classifica o indivíduo que nunca teve acesso a uma educação escolarizada anterior à prisão, não sabendo escrever ou ler; há o “analfabeto recessivo”, qual seja, o que já aprendeu a ler e escrever, mas que em algum momento interrompeu sua formação; e por fim, existe o “analfabeto funcional”, sendo aquela pessoa que somente assina o nome e não saber ler de forma concisa (BERNAL MACHADO, 2013).

Primeiramente, os alunos detentos passam por um diagnóstico inicial, para, só depois serem encaminhados para uma turma de alfabetização nível 1, dependendo de qual classe estes fazem parte, sendo que irá influenciar nas diferenças de abordagem e acompanhamento. À medida em que o programa oferece possibilidade de avançar de níveis, após a conclusão dos estudos em uma turma, os presos podem ingressar nas turmas de níveis 2, que são as 1ª e 2ª séries, e nível 3, formadas por 3ª e 4ª séries (BERNAL MACHADO, 2013).

Em regra, as aulas ocorrem quatro dias por semana e os professores que prestam seus serviços nos programas geralmente são selecionados dentro do âmbito municipal, sendo que passam por uma capacitação anterior de quarenta horas. Ocorria inicialmente na Penitenciária Lemos Brito e no Presídio Regional de Salvador, todavia, mais tarde foram sendo criadas outras turmas nos presídios de Feira de Santana, Jequié e Teixeira de Freitas. Todas essas unidades passam a ser vinculadas às

escolas municipais de cada localidade, que, posteriormente à conclusão do curso, certificam o aluno (BERNAL MACHADO, 2013).

Em tese, o projeto tem como base legal a Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984, Lei de Execução Penal, nos dispositivos dos seus artigos 18 e 20; assim como a Lei nº 6.324 de 12 de outubro de 1991, para manifestar a obrigatoriedade de ensino básico e a capacitação intelectual nas unidades carcerárias, assim como também para validar os convênios com entidades públicas e privadas, que muitas vezes organizam e coordenam a efetividade do “Educar para Reintegrar”.

A finalidade imprescindível do projeto é de fato trazer à tona oportunidades aos reclusos, para que com seu acesso à educação, passem a ampliar sua consciência crítica e retomar sua autoestima, e nessa nova trajetória, voltar a exercer plenamente sua cidadania.

5. FATORES QUE CONTRIBUEM PARA A VULNERABILIDADE DO EGRESSO

A educação e o trabalho constituem a essencialidade para garantir a dignidade. Por isso, a necessidade da sociedade encarar o trabalho como uma prática que vai auxiliar na inclusão do apenado ao retorno a vida social, não apenas na sua vida profissional, mas também na construção de um ser com capacidade de respeitar a sociedade a qual faz parte.

A falta de mão de obra qualificada é indicada como um problema para adentrar ao mercado de trabalho, sendo ainda mais gravosa incapacidade econômica de captação quando egressos do sistema prisional, que são estigmatizados socialmente como frutos de um sistema prisional falido que apenas auxilia na reincidência.

No capitalismo atual o que predomina é a sistematização do trabalho de forma competitiva, seletiva, individualizada, excludente e apoiada na meritocracia, fato que acaba por dificultar a inclusão do egresso do sistema prisional na modalidade de emprego formalizado.

Verifica-se que a qualificação da mão de obra está ligada diretamente a aquisição de conhecimento indispensável para conseguir desenvolver uma função específica, e o tempo de aprendizagem vai determinar o seu

desempenho, pois o mercado laboral encontra-se cada vez mais exigente, buscando perfis qualificados por meio de instituições escolares.

O doutrinador Camargo (1994) aduz que a inserção ao trabalho formal está atrelada a capacidade profissional e a obtenção de educação básica e conhecimentos técnico. Logo, existe a necessidade de que os internos estejam qualificados para o mercado, a fim de produzir meios de subsistência quando do seu reingresso à sociedade.

5.1. O problema da qualificação profissional perante a reinserção social do egresso do sistema prisional

Os egressos do sistema prisional possuem desvantagem educacional em relação aos não egressos, além de ter que superar a barreira da discriminação por conta dessa condição. Sem falar na luta diária contra as investidas do crime organizado para que retorne ao mundo da criminalidade, e é aí que está o problema se observações forem feitas com relação ao baixo número de oportunidades ofertadas à esses indivíduos pela sociedade.

Um dos aspectos que afasta a execução penal dos objetivos de prevenção e reinserção social é a falta de meios humanitários e financeiros, tendo em vista, serem relativamente altos os custos. A EAD é um dos métodos que pode vir cooperar no alcance desses objetivos, tendo como desafio tornar a força do trabalho do apenado atrativo para o universo empresarial, através do processo educacional.

A sociedade não vê com bons olhos o ensino ao presidiário, por achar que é um gasto desnecessário, e que por consequência vai motivar mais impostos e que não trará nenhum benefício a sociedade. Mas no que se refere ao trabalho exercido por presos, a sociedade apoia, pois na sua imaginação social o trabalho serve para castigar e por consequência pode trazer algum retorno à sociedade.

Claramente o trabalho e a educação são importantes espécies que devem integrar a ressocialização no sistema prisional. Entretanto, existe muita discordância neste assunto, pois as ideias se dividem em aqueles que valorizam o trabalho como método de ressocialização e os que defendem que a educação é o mais eficaz programa para tal fim. Ambos

os posicionamentos são ultrapassados, tendo em vista, que para uma eficiente ressocialização deve se unir as duas espécies para alcançar a qualificação necessária para o reingresso ao mercado de trabalho.

É Dever do poder público ofertar um sistema de ensino aos apenados com profissionais, estrutura e condições adequadas, além de garantias de continuidade. Relevante também, é o apoio da sociedade, embora não seja o que de fato acontece, pois quanto mais aumenta a violência, mais a sociedade despreza os direitos fundamentais das pessoas privadas de sua liberdade, que estão garantidos na LEP. Por esse motivo, precisam-se aumentar consideravelmente as ações que tenham como cunho a formação e preparação da sociedade, para entender que o método adequado para recuperar alguém não é através da exclusão e nem do castigo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como objetivo o estudo a distância como instrumento de ressocialização do detento. Dentro dessa perspectiva, entende-se que pensar novos métodos de educação penitenciária é buscar ressignificação do conhecimento ante as necessidades do presidiário. Aplicar a educação a distância nos presídios exige a adaptação de estratégias pedagógicas e métodos instrucionais que possibilitem um aprendizado mais eficiente e eficaz. Por esses motivos, esse trabalho defende a implantação do ensino a distância nos presídios, não apenas como uma nova modalidade de ensino que traga possibilidades outras de aprendizagem, mas também em um método que agregue valores ao ensino ofertado ao detento, visando o processo individualizado de ressocialização.

Não há dúvidas de que a função da educação no cárcere é reeducar os criminosos e ajudá-los a criar uma visão ampliada e positiva do mundo. É por meio da educação que os detentos têm a chance de se transformarem e se tornarem mais humanizados. A educação é inovadora quando se quer modificar e evoluir, por isso, os presos que estudam tem mais acessibilidade ao mercado de trabalho que cada vez esta mais exigente.

É ofertando educação que se pode colaborar para a estruturação de homens e mulheres, jovens e adultos, com capacidade de interagir

positivamente com a sociedade, preparando-os para assumir seu posto no mercado laboral e também na sociedade. É direito fundamental de todos, a educação, sem distinção, cada indivíduo, deve ter possibilidade de beneficiar-se de oportunidades educacionais que buscam satisfazer suas deficiências basilares de aprendizagem, independentemente do estado em que se encontra.

Nesse contexto, no atual cenário existem projetos que objetivam garantir esses direitos aos detentos. Apesar da complexidade do problema, pois não se pode afirmar que o investimento educacional nos presídios vai atenuar a violência, entretanto, percebe-se que a instrução prisional é capaz de colaborar para o desenvolvimento estrutural das pessoas que buscam na educação alternativas para o reingresso digno na sociedade.

É necessário que haja investimento em políticas públicas educacionais que possibilite o retorno do egresso ao meio social ao qual faz parte, e o EAD mostrou-se como método mais eficaz, econômico e inclusivo para se alcançar a estruturação humanística dos presos, pois é através da educação inclusiva que podem se formar cidadãos mais aptos a exercer a cidadania.

REFERÊNCIAS

- BEBER, B. **Reeducar, reinserir e ressocializar**. 2007. Tese de Doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Disponível em: <<http://btd.egc.ufsc.br/wp-content/uploads/2007/08/Bernadette-Beber.pdf>> Acesso em: 12 de novembro de 2017. 16 p.
- BOBBIO, N. **A Era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- COELHO, Daniel Vasconcelos. **A crise no sistema penitenciário brasileiro**. [online]. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/11031-11031-1-PB.htm>>. Acesso em: 03 de outubro de 2017.
- BRASIL. **Lei nº9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm> Acesso em: 03 de novembro de 2017.
- BRASIL. **Lei nº7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. 1984. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7210.htm>> Acesso em: 03 de novembro de 2017.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

- BRASIL. **Decreto nº 5.773/2006**. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino. Brasília. 2006. Disponível em: < <http://www2.mec.gov.br/sapiens/portarias/dec5773.htm>> Acesso em: 17 de novembro de 2017.
- BRASIL. **Decreto nº 6.303/2007**. Altera dispositivos dos Decretos nºs 5.622, de 19 de dezembro de 2005, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, e 5.773, de 9 de maio de 2006, que dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação de instituições de educação superior e cursos superiores de graduação e sequenciais no sistema federal de ensino.. Brasília. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6303.htm> Acesso em: 17 de novembro de 2017.
- BRASIL. **Decreto nº 9.057/2017**. Regulamenta o art. 80 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.
- Brasília. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9057.htm> Acesso em: 17 de novembro de 2017.
- CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistemas de Penas, Dogmática Jurídico - Penal e Política Criminal**. São Paulo: Cultura Paulista, 1994.
- CARVALHO, S. **Pena e Garantias**. Ed. Juris, Rio de Janeiro, 2008. 202-3-5 p.
- COELHO, D. V. **A crise no sistema penitenciário brasileiro**, 2003.
- COYLE, Andrew. **Administração Penitenciária: Uma abordagem de Direitos Humanos: Manual para Servidores Penitenciários**. Londres: International Centre for Prison Studies, 2002.
- CRETELLA Jr., José, (1991-1993). **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. v. 2., 2ª ed. (1991) e v. 8, 2ª ed. (1993). Rio de Janeiro: Forense. 881-2 p.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Traduzido por Raquel Ramallete; 25ª edição. Petrópolis: Vozes, 2002. 73 - 208 p.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 40ª ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2012. 233 p.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia da Autonomia. Saberes necessários à Prática Educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996.
- GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011. 443 p.
- MEC. **Portaria Nº 2.051/2004**. Regulamenta os procedimentos de avaliação do Sistema Nacional de Avaliação da Educação Superior (SINAES), instituído

na Lei no 10.861, de 14 de abril de 2004. Brasília. 2004. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/PORTARIA_2051.pdf> Acesso em: 18 de novembro de 2017.

MIRABETE, Julio Fabrini; FABRINI, Renato. **Execução Penal: Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-1984. 11. ed.** São Paulo: Atlas, 2007. 24-25 p.

MOLINA, A. G-P. de; GOMES, L. F. **Criminologia. 2. ed.** São Paulo: Revistas dos Tribunais. 1998. 381- 383 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal: 4 ed. rev., atual. e ampl.** – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução 1990/20 do Conselho Econômico e Social. 1990.** Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DirPrisDet.html>>. Acesso em: 05 de novembro de 2017.

SILVA, José Ribamar. Prisão: **Ressocializar para não reincidir.** Curitiba, 2003. Disponível em <http://www.depen.pr.gov.br/arquivos/File/monografia_joseribamar.pdf> Acesso em: 04 de novembro de 2017.

THOMPSON, A. **A questão penitenciária.** 8ª. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010. 198 p.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho. **Execução Penal Comentada. 2 ed.** São Paulo: Tend Ler, 2006. 65 p.

CAPÍTULO XVIII

Em tempos de parcialidade, quem tem ética abre caminho: as consequências jurídicas desinentes da falta de imparcialidade no Processo Penal Brasileiro

Tayná Alves Rodrigues de Moura

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. A imparcialidade como princípio constitucional: 2.1. O juiz natural; 2.2. Imparcialidade: objetiva x subjetiva 3. O sistema processual penal brasileiro: 3.1. Conceito; 4. Análise do intrigante caso do ex-juiz e dos procuradores da República na Operação Lava Jato; 5. “Para não dizer que não falei das flores...” 6. A importância da imparcialidade no processo penal: visão doutrinária 7. Considerações finais. Referências.

PALAVRAS-CHAVES: Imparcialidade. Juiz Natural. Constituição Federal. Princípios Constitucionais. Garantias. Estado Democrático de Direito. Consequências jurídicas.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por esteio a ênfase na inaplicabilidade do Princípio da Imparcialidade no âmbito processual penal brasileiro concernente com as consequências jurídicas advindas desta realidade.

Apesar de ser um princípio constitucionalmente previsto, os últimos acontecimentos político-jurídicos, acerca da Operação Lava-Jato, mais precisamente dos vazamentos de diálogos da atuação do ex-juiz e atual Ministro da Justiça Sergio Moro e o Procurador da República Deltan Dallagnol, servirão como exemplo claro e legítimo de flagrante afronta ao Princípio da Imparcialidade.

Para tanto será necessário o perfazimento de um roteiro principiológico voltado ao texto da Constituição Federal, a opinião majoritária da doutrina, além do estudo perfunctório do Sistema Processual Penal brasileiro, a fim de frisar o verdadeiro valor da imparcialidade dentro do processo penal.

2. IMPARCIALIDADE COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

A imparcialidade é considerada um princípio consagrado constitucionalmente, no entanto, apesar de não estar prevista expressamente na Carta Magna de 1988, tal instituto asseverou garantias aos jurisdicionados e efetivou prerrogativas aos magistrados, de maneira que a formação e desenvolvimento do processo fluam de forma justa, consumando assim, a igualdade entre as partes e o devido processo legal.

O artigo 95 da Constituição Federal, dispõe sobre os direitos dos juízes (vitaliciedade, inamovibilidade, etc.) mas, além disso, aborda em seu parágrafo único circunstâncias que, se ocorressem, afetariam diretamente a imparcialidade dos magistrados em sua essência se, como:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

(...)

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I – exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II – receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III – dedicar-se à atividade político-partidária.

IV – receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V – exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração. (Grifei)

A partir daí, pode-se comensurar a relevância da figura do juiz imparcial no processo, que enquanto agente do Estado, deve ter uma atuação caracterizada pela alheabilidade e, portanto, deve estar despidido de interesses pessoais e/ou políticos, no tocante ao quociente da lide.

Neste mesmo diapasão, é juridicamente impossível desvincular o princípio da imparcialidade com a jurisdicionalidade do processo penal, de acordo com Zaffaroni¹:

A jurisdição não existe se não for imparcial. Isto deve ser devidamente esclarecido: não se trata de que a jurisdição possa ou não ser imparcial e se não o for não cumpra eficazmente sua função, mas que sem imparcialidade não há jurisdição. A imparcialidade é a essência da jurisdicionariedade e não o seu acidente.

Logo, pode-se dizer que a imparcialidade é mais que uma garantia ao indivíduo, esta deve ser vislumbrada como uma característica imprescindível para a solidificação da jurisdição.

Perfaz-se, portanto, o entendimento de que a jurisdição ultrapassa os limites da mera presença física do juiz, e vai além, não se trata de qualquer juiz, mas um juiz imparcial, natural e que exerça suas atividades aliançadas puramente nos valores e garantias engendrados da Constituição Federal.

Enaltecendo ainda mais o caráter essencial da imparcialidade, como pressuposto do devido processo legal, o Código de Processo Penal, em seus arts. 252 a 256, aborda o impedimento e a suspeição dos magistrados, que inclusive, poderá ser declarada *ex-officio* de modo espontâneo e voluntário pelo próprio juiz.

Comungando da opinião doutrinária processualista penal, o juiz é impedido quando tem interesse no desfecho da causa e o juiz é suspeito quando se interessa por qualquer das partes. Enquanto o impedimento veda o magistrado de exercer jurisdição no caso indicado, a suspeição produz a incompetência do magistrado para conhecer e julgar daquela ação e nulifica o processo a contar do primeiro ato em que houve intervenção do juiz suspeito.

Diante disso, é notório que o Princípio da Imparcialidade tem seu embasamento voltado para a Constituição Federal de 1988, mas, tal atributo não se restringe apenas ao Direito Processual Penal, pelo contrário, deve ser característica de qualquer processo.

1. ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder judiciário**: crise, acertos e desacertos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 86 e 91.

2.1. O juiz natural como materialização da imparcialidade

Previsto nos incisos, XXXVII e LIII do art. 5º, da Constituição Federal o Princípio do Juiz Natural é abalizado como um arcabouço jurídico que garante a independência do órgão julgador e sua imparcialidade:

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:

[...] XXXVII – não haverá júízo ou tribunal de exceção;

[...] LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

Ressalta-se que, além das Constituição Federal de 1988, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, do qual o Brasil é signatário, também ratifica e dá ênfase ao Princípio do Juiz Natural em seu art. 8.1, abaixo descrito:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, **por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Grifei)

Pode-se compreender, o conceito de tal princípio como o direito, dos cidadãos –enquanto indivíduos iguais perante a lei – em ter o prévio conhecimento, no que versa ao júízo propício para o julgamento de determinadas demanda. Lopes Junior², então confirma:

Nesse tema, imprescindível a leitura de Adelino Marcon, que considera o Princípio do Juiz Natural como um princípio universal, fundante do Estado Democrático de Direito. Consiste, na síntese do autor, no direito que cada cidadão tem de saber, de antemão, a autoridade que irá processá-lo e qual o juiz ou tribunal que irá julgá-lo, caso pratique uma conduta definida como crime no ordenamento jurídico-penal.”

São pertinentes, portanto, as afirmações de Rui Portanova³ ao atrelar dois grandes princípios basilares incorporado ao Processo Penal:

2. LOPES JUNIOR, Ary. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 107.

3. PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 77.

[...] imparcialidade é tema que se liga institucionalmente à questão do juiz natural e, processualmente, à condição pessoal do juiz-homem-individual.

Em sendo assim, o Juiz Natural é preliminarmente qualificado – na forma da lei. Não obstante a essa afirmativa, é considerável frisar que o desígnio do magistrado para determinada lide é materializado no momento em que o delito acontece e não no nascimento da persecução processual.

Com intuito de corroborar tal alegação, é salutar a argumentação trazida pelo ilustre Aury Lopes Jr.⁴:

O nascimento da garantia do juiz natural dá-se no momento da prática do delito, e não no início do processo. Não se podem manipular os critérios de competência e tampouco definir posteriormente ao fato qual será o juiz da causa. Elementar que essa definição posterior afetaria, também, a garantia da imparcialidade do julgador.

Em 2004, no julgamento do HC nº 81.963, o Ministro do STF Celso de Mello⁵ fez uma análise acerca do tema, ressaltando o Princípio do Juiz Natural como garantia constitucional e artifício contra a parcialidade:

O postulado do juiz natural, representa a garantia constitucional indisponível, assegurada a qualquer réu, em sede de persecução penal, mesmo quando instaurada perante a Justiça Militar da União (...). O postulado do juiz natural, em sua projeção político-jurídica, reveste-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal.

É notório e inegável que tal princípio afasta a possibilidade de um julgamento pautado na parcialidade e arbitrariedade, e, portanto, é instrumento da manutenção do Estado Democrático de Direito e da segurança jurídica a todos os indivíduos.

4. LOPES JUNIOR, Ary. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 248.

5. HC 81.963, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 28/10/2004.

2.2. Imparcialidade: objetiva X subjetiva

Quando submergimos no tema da imparcialidade, na seara jurídica, e mais especificamente no Direito Processual Penal, devemos conhecer suas implicações e consequentemente suas caracterizações. Por isso, podemos classificá-la em duas direções claramente adversas, quais sejam: a imparcialidade objetiva e a imparcialidade subjetiva.

Pode-se afirmar que as diferenças entre tais classificações tomaram espaço a partir do julgamento do caso Piersack x Bélgica em 1982, pelo TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos – onde em sua decisão, o Tribunal afirmou que a subjetividade da imparcialidade era identificada quando se firmava o vínculo entre o magistrado e as partes, enquanto que, a imparcialidade objetiva era pautada no nexó entre o objeto da lide e o juiz.

Na conjuntura jurídica brasileira, o Ministro César Peluso⁶, no julgamento do HC nº 94.641/BA, decidiu no que tange a imparcialidade:

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

Pontuadas tais distinções, nota-se que mais uma vez, voltamos ao ponto principal deste artigo: o juiz deve estar imune a “pré-conceitos” estabelecidos, seja com as partes dentro da lide processual, seja com o objeto da causa instaurada. O magistrado precisa exercer um papel com

6. HC 91.641/BA, Min. César Peluso, DJ 06/03/2009.

viés garantista e alheio às partes, sempre buscando alcançar a função de guardião do devido – e justo – processo legal.

3. O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

De forma majoritária, a doutrina costuma enquadrar o sistema processual penal brasileiro no seu atual estágio – leia-se contemporâneo – como um sistema “misto”, sendo dois momentos verdadeiros divisores de água: a fase pré-processual e a fase processual.

A fase que antecede a lide processual é caracterizada como um sistema meramente inquisitorial, ou seja, implica dizer que há um conglomerado de funções imprescindíveis ao deslinde do litígio em um “senhor soberano do processo”.⁷

Daí, denota-se grande e imensurável equívoco em imaginar que o mesmo indivíduo pudesse assumir com destreza, garantindo um processo justo, incumbências de cunho tão destoante e contraditório. Não é à toa que Lopes Jr. já pregava:

Em definitivo, o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em um erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar.

Já em outro momento, instaurado o processo, perfaz-se a materialização do sistema acusatório e, portanto, a presença da imparcialidade do julgador; além de todos os princípios norteados pela Constituição Federal de 1988. Há de ressaltar que neste momento, divide-se as funções das partes e do magistrado.

A imparcialidade é considerada uma consequência positiva do Sistema Acusatório, em que essa só existirá de fato, quando houver a separação das atribuições de julgar, acusar e o efetivo afastamento do juiz de tais funções. O magistrado deve atuar como mero espectador, mantendo-se afastado (distante) de tal modo que, a posição assumida

7. Expressão utilizada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho em sua obra *O Papel do Novo Juiz no Processo Penal*, In: **Crítica à Teoria Geral do Processo**.

deve ser alheia às partes, assim, a eficácia da imparcialidade será garantida na lide processual.

4. ANÁLISE DO INTRIGANTE CASO DO EX-JUIZ E DOS PROCURADORES DA REPÚBLICA NA OPERAÇÃO LAVA JATO

O ano era 2019, o mês era junho, o país era o Brasil e a vítima, sem sombra de dúvidas, era o Princípio da Imparcialidade e as demais garantias constitucionais de todos nós, meros mortais.

O The Intercept, um jornal em formato online e digital, divulgou reportagens em que havia diálogos reveladores entre o ex-magistrado instrutor e atual Ministro Sergio Moro e o Procurador da República Deltan Dallagnol, membro de grande importância na força-tarefa da Lava Jato.

É válido ressaltar que os diálogos demonstraram os interesses verdadeiramente contrários aos princípios constitucionais, ao Estado Democrático de Direito e inclusive ao devido processo legal, aqui mencionados. A partir das orientações dadas pelo ex-juiz Sergio Moro a Deltan, restou evidente a aniquilação do direito de defesa, da imparcialidade e a preferência por uma das partes no “jogo”.

A partir disso, já não se tratava de um julgamento, julgador e acusação tornaram-se cúmplices e juntos decidiram qual rumo o processo deveria tomar. Apesar da divulgação, em momento algum houve manifestação dos envolvidos de maneira aprofundada, apenas meras explicações rasas e superficiais com ausência de contestação.

5. “PRA NÃO DIZER QUE NÃO FALEI DAS FLORES...”

As consequências jurídicas acerca do tema possuem inúmeros desdobramentos, entre elas o realce se faz pertinente à falta de imparcialidade, como uma das principais causas em que o magistrado estabelece e absorve “pré-juízos”, que implicarão diretamente em suas decisões, passando a tencionar sempre para um dos lados da balança de forma

equivocada. Ou seja, ser parcial, além de gerar prejuízos às partes na lide, também instaura a desconfiança e a infixidez nas instituições.

Neste exato momento, ultrapassa-se um desconexo momento de instabilidade jurídica e incompreensível mistura de poderes, desde juízes atuando conjuntamente com promotores com intuito trivial no prejuízo a uma das partes do litígio a recompensas político-partidárias em amanhã ser o novo Ministro da Justiça. Poderia ser piada, mas é a atual conjectura brasileira.

Portanto, o Poder Judiciário tem uma transcendente e árdua responsabilidade: julgar com integridade e justiça, no íntimo de uma sociedade marcada por alteridades históricas e grandes abismos de desigualdades. Outrossim, a necessidade preeminente em dar respostas a diferentes indagações sociais, a um povo, cuja esperança mingua a cada nova injustiça, ou cada novo capítulo de um mandato presidencial que ceifa – dia após dia – a Constituição Federal, faz com que o poder estatal tenha como aliado a precipitação, concebendo outros instrumentos, distante daqueles defendidos pela Carta Magna, que possam fazer valer o direito ora extraviado.

6. A IMPORTÂNCIA DA IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL: VISÃO DOUTRINÁRIA

Há grandes nomes de juristas e doutrinadores no seio da comunidade jurídica quando o tema é a efetiva consubstancialização da imparcialidade no processo penal, para tanto, pode-se evidenciar o cunho garantista, lastreado na Teoria do Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli, que é dissertada em uma das suas insignes obras: *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, comungando da mesma fonte, as obras e estudos do conspícuo Ary Lopes Junior e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, aos quais partilham das mesmas ideias trazidas por Ferrajoli, evidenciando um processo penal crítico e necessitado de urgentes reformas.

Neste diapasão, e a fim de ratificar o esteio deste artigo, o trecho de uma das obras de Lopes⁸ ensina:

8. LOPES JUNIOR, Ary. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 108.

[...] Nesse contexto, a **função do juiz é atuar como garantidor da eficácia do sistema de direitos e garantias fundamentais do acusado no processo penal**. O juiz passa a assumir uma relevante função de garantidor, não devendo julgar conforme deseja a maioria e, não podendo, fica inerte diante de violações ou ameaças de lesão aos direitos fundamentais, constitucionalmente consagrados ou que brotem dos tratados e convenções firmados pelo Brasil. Assume, assim, uma nova posição no Estado Democrático de Direito, sem que com isso sua atuação seja política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha que adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas, absolvendo sempre que não existirem provas plenas e legais de sua responsabilidade penal. Como define Ferrajoli, o objetivo justificador do processo penal é a garantia das liberdades dos cidadãos. (Grifei)

Além destes, Gustavo Badaró, assim como Aury Lopes Junior, afirma e defende que os juízes que atuam na fase pré-processual, com pedidos de prisões e busca e apreensão, estão fadados à parcialidade objetiva, haja vista o envolvimento antes da instauração do processo já conceberam pré-conceitos que muito provavelmente serão um peso na decisão da sentença.

Portanto, a grande doutrina que se debruça e estuda o tema assevera as graves consequências pela supressão do Princípio da Imparcialidade no âmbito processual penal.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que é não somente oportuno, como propício, evidenciar a necessidade da verdadeira materialização do Princípio da Imparcialidade, com a atuação de magistrados munidos verdadeiramente de alheabilidade e vestidos de desapego pessoal no resultado da lide, comprometidos com a justiça e o Estado Democrático de Direito.

Diante do cenário aqui apresentado e vivenciado pelo país, deve-se relacionar e ressaltar os princípios norteadores da concretização dos direitos fundamentais, bem como a consagração do devido processo legal, do contraditório, do direito à prova e a presunção de inocência, direitos constitucionalmente previstos, porém, pouco tangíveis na realidade do processo penal brasileiro.

É possível lutar pelo aperfeiçoamento da atuação jurisdicional criminal e a manutenção do distanciamento dos magistrados incumbidos à fase investigatória de julgar o processo, além de, fazer realizar-se a utópica demonstração da importância da imparcialidade como garantia fundamental, de maneira a dar indubitabilidade ao tão almejado Sistema Acusatório como consequente resultado da aplicação deste princípio.

Precisa-se pôr em prática os ditames da democracia, fazendo com que haja o exaurimento de todos os frutos negativos gerados pela perda da imparcialidade, sempre com a esperança de crer em um Judiciário que tenha como alicerce o anseio por justiça, pois, sem isso, estaremos de volta à inquisição.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRIA, Jessé de Andrade. **As motivações da sentença e a hermenêutica constitucional**: uma nova construção ideológica. 2007. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/16046212.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2019.
- ARICHELLO, Victor Ferreira; SILVA, Roberta de Lima e. **Parcialidade na operação “lava jato”**: para além da dissonância acusatória. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-14/opinio-parcialidade-lava-jato-alem-dissonancia-acusatoria>>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Direito ao julgamento por juiz imparcial**: como assegurar a imparcialidade objetiva no juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. Disponível em <<http://badaroadvogados.com.br/ano-2011-direito-ao-julgamento-por-juiz-imparcial-como-assegurar-a-imparcialidade-objetiva-no-juiz-nos-sistemas-em-que-nao-ha-a-funcao-do-juiz-de-gantias.html>>. Acesso em 12 jul. 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal, *In: Crítica à Teoria Geral do Processo*. Empório do Direito, 2015.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

- LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GOLDSCHMIDT, Werner. **La Imparcialidad como Principio básico del Proceso**. In Monografías de Derecho Español. Publicaciones del Instituto de Derecho Procesal, Serie 2ª. n. 1. Madrid: Gráfica Clemares, 1950.
- LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____, Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.
- _____, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. v. 1 – 7 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- _____, Aury. **Sistema de investigação preliminar no Processo Penal**. 4 ed. rev. atual. ampl. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- OLIVA SANTOS, A. **Jueces Imparciales, Fiscales “Investigadores”, y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal**. Barcelona: PPU, 1988.
- PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Poder judiciário: crise, acertos e desacertos**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

CAPÍTULO XIX

A Resolução 400/2016 da ANAC e cobrança pelo despacho das bagagens dos passageiros: violação ao Código de Proteção e Defesa do Consumidor

Leonardo Macêdo dos Santos e Santos

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Estudo do transporte aéreo como relação consumerista: 2.1. Responsabilidade do transportador aéreo na relação consumerista; 2.2. Aparente conflito de normas: código de defesa do consumidor x código brasileiro de aeronáutica e convenções internacionais; 3. A Resolução 400/2016 da Agência Nacional de Aviação Civil: 3.1. Apresentação da Agência Nacional de Aviação Civil como agência reguladora; 3.2. Explanação sobre a resolução 400/2016; 4. O retrocesso da defesa dos direitos consumeristas quanto ao despacho de bagagem: 4.1. O novo “regime” adotado pela resolução 400/2016 da anac para despacho de bagagem; 4.2. Impossibilidade de retrocesso na proteção dos direitos do passageiro consumidor no serviço de despacho de bagagem; 5. Conclusão. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil; transporte aéreo, bagagem, resolução 400/2016; ANAC.

1. INTRODUÇÃO

Segundo dados disponibilizados pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), por intermédio do Relatório de Demanda e Oferta do Transporte Aéreo, cerca de 24 (vinte e quatro) milhões de indivíduos se utilizaram do serviço de transporte aéreo no primeiro trimestre de 2019 – um aumento de 4,3% em comparação com o mesmo período

(*) Mestrando em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

em 2018¹. Evidencia, então, que tal serviço é utilizado em larga escala, sendo buscado por grande número de consumidores.

Ante a grande demanda e importância do transporte aéreo, normas são editadas com a finalidade de regulamentar o exercício dessa atividade. Nesse sentido, fora editada, em 13 de dezembro de 2016, a Resolução 400/2016 da ANAC, que visa estabelecer novas diretrizes acerca do referido serviço. Essa norma traz novas especificações sobre o transporte aéreo de passageiros e – sendo o enfoque desse trabalho – o despacho de suas bagagens.

Entretanto, as práticas estabelecidas pela Resolução se configuram, em primeira análise, atentatórias aos direitos previamente concedidos aos consumidores por intermédio das normas presentes no ordenamento jurídico brasileiro – com maior destaque ao Código Civil e ao Código de Defesa do Consumidor. Percebe-se, então, a existência de um “retrocesso” na proteção dos direitos do passageiro que recorre ao transporte aéreo utilizando o serviço de despacho de bagagens.

Objetiva-se, por meio do presente artigo, abordar as práticas abusivas estabelecidas pela mencionada Resolução no concernente ao despacho de bagagens. Em face deste problema, advém a necessidade de se demonstrar a impossibilidade de prevalência da mesma sobre as normas hierarquicamente superiores, que concedem uma proteção mais ampla ao consumidor – que, via de regra, encontra-se em situação de vulnerabilidade na relação contratual com o fornecedor.

No primeiro tópico, defende-se a configuração do serviço de transporte aéreo como relação consumerista, levando à possibilidade de aplicação do CDC neste tipo de contrato. Em seguida, elabora-se um panorama sobre a ANAC e a Resolução 400/2016. Por fim, expõem-se as novas diretivas acerca do despacho de bagagem trazidas pela nova norma e em que ponto as mesmas se identificam como um retrocesso aos direitos dos passageiros consumidores, estipulados principalmente no Código Civil e no Código de Defesa do Consumidor.

1. Cf. na íntegra em: <<http://www.turismo.gov.br/%C3%BAltimas-not%C3%ADcias/2596-n%C3%BAmero-de-passageiros-em-voos-nacionais-atinge-24-milh%C3%B5es-no-1%C2%BA-trimestre.html>>. Acesso em: 28 jul 2019.

2. ESTUDO DO TRANSPORTE AÉREO COMO RELAÇÃO CONSUMERISTA

Pertinente se faz, de antemão, compreender como as relações contratuais de transporte aéreo remuneradas por consumidores são regulamentadas no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, é fulcral identificar se haveria aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor na prestação dos serviços atinentes à atividade esquadrihada nesta pesquisa – determinando a possível responsabilidade civil deste fornecedor.

Em seguimento, é necessário constatar prováveis conflitos de normas que a adoção do CDC pode ocasionar, especialmente em comparação com o Código Brasileiro de Aeronáutica e demais Convenções Internacionais das quais o Brasil configura-se como país signatário – como, por exemplo, as Convenções de Montreal e de Varsóvia.

2.1. Responsabilidade do transportador aéreo na relação consumerista

A tutela das relações consumeristas, principalmente no que concerne a parte vulnerável, possui fundamento constitucional, concretizada nos artigos 5º, inciso XXXII e 170, V. Estes estipulam, respectivamente, o dever do Estado e da Ordem Econômica de proteção do consumidor². Percebe-se, então, que tal proteção configura-se, em realidade, como um direito fundamental, a ser observado e garantido aos indivíduos.³ Esse caráter é reforçado pelo artigo 48 do ADCT, que determina a criação de um código responsável por tutelar o direito consumerista – levando a salvaguarda a nível infraconstitucional⁴.

2. MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 398

3. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 196

4. MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 402.

O Código de Defesa do Consumidor estabelece, em seu artigo 3º, que configura-se como “fornecedor” é toda pessoa, seja física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, que desenvolva atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços⁵. É importante compreender que essas atividades possuem caráter profissional – não sendo aplicado o CDC, por exemplo, os contratos firmados entre dois consumidores⁶.

Nesse sentido, conforme preconiza Morsello, o transportador aéreo, seja doméstico ou internacional, claramente caracteriza-se como fornecedor, visto que presta serviços de transporte de pessoas, bagagens e demais mercadorias⁷. Assim, o CDC seria plenamente aplicável nesse tipo de relação contratual – devendo aquele respeitar, da maneira adequada, esta fonte normativa.

Um ponto importante a ser ressaltado é que o mencionado Código determina a teoria do risco do empreendimento, por intermédio da qual todo aquele que se dispor a exercer atividade no mercado de consumo tem o dever de se responsabilizar por eventuais vícios ou defeitos pelos bens e serviços fornecidos, independentemente de culpa por parte do fornecedor – obrigação esta advinda da obediência às normas técnicas e de segurança⁸.

Desta maneira, o Código de Defesa do Consumidor, especialmente nos artigos 12, 14 e 18, adota, para as relações consumeristas, a adoção da responsabilidade objetiva dos fornecedores, não havendo o que se discutir acerca da culpa destes por eventuais danos causados aos usuários dos serviços disponibilizados – incluindo-se nesses não apenas o

5. MARQUES, Cláudia Lima. Artigo 3º. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 179-180.

6. *Ibidem*, p. 179.

7. MORSELLO, *op. cit.*, p. 393.

8. MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 571-572.

transporte em si, mas todos aqueles correlacionados com a atividade principal⁹.

Em adendo, a responsabilidade objetiva dos transportadores aéreos não se limita unicamente aos indivíduos que contrataram os serviços destes fornecedores, mas também aos terceiros que possam ser, direta ou indiretamente, afetados pelos defeitos ou vícios existentes nas execuções das atividades¹⁰ – sendo estes equiparados como consumidores pela própria Lei nº 8.078/90, em seu artigo 2º, parágrafo único¹¹.

2.2. Aparente conflito de normas: Código de Defesa do Consumidor x Código Brasileiro de Aeronáutica e Convenções Internacionais

Mister compreender é, no entanto, que o transporte aéreo de passageiros, bagagens e cargas não é unicamente regulamentado pelo Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de matéria específica, o ordenamento jurídico brasileiro possui uma legislação especial que também versa sobre a temática: O Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86). Além disso, o Brasil é país signatário de convenções internacionais que também são alusivas a este assunto – como a Convenção de Varsóvia e a Convenção de Montreal.

Diante da existência de plurais fontes normativas regentes destes serviços, é plausível a presença de imprecisão acerca de qual norma aplicar nas mais variadas circunstâncias envolvendo o serviço de transporte aéreo. Ante a essa problemática, é fulcral compreender em quais termos deve se proceder a adequada aplicação dos supramencionados códigos e convenções.

9. CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 586-587.

10. MORSELLO, *op. cit.*, p. 393.

11. MARQUES, Cláudia Lima. Artigo 2º. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 119.

Para a compreensão e superação das antinomias entre o CDC e as demais normas, é vital recorrer à teoria do “Diálogo das Fontes”, proposta pelo doutrinador Erik Jayme. De acordo com tal pensamento, substitui-se o aparente conflito entre as fontes pela coordenação sistemática, flexível e útil destas. Assim, em vez da simples revogação de uma destas normas, objetiva-se alcançar a mútua convivência que leve à finalidade visada em ambas – permitindo uma aplicação simultânea, coerente e coordenada¹².

Como posteriormente explanado, a Constituição Federal determinou, a nível de direito fundamental, a garantia de proteção do consumidor nas relações contratuais e extracontratuais. O ordenamento jurídico, portanto, como um todo, necessita manter este norte. Nesse sentido, o diálogo entre as fontes normativas deverá convergir na orientação da defesa da parte consumerista mais vulnerável¹³. Assim, as disposições a serem aplicadas deverão ser sempre aquelas mais benéficas ao usuário do serviço de transporte aéreo¹⁴.

Dessa maneira, se o CDC estipula normas mais favoráveis ao contratante do que as dispostas no CoBA e nas convenções internacionais, aquelas deverão prevalecer em detrimento destas. Percebe-se, então que, mediante o ‘diálogo’ entre essas fontes, foi possível chegar ao objetivo primordial da forma mais eficaz possível: a proteção do consumidor¹⁵. Todavia, é pertinente rememorar que tal “sobreposição” é aplicada quando se tratar, de fato, de relação consumerista, não havendo o que se falar

12. MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista da Esmese*, nº 07.

13. MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor: Antinomia entre Norma do CDC e de Leis Especiais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, nº 09, nov. 1993, p. 150.

14. *Ibidem, idem*.

15. SILVA, Daniel Vicente da; SILVA, Jonas Sales Fernandes da; SANTOS, Júlio Edstron Secundino. Análise da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a casos de dano material por extravio de bagagem no contrato de transporte aéreo internacional: um (aparente) conflito de normas jurídicas. *Revista de Direito do Consumidor*, nº 108, p. 391.

em emprego do CDC em situação diversa – devendo serem aplicados o CoBA e as demais convenções¹⁶.

Além disso, deve-se consolidar o entendimento de que não existe um afastamento integral das demais normas ante a utilização do CDC. Os dispositivos a serem escanteados são apenas aqueles que venham reduzir ou abolir direitos garantidos aos usuários do serviço. Demais disposições que estejam plenamente de acordo com o abordado pelo CDC, que complementem seus preceitos ou até mesmo sejam mais benéficas ao consumidor poderão ser aplicadas¹⁷.

3. A RESOLUÇÃO 400/2016 DA AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL

Havendo-se compreendido como o *Códex* Consumerista vem regulamentando as relações contratuais entre passageiros e os transportadores aéreos, é fulcral dedicar-se à análise da própria Resolução nº 400/2016, elaborada pela Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC), com objetivo de ter um maior entendimento de como esta fonte normativa infralegal influencia o vínculo entre os mencionados consumidores e fornecedores.

Para tal, primeiramente, é necessário compreender o papel da ANAC como agência reguladora, explicando, da forma adequada, suas competências e atribuições. Por seguinte, é cabível tecer explanação acerca da Resolução, principalmente no concernente a sua elaboração e principais mudanças na regulamentação no exercício da atividade de transporte aéreo. Dessa maneira, será possível traçar o caminho para determinar as possíveis violações aos direitos consumeristas, no que tange o despacho de bagagem, trazidos pela supracitada norma.

16. BENJAMIN, Antônio Herman V. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 26.

17. MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor. Antinomia entre Norma do CDC e de Leis Especiais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, nº 09, nov. 1993, p. 136.

3.1. Apresentação da Agência Nacional de Aviação Civil como agência reguladora

A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) foi criada, em 2005, com a finalidade de regular, fiscalizar, normatizar e certificar as atividades de aviação civil e infraestrutura aeronáutica e aeroportuária brasileira – substituindo o Departamento de Aviação Civil (DAC). Tendo sede em Brasília, a ANAC apresenta-se, então, como uma autarquia federal de regime especial¹⁸.

Primeiramente, é vital apresentar a conceituação jurídica de agência reguladora. De forma ampla, entende-se como autarquia, pertencente à Administração Indireta, criada por meio de lei instituidora com a função de regular a matéria específica com que esta se coaduna. De acordo com Di Pietro, o direito brasileiro tem admitido duas formas de agência reguladora: as que exercem, com base legal, o típico poder de polícia – por intermédio de limitações administrativas – e aquelas que regulam e controlam as atividades objeto de concessão, permissão ou autorização de serviço público¹⁹.

Estas agências, criadas em regime especial, são dotadas de independência administrativa – baseada na estabilidade e ausência de subordinação hierárquica de seus dirigentes – autonomia financeira – com liberdade de aplicação de renda própria – e poder normativo – através da regulamentação das matérias de suas competências. Esses privilégios foram concedidos devido a importância dos serviços regulamentados e fiscalizados²⁰.

Estas autarquias, como *longa manus* do Estado, exercem os serviços próprios deste, em condições idênticas, com os mesmos privilégios da Administração Direta e passíveis de controle por intermédio de atos constitucionais. O diferencial encontra-se no *modus operandi*, mediante

18. Cf. na íntegra em: <http://www.anac.gov.br/A_Anac/institucional>. Acesso em: 28 jul. 2019.

19. PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 650.

20. MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO; José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 451.

a descentralização da Administração Pública, o que permite uma atuação mais flexível e efetiva²¹.

Examinando de maneira mais detalhada, a ANAC, ao ser criada, vem justamente concretizar a competência estabelecida pela Constituição Federal em seu art. 21, inciso XII, que concede à União o direito de executar a exploração, direta ou mediante concessão, a navegação aérea, aeroespacial e a infraestrutura aeroportuária²². Esses serviços são reputados como públicos, sendo explorados em caráter exclusivo pela entidade federal²³.

Como autarquia federal, foi instituída pela Lei nº 11.182/2005. Esta legislação estabelece, em seu art. 11, inciso V, as competências a serem exercidas pela agência. Entre estas, encontra-se elencada a prerrogativa de estabelecer normas acerca da aviação civil. É mediante esta atribuição que a ANAC possui direito de expedir normas de caráter infralegal, como a Resolução nº 400/2016 estudada neste trabalho²⁴.

3.2. Explanação sobre a Resolução 400/2016

Neste ponto, necessário se faz obter maior conhecimento acerca da norma analisada nesta pesquisa. Entender a edição e as mudanças apresentadas pela Resolução nº 400/2016 é fundamental para depreender em que ponto este instituto acaba retrocedendo na salvaguarda dos direitos consumeristas dos passageiros que se utilizam do serviço de despacho de bagagem em transportes aéreos.

A Resolução 400/2016 fora editada pela ANAC, em 13 de dezembro de 2016, com o objetivo de estabelecer condições gerais a serem aplicadas no transporte aéreo de passageiros de caráter doméstico e internacional, bem como a voos não regulares nos quais houverem a

21. *Ibidem*, p. 453.

22. Cf. na íntegra em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoocompilado.htm>. Acesso em: 28 jul 2019.

23. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 502.

24. Cf. na íntegra em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11182.htm>. Acesso em: 28 jul 2019.

comercialização de assentos individuais e oferecidos ao público²⁵. A resolução teve sua vigência iniciada em 14 de março de 2017, impondo certas regras que, em seu teor, encontra-se na contramão das disposições do CDC²⁶.

Esta resolução apresenta, em sentido normativo, quatro capítulos principais. O primeiro versa sobre as obrigações prévias à execução do contrato de transporte aéreo, abarcando questões da oferta do serviço e da alteração e resilição do contrato, dentre outros. O segundo capítulo passa a tratar do despacho do passageiro e da execução do contrato de transporte aéreo – abarcando matérias, por exemplo, sobre o *check-in*, atraso, cancelamento ou interrupção do serviço e assistência material. O capítulo seguinte apresenta as questões a respeito das obrigações posteriores à execução do contrato. Por fim, o quarto abarca as questões atinentes ao atendimento aos usuários do serviço²⁷.

Embora todos os quatro capítulos avoquem, de forma geral, medidas questionáveis, no concernente à sua compatibilidade com o vigente *Código* consumerista, o escopo deste trabalho focará na análise das normas contidas na Resolução nº 400/2016 atinentes ao serviço de despacho de bagagem ofertado pelas fornecedoras, a serem explanadas de maneira mais aprofundada no capítulo posterior.

4. O RETROCESSO DA DEFESA DOS DIREITOS CONSUMERISTAS QUANTO AO DESPACHO DE BAGAGEM

Tendo sido construído entendimento a respeito de como as normas consumeristas regulamentam a responsabilidade do transportador

25. Cf. na íntegra em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf>. Acesso em: 28 jul 2019.

26. SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Resolução 400/2016 da ANAC não pode afetar os direitos dos usuários. Net. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-24/garantias-consumo-resolucao-4002016-anac-nao-afetar-direitos-usuarios>>. Acesso em: 28 jul 2019.

27. Cf. na íntegra em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf>. Acesso em: 28 jul 2019.

aéreo, assim como foi feita uma análise do papel da ANAC como agência reguladora e, de maneira geral, das disposições contidas na Resolução nº 400/2016, encaminha-se para o cerne deste trabalho. É fulcral, a partir deste ponto, compreender exatamente em quais pontos a resolução viola os direitos dos passageiros alusivos ao serviço de despacho da bagagem.

Para começar a trilhar o caminho, urge demonstrar, de maneira mais específica, as novas regras inclusas na resolução que abarquem a temática estudada. Por seguinte, cabe explicar como o Código de Defesa do Consumidor regimenta o serviço de despacho de bagagem e as obrigações decorrentes deste. Culmina-se, então, na compreensão sobre qual norma deverá, em realidade, prevalecer para determinação dos direitos dos usuários deste serviço.

4.1. O novo “regime” adotado pela Resolução 400/2016 da ANAC para despacho de bagagem

A Resolução nº 400/2016 estabelece, em seu Capítulo I, Seção V, informações acerca das bagagens a serem transportadas no transporte aéreo. No Art. 13, o despacho de bagagem configurará como contrato acessório a ser oferecido pelo transportador, sendo passível de restrições. Ainda nesta Seção, é definida a obrigação dos fornecedores de autorizar uma franquia mínima de 10 (dez) quilos de bagagem de mão por passageiro, podendo o peso e o conteúdo serem restringidos por motivos de capacidade e/ou segurança (Art. 14). Por fim, caberá ao transportador informar quais bagagens serão submetidas a processo especial de despacho, em razões de suas características, conforme estabelecido no Art. 15²⁸.

No Capítulo II, Seção I, a referida resolução, em seu Art. 17, estabelece a necessidade do consumidor de elaborar declaração especial, por meio de formulário disponibilizado pelo fornecedor, de valor quando forem transportados bens cujo valor ultrapasse o limite de indenização 1.131 Direitos Especiais de Saque. Essa declaração objetiva determinar

28. Cf. na íntegra em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf>. Acesso em: 28 jul 2019.

o valor da bagagem despachada e possibilitar o aumento do montante de indenização no caso de extravio e violação²⁹.

Em seguida, no Capítulo III, é definido que o recebimento da bagagem após o serviço de despacho, sem protesto por parte do passageiro, constituirá presunção de bom estado. Constatado o extravio da bagagem, o consumidor deverá comunicar de imediato o transportador – devendo este restituir a bagagem no prazo de 07 (sete) dias para voos domésticos e 21 (vinte e um) dias para voos internacionais. Não havendo a localização da bagagem, deverá ser procedida indenização em até 07 (sete) dias, bem como o ressarcimento de eventuais despesas ao passageiro que se encontra fora de seu domicílio – sendo a forma e os limites diários definidos pelas regras contratuais³⁰.

Ainda no mencionado Capítulo, a constatação de violação de conteúdo da bagagem e/ou sua avaria, o consumidor deverá realizar o protesto em até 07 (sete) dias do seu recebimento. Ante ao protesto, deverá o transportador, em semelhante prazo, adotar as seguintes providências:

- a) reparar a avaria, quando possível;
- b) substituir a bagagem avariada por outra equivalente; e
- c) indenizar o passageiro em caso de violação.

A resolução permite ainda que eventuais danos causados a itens frágeis despachados não sejam indenizados pelo transportador, nos termos do contrato³¹.

4.2. Impossibilidade de retrocesso na proteção dos direitos do passageiro consumidor no serviço de despacho de bagagem

Apresentadas as novas disposições estipuladas pela Resolução, torna-se justo demonstrar a razão por quais as mesmas demonstram-se como claro retrocesso ao direito dos passageiros.

29. *Idem*.

30. Cf. na íntegra em: <http://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf>. Acesso em: 28 jul 2019.

31. *Idem*.

De início, é mister salientar que a configuração do despacho de bagagem como um contrato acessório é um claro desrespeito aos direitos anteriormente estabelecidos. Conforme indicado pelo Código Civil, em seu Art. 734, o transporte de passageiros engloba o despacho de bagagens, não sendo possível apartar um serviço do outro – sendo a prestação do despacho imanente ao transporte³². Além disso, instituir essa prestação como contrato acessório dá margem a práticas de venda casada, eis que muito dificilmente o consumidor irá despachar sua bagagem em uma companhia diversa daquela que realizará sua viagem. E, assim como disposto no CDC, em seu Art. 39, I, tal procedimento está eivado de abusividade, não podendo ser realizado pelo fornecedor³³.

Adiante, percebe-se que a obrigatoriedade de apresentar a declaração de valor em Direitos Especiais de Saque demanda um conhecimento e expertise demasiada onerosa para o consumidor padrão, que se encontra em uma situação de vulnerabilidade técnica e informacional superior aos transportadores. Não se pode esperar que o passageiro seja capaz de precisar esses valores com exatidão³⁴. Essa disposição acaba, em realidade, por permitir uma amenização da responsabilidade do fornecedor ante possíveis danos e reparações.

Em seguida, percebe-se que as disposições dos Art. 32 e 34 da Resolução nº 400/2016 – que estabelecem novas diretrizes acerca do extravio e dano às bagagens – objetivam isentar o transportador de sua responsabilidade. O Código de Defesa do Consumidor designa, em seu Art. 20, a responsabilidade objetiva do fornecedor pelos danos causados aos consumidores por vícios relativos à prestação de serviços que os tornem impróprios ao consumo ou que lhe diminuam o valor – não havendo

-
32. SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Impossibilidade de retrocesso na proteção dos direitos do passageiro consumidor no serviço de despacho de bagagem**, 2017.
 33. MARQUES, Cláudia Lima. Artigo 39. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1045.
 34. MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito**. 3. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 141.

necessidade de comprovação de culpa. Desta maneira, levando-se em consideração que os serviços no transporte aéreo configuram-se como relação consumerista, a mencionada disposição é aplicável também no despacho de bagagem executado pelo transportador³⁵.

O serviço será considerado como “viciado” se não atingir os fins que razoavelmente são esperados dele – sendo uma obrigação de fazer, de meio ou de resultado. Essa compreensão facilita a satisfação das expectativas legítimas dos consumidores nestes contratos. O serviço necessita ser adequado, com o fornecedor agindo com diligência, cuidado e vigilância. Em adendo, o mesmo artigo institui a responsabilidade solidária dos fornecedores. Assim, se dá importância ao resultado obtido na prestação do serviço e não em quem o realizou. Poderá então, o consumidor, reclamar com quaisquer dos fornecedores envolvidos³⁶. Aplicando o disposto ao despacho de bagagem, espera-se que este seja executado pelos transportadores da maneira mais adequada possível – evitando vícios no serviço.

Ante a existência de vícios na prestação do serviço, poderá o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

- a) a reexecução dos serviços, sem custos adicionais e quando possível;
- b) a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de perdas e danos;
- c) o abatimento proporcional do preço³⁷.

Os prazos para reclamação serão de 30 (trinta) dias quando se tratar de fornecimento de serviço não-durável e de 90 (noventa) dias quando o serviço for durável. No caso de vícios aparentes, estes

35. TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉ-TODO, 2016, p. 241.

36. MARQUES, Cláudia Lima. Artigo 20. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 738-740.

37. TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉ-TODO, 2016, p. 241.

prazos são contados a partir do término da execução do serviço – no caso em análise, o recebimento da bagagem despachada. Já no caso de vícios ocultos, tais prazos iniciam-se a partir da descoberta do vício na prestação do serviço – que, no concernente ao despacho, revela-se na evidência de vício oculto na bagagem³⁸.

Nesse sentido, é evidente a impossibilidade de vigorar as disposições apresentadas pela Resolução 400/2016, eis que as mesmas claramente são atentatórias aos direitos previamente concedidos ao passageiro. Ao estipular determinar a acessoriedade do contrato de despacho, reduzir os prazos para reparação, isentar o transportador de responsabilidade nos casos de produtos frágeis, entre outras estipulações, a Resolução fere a proteção do consumidor. A imperatividade destas disposições, portanto, não pode ser aceita³⁹.

5. CONCLUSÃO

Ante a todo o exposto, durante a discussão abordada neste trabalho, entende-se alcançado o propósito almejado neste trabalho. A essência desse era demonstrar a impossibilidade da Resolução 400/2016, no tangente ao despacho de bagagens, sobrepujar os direitos trazidos pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor, normas hierarquicamente superiores à aquela.

A aplicação das disposições apresentadas pela Resolução configuraram-se como um atentado ao direito dos passageiros consumidores. Elas culminam em um aumento da vulnerabilidade do consumidor, ao exigir uma expertise maior deste e, ao mesmo tempo, em descarregar o transportador de responsabilidade ao executar o serviço. O ordenamento jurídico institui normas que objetivam proteger o consumidor, que encontra-se, em face do fornecedor, em situação de vulnerabilidade.

38. MARQUES, Cláudia Lima. Artigo 26. In: MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 831.

39. SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Impossibilidade de retrocesso na proteção dos direitos do passageiro consumidor no serviço de despacho de bagagem**, 2017.

Não se pode olvidar que mais indivíduos têm podido ter acesso ao serviço de transporte aéreo. Todavia, muitos destes não possuem ou não tem conhecimento das maneiras de demandar e exercer seus direitos. A Resolução 400/2016 vem apenas fortalecer essa situação de vulnerabilidade. O ordenamento jurídico deve prestar seu zelo àqueles que mais necessitam dele. Acatar as disposições dessa Resolução significa desconsiderar essa responsabilidade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, João Batista de. **Manual de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ARAÚJO, Náira Ravena Andrade. **Da criticável flexibilização dos direitos consumeristas no uso de serviços de transporte aéreo**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58703/da-criticavel-flexibilizacao-dos-direitos-consumeristas-no-uso-de-servicos-de-transporte-aereo>>. Acesso em: 28 jul 2019
- BENJAMIN, Antônio Herman V. O Transporte Aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 26.
- BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 28 jul 2019.
- BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm>. Acesso em: 28 jul 2019.
- BRASIL. **Resolução nº 400**. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf>. Acesso em: 28 jul 2019.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. A Responsabilidade Civil do Transportador na Jurisprudência do STF. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 76.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 4: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARQUES, Cláudia Lima. A Responsabilidade do Transportador Aéreo pelo Fato do Serviço e o Código de Defesa do Consumidor. Antinomia entre

- Norma do CDC e de Leis Especiais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul**, nº 09, nov. 1993.
- MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. **Revista da Esmese**, nº 07.
- MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO; José Emmanuel. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- MIRANDA, Marié; MARQUES, Cláudia Lima. Comentário à Resolução 400 da ANAC, de 13 de dezembro de 2016, que viola o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 110.
- MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistemática do direito. 3. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- MORSELLO, Marco Fábio. **Responsabilidade civil no transporte aéreo**. São Paulo: Atlas, 2006.
- NORDNEIER, Carl Friedrich. Direito Internacional Privado: implicação em viagens aéreas internacionais e a situação jurídica dos passageiros. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 73.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- RÊGO, Oswaldo Luiz Franco; RÊGO, Werson Franco Pereira. **O Código de Defesa do Consumidor e o Direito Econômico**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2801/o-codigo-de-defesa-do-consumidor-e-o-direito-economico>>. Acesso em: 28 jul 2019.
- ROLAND, Beatriz da Silva. O Diálogo das fontes no transporte aéreo internacional de passageiros: ponderação sobre a aplicabilidade da Convenção de Montreal e/ou CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 99.
- SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SILVA, Daniel Vicente da; SILVA, Jonas Sales Fernandes da; SANTOS, Júlio Edstron Secundino. Análise da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a

casos de dano material por extravio de bagagem no contrato de transporte aéreo internacional: um (aparente) conflito de normas jurídicas. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 108.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. **Impossibilidade de retrocesso na proteção dos direitos do passageiro consumidor no serviço de despacho de bagagem**, 2017.

SILVA, Joseane Suzart Lopes da. Resolução 400/2016 da ANAC não pode afetar os direitos dos usuários. **Net**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-24/garantias-consumo-resolucao-4002016-anac-nao-afetar-direitos-usuarios>>. Acesso em: 28 jul 2019.

SOARES, Ardyllis Alves. A Tutela Internacional do consumidor turista. **Revista de Direito do Consumidor**, nº 82.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2016.

CAPÍTULO XX

Os limites cognitivos do magistrado na audiência de custódia

Nancy Evangelista Lima

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Um breve processo histórico conflitivo e a força normativa da audiência de custódia; 3. Quais são os limites de atuação do juiz durante a audiência de custódia? 4. Considerações finais; Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Audiência de custódia. Magistrado. Resolução 213 do CNJ. Autuado. Constituição Federal. Pacto de São Jose da Costa Rica.

1. INTRODUÇÃO

No ano de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) apresentou o projeto que implementara a Audiência de Custódia no Brasil para que toda pessoa presa em flagrante delito seja apresentada à uma autoridade judicial competente em até 24 horas e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão. A audiência de custódia é utilizada como instrumento, ou ferramenta, na forma de entrevista para averiguar a legalidade e analisar a conveniência da prisão. Além de judicializar o caráter prisional, já que a prisão em flagrante pode ser feita, inclusive, por qualquer um do povo, o que carece de análise judicial.

Essa nova forma do sistema lidar concretamente com o principal envolvido, mascara uma realidade que transpassa o papel, modifica o ângulo de visualização e traz novas perspectivas de respostas ao processo. O cenário das hipóteses de cabimento e o fundamento das audiências de custódia estão respaldados no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, art. 9º.3, além da Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu art. 7º. 5, dispõe que toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra

autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável.

Os dois pactos incorporados pelo sistema brasileiro preceituam as finalidades, que só após vinte e três anos tornou-se obrigatória a realização das audiências de custódia. Isso ocorreu através da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), e em seguida a sua regulamentação através da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça. No entanto, apesar da representação garantista do juiz com o preso, a perspectiva teórica quanto ao universo cognitivo desse magistrado merece uma abordagem mais minuciosa e delimitada.

A pesquisa surgiu após participar do grupo de pesquisa “Processo Penal e Democracia” (Universidade Federal da Bahia) e explorarmos como campo privilegiado a dinâmica das audiências de custódia. A relevância e contribuição significativa no campo jurídico dessa pesquisa brotaram-se com a experiência do estágio na 1ª Vara Criminal de Feira de Santana/BA ao acompanhar as audiências de custódia. A iniciativa do tema manifestou-se a partir de um diálogo com o magistrado da 1ª Vara Crime de Feira de Santana, o qual indagou sobre o seu comportamento frente à audiência de custódia à luz da Constituição Federal e a Resolução nº213 do Conselho Nacional de Justiça. Desenhado o projeto, surgiu à problemática: quais são os limites do magistrado na audiência de custódia?

Com o intuito de responder a esse questionamento, esse trabalho visou abordar um breve processo histórico e a importância da audiência de custódia; apresentar o papel do juiz como zelador dos direitos fundamentais sem antecipar o interrogatório processual; e demonstrar o papel do juiz durante a realização desse ato.

Para a elaboração desse artigo, empregou-se a pesquisa qualitativa em audiência de custódia, sob os tipos de pesquisa descritiva e explicativa, na forma dos métodos bibliográfico e documental.

É notório verificar que a fronteira do conhecimento nessa linha de pesquisa visa não apenas a compreensão do fenômeno, mas também contribuir na produção de debates, reflexão e avanço da pesquisa. O tema guarda extrema relevância, pois os ruídos de um sistema inquisidor presentes na audiência de custódia repelem a humanização do ato e demonstram um excesso de poder que violenta ainda mais o sistema.

2. UM BREVE PROCESSO HISTÓRICO CONFLITIVO E A FORÇA NORMATIVA DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, adotou o sistema acusatório no nosso ordenamento jurídico, ao estabelecer diversos axiomas, tais como a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa e a separação das atividades de investigar, acusar e julgar. Ocorre que, o Código de Processo Penal brasileiro, elaborado em 1941, surgiu em um contexto histórico autoritário cujas práticas, marcadamente repressivas, até hoje vigoram entre nós.

De acordo com LOPES JUNIOR (2016, p.47), o Processo Penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório. Nesse ambiente, o juiz é impulsionado a buscar a verdade não do processo, mas do investigado, por consequência, o transforma em objeto de investigação. Essas práticas inquisitoriais não correspondem aos princípios constitucionais no sentido de adesão ao sistema acusatório. Nessa perspectiva, desconstitui-se a figura do juiz com marcas inquisitoriais, anteriormente comprometido com a produção e gestão da prova, o qual passa a assumir, com a adoção do modelo constitucional republicano e democrático, uma postura imparcial; com horizontes nitidamente diversos.

De acordo com a Constituição Federal, artigo 21, I, compete à União manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais. Essencialmente, o país é signatário do Tratado Internacional da Convenção Americana de Direitos Humanos e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1992, de caráter supralegal, responsabilizando-se por efetivar e proteger os seus valores. Na Convenção Americana de Direitos Humanos, art. 7. 5, encontra-se o cenário das hipóteses de cabimento e o fundamento das audiências de custódia:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Nesse seguimento, o art. 9. 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1992, nos ensina que:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Apesar da ordem estabelecida nas normas supralegais, o país retardou a efetivação da incorporação no ordenamento jurídico interno. O processo para transformar a audiência de custódia em realidade, no Brasil, enfrentou alguns registros importantes.

A discussão para se adequar aos tratados foi impulsionada pela aprovação do Projeto de Lei do Senado (PLS) 554/2011. Esse projeto visou alterar o artigo 306 do Código de Processo Penal com a inserção da audiência de custódia no Brasil. Consoante a ANDRADE;ALFLEN (2016,p. 96),

[...] o grande mérito do Projeto de Lei do Senado nº554, de 2011, foi se tornar prescindível para a plena incorporação da audiência de custódia no Brasil, em razão do nível de conscientização que se atingiu com o debate por ele proporcionado.

Ainda, o Supremo Tribunal Federal apreciou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347, requerido pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Segundo o relatório do voto, a Constituição Federal não está compactuada com esse quadro desumano do cenário brasileiro reproduzido pelo encarceramento em massa e pela violação aos direitos humanos com as condições degradantes do sistema prisional.

Nessa conjuntura, asseverou que o procedimento das audiências de custódia poderia reduzir a superlotação prisional. Ainda, declarou expressamente, pela primeira vez, o estado de coisas inconstitucional por apurar a violação grave ao sistema penitenciário brasileiro. Além disso, deferiu que os juízes e tribunais observem os artigos 9.3 do Pacto

dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos e realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de vinte e quatro horas, contados do momento da prisão.

Decidiram os Ministros do Supremo Tribunal Federal:

[...] determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, *realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão*, com a ressalva do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Relator, mas com a observância dos prazos fixados pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, vencidos, em menor extensão, os Ministros Teori Zavascki e Roberto Barroso, que delegavam ao CNJ a regulamentação sobre o prazo da realização das audiências de custódia. (MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 347 DISTRITO FEDERAL. RELATOR: MIN. MARCO AURÉLIO. 09/09/2015, grifo nosso)

A apreciação pelo Supremo Tribunal Federal desatou os nós do tema à luz dos Tratados, Convenções e a Carta Magna. Com a abordagem louvável, o Conselho Nacional de Justiça editou em 15 de dezembro de 2015 com vigência em 01 de fevereiro de 2016, a Resolução nº213 e concretizou a regulamentação das audiências de apresentação do preso a autoridade judiciária no Brasil. Importante registrar que esse procedimento cabe para todo e qualquer tipo de prisão, seja flagrante, preventiva, temporária e até mesmo o cumprimento de mandado de prisão.

O ato administrativo do Conselho Nacional de Justiça nº213 surgiu para padronizar e organizar a realização das audiências de custódia, no intuito de ser observado pelo Poder Judiciário em âmbito nacional. Essa regulamentação possui dezessete artigos e, mesmo de modo tardio, representa um grande avanço na humanização perante a análise da pertinência ao ato da prisão, pois é um instrumento que tenta destruir as paredes que existem do contato do preso com a Justiça, com o magistrado, que talvez seja o único que vai garantir os seus direitos frente ao poder punitivo do Estado.

Então, o modelo da audiência de custódia permite garantir ao autuado uma análise mais racional e humana de sua prisão. Uma das finalidades importantes é evitar que o autuado seja ouvido pelo juiz muitos meses (às vezes anos) depois de preso, consoante LOPES JUNIOR (2017, p.638). Após formalização do ato pela autoridade policial, o itinerário se configura no encaminhamento do preso em até 24h a uma autoridade competente que verificará as condições do preso, a legalidade da prisão e terá algumas alternativas decisórias que a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça estabeleceu: liberdade plena ao autuado, aplicação de medidas cautelares diversas da prisão e, excepcionalmente, a conversão da prisão em flagrante em preventiva.

O Supremo Tribunal Federal recebeu, em 2017, uma Reclamação movida pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro contra o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro por descumprimento da obrigatoriedade de realizar a audiência de custódia no prazo de 24 horas. O Ministro Edson Fachin decidiu o seguinte:

A interpretação da jurisprudência da Corte permite a conclusão de que a audiência de apresentação constitui direito subjetivo do preso e, nessa medida, sua realização não se submete ao livre convencimento do Juiz, sob pena de cerceamento convencional. Prova disso é que, ultrapassando a recomendação exarada na ADI 5240/SP, a Corte, na ADPF 347/DF, tendo como condicionamento único o prazo de 90 (noventa) dias, há muito expirado, determinou que Juízes e Tribunais devem realizar o ato em apreço. Nesse sentido, embora seja louvável a implantação sistemática dessa prática (a autoridade reclamada menciona a concretização gradativa da decisão, inclusive com o funcionamento de Central de Audiências de Custódia e de medidas descentralizadoras), a realização de ato processual dessa natureza não resta condicionada a trâmites administrativos que contrariem a imperatividade e eficácia da decisão proferida pela Suprema Corte em processo de índole objetiva e, portanto, vinculante, que impõe a realização da audiência de apresentação do preso em 24 (vinte e quatro) horas. Convém ressaltar que a decisão paradigma foi proferida pelo Plenário da Corte em 9.9.2015, estipulando-se prazo de 90 (noventa) dias para adequação dos órgãos jurisdicionais. Tal prazo, à obriedade, encontra-se há muito escoado. Nesse cenário, revela-se inaceitável provimentos jurisdicionais, como o citado pela Defensoria Pública, em que se insinua a inexistência de prazo máximo certo para apresentação dos custodiados. A ausência de fixação

precisa de prazo em atos normativos, legais ou infralegais, cede espaço à fundamentada decisão proferida pelo Plenário da Suprema Corte, em que expressamente reconhecido o dever estatal de propiciar a apresentação no lapso temporal máximo de 24 horas. Registro que, eventual incapacidade do Tribunal de Justiça, mesmo diante do expressivo prazo transcorrido, deve resolver-se pelo prestígio ao direito de locomoção. Em outras palavras, a cogitada impossibilidade de observância dos direitos do preso não justifica a inobservância de garantias processuais. Ao contrário, tais situações devem receber solução adequada e tempestiva por parte do Juízo competente, sendo tais atos concretos, em tese, tuteláveis pelo Estado-Juiz mediante aforamento de remédios processuais individuais. (Rcl 28173/ RJ, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 14.12.2017, grifo nosso)

Caso recente ocorreu no Rio Grande do Sul, em 13 de fevereiro de 2019, o Conselho Nacional de Justiça intimou dois juízes para prestarem esclarecimentos sobre a decretação da preventiva sem que tivesse ocorrido a audiência de custódia. Segundo informações do site Consultor Jurídico, de 15 de fevereiro de 2019:

Em decisão do último dia 29 de janeiro, a juíza Aline Tissato determinou a prisão preventiva de dois homens que foram detidos na comarca de Gramado com drogas, sem designar a respectiva audiência de custódia dos dois. *A magistrada alegou que a apresentação dos presos em juízo era desnecessária, pois o normativo editado pelo CNJ seria inconstitucional.* O juiz da Comarca de São Luiz Gonzaga, Thiago Dias da Cunha, usou o mesmo argumento da colega na decisão em que determinou a prisão preventiva de um acusado de homicídio e dispensou a audiência de custódia do homem, em 19 de janeiro. Cunha alegou que o CNJ extrapolou suas atribuições definidas na Constituição Federal ao regulamentar um tratado internacional por meio de resolução – a tarefa caberia ao Poder Legislativo, por meio de lei. O magistrado afirmou ainda que a Resolução do CNJ também viola a autonomia dos tribunais, garantida pela Constituição, extrapola sua competência ao “criar obrigações para entidades de fora do Poder Judiciário”, como a polícia e a administração prisional, e desrespeitou a autonomia de outras entidades do sistema de Justiça, como a Defensoria Pública e o Ministério Público, com o ato administrativo. (grifo nosso)

Ocorre que, é indiscutível a força normativa interna e internacional da realização da audiência de custódia, além de que o Supremo entendeu por sua constitucionalidade. O Conselho Nacional de Justiça é um órgão com objetivo de sistema de controle do Poder Judiciário em âmbito

nacional. Segundo a Constituição Federal, art. 103-B, §4º, I, é atribuído ao Conselho zelar pela autonomia do Poder Judiciário e pelo cumprimento do Estatuto da Magistratura, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Note-se que é preciso compreender que Resolução é um ato normativo primário, ou seja, as normas que constam em seu conteúdo tem fundamentação válida da própria Constituição, obedecidos a todos os parâmetros. No caso da Resolução 213/2015, cabe entender que o Conselho Nacional apenas regulamentou as disposições legais que já eram estabelecidas e o que está disposto nos tratados signatários do país. O desrespeito quanto ao procedimento devido, viola as normas instituídas e causa uma grave crise de insegurança jurídica.

Essa questão é discutida por vários setores sociais, inclusive, no ano de 2018, o Encontro do Fórum Nacional de Juízes Criminais (FONAJUC), aprovou o enunciado nº 28 no sentido de que não acarreta a nulidade da prisão em flagrante em preventiva quando não é realizada a audiência de custódia. E mais, no enunciado de nº 30, aduz que nos casos de mandado de prisão não é necessário realizar audiência de custódia. Além disso, quanto ao enunciado nº 29, autoriza oferecer e receber a denúncia, citar, responder à acusação, suspender o processo e realizar audiência de instrução e julgamento.

Nota-se claramente que os enunciados merecem ser criticados, pois não estão de acordo com as normas legais. Como explica Lênio Streck, no artigo (Os enunciados do Fonacrim, os falsos dilemas e o problema das prisões) do Consultor Jurídico, que os enunciados são graves problemas, pois não têm autorização para driblar a lei e a Constituição. O autor mais uma vez denuncia a febre dos enunciados, em outro artigo também do Consultor, titulado “Enunciado cancela enunciado: uma ‘jurisdição enunciativa’? Quo vadis?”:

Parece que setores da doutrina acreditam, mesmo, que os enunciados são fontes (autorizadas) de direito, mesmo que construídos abstratamente em encontros de magistrados e especialistas agindo como se legisladores fossem. Assim, quando há um enunciado *contra legem*, o “problema” não chega a ser “o enunciado”. Porque basta fazer um... enunciado certo. Ah, bom. Esta parece ser a lógica: dois errados fazem um certo. Entramos de vez na fase dos metaenunciados.

Com base nesses enunciados do FONAJUC, é possível compreender o entendimento acolhido. Percebe-se que há viabilidade para avançar as etapas do processo durante a audiência de custódia, tal como o recebimento da denúncia até a realização da audiência de instrução e julgamento. Essa compreensão é totalmente desvinculada com os preceitos garantistas, além de se afastar do que norteiam as normas internas e externas. Não se pode olvidar que essas etapas do processo são realizadas pelo juiz natural, e não pelo juiz de custódia que tem sua competência totalmente limitada.

É nesse sentido a importante pesquisa realizada por PEREIRA (2017), o qual demonstrou em seu estudo o lado “b” da audiência de custódia no Brasil. O autor critica no ponto que a audiência de custódia pode ser lançada na categoria de instrumento de violação dos direitos humanos caso o processo penal seja orientado sob uma perspectiva da eficiência, previsibilidade, calculabilidade e controle na aplicação do direito.

Aduz, ainda, que essa é a tendência das audiências de custódia, que por entendimento uniformizado pode permitir a prática antecipada de atos processuais como o oferecimento da denúncia, citação do réu, o agendamento ou a realização da instrução no mesmo ato da audiência de custódia. Nesse ponto, a pesquisa desse autor revela o lado “b”:

Assim, revela-se o lado “b” da audiência de custódia no Brasil que longe de ser o instrumento de proteção e efetivação de direitos humanos, pode vir a ser um aparato de violação de direitos humanos. Revela-se urgente, em verdade, a mudança da cultura do judiciário nacional, alterando-se a perspectiva pela qual é orientado o processo penal buscando o preenchimento da instrumentalidade do processo penal a partir da Constituição Federal e dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. (PEREIRA, 2017, p.128)

A audiência de apresentação está estabelecida e é uma realidade que ultrapassa os limites do papel, que não há espaço para a hiperceleridade processual. Nessa perspectiva, a função do magistrado nesse cenário não é combater os anseios sociais, e sim estar à luz do que prevê a Constituição, a Resolução nº213 do Conselho Nacional de Justiça e das normas internacionais ratificadas pelos Brasil.

3. QUAIS SÃO OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO JUIZ DURANTE A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA?

Ao estabelecer, inicialmente, a força normativa e a obrigatoriedade da realização das audiências de custódia, é necessário declinar sobre os limites de atuação do magistrado. Com base na Resolução 213, em seu art. 2º, entende-se como competente a realizar audiência de custódia a autoridade judicial, definidos pelos atos normativos dos Tribunais, inclusive, o juiz plantonista. Em dezembro de 2018, o desembargador plantonista do Tribunal de Justiça do Ceará ao receber o *habeas corpus* referente a um sujeito que estava custodiado há 96 (noventa e seis) horas por conta do flagrante, negou-se a despachar. Então, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pelo relaxamento da prisão desse indivíduo com base na Resolução do Conselho Nacional de Justiça e na ADPF 347:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA. PEDIDO DE SUPERAÇÃO DA SÚMULA N. 691 DO STF. TERATOLOGIA. PRISÃO EM FLAGRANTE POR MAIS DE 24 HORAS. DEMORA NA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. ILEGALIDADE CARACTERIZADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Permite-se a superação da Súmula n. 691 do Supremo Tribunal Federal quando, a um primeiro olhar, constatar-se flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. No caso dos autos, o investigado foi preso em 13/12/2018 e permaneceu custodiado unicamente em função do flagrante até o cumprimento da decisão que deferiu o pedido liminar. 3. Considerando que a prisão em flagrante se caracteriza pela precariedade, de modo a não permitir-se a sua subsistência por tantos dias sem a homologação judicial e a convalidação em prisão preventiva, identifico manifesta ilegalidade na omissão apontada, a permitir a inauguração antecipada da competência constitucional deste Tribunal Superior. 4. Ordem concedida para, confirmada a liminar, relaxar a prisão em flagrante do atuado, sem prejuízo da possibilidade de decretação da prisão preventiva, se concretamente demonstrada sua necessidade cautelar, ou de imposição de medida alternativa, nos termos do art. 319 do CPP. Determinada, ainda, comunicação ao CNJ. (HABEAS CORPUS Nº 485.355 – CE (2018/0340228-9) RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ)

Ao compreender a competência, cabe analisar a postura do magistrado. Primeiramente, de acordo com o art. 8º, da Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça é assegurar que a pessoa não esteja

algemada, salvo em caso de necessidade, devendo constar por escrito a justificativa. Após, esclarecer ao autuado do que se trata a audiência de custódia, o porquê de estar ali e que a decisão não será para condená-lo ou absolvê-lo.

Assegura-se ao preso o direito de entrevistar-se com a sua defesa técnica, inclusive questionar se foi dada essa oportunidade e de informar aos familiares o ocorrido. Além disso, de poder permanecer em silêncio, ensejador da ampla defesa e não poderá entender como confissão. De acordo com o art. 5º, LXII, da Carta Magna, o preso será informado de seus direitos, dentre os quais de permanecer calado.

Quanto às indagações, o art. 8º, detalha que se deve perguntar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão, o tratamento que recebeu em todos os locais antes da audiência, o que deverá questionar sobre ocorrências de tortura e maus tratos. Em caso de relato nesse viés, cabe ao juiz adotar as providências cabíveis que é remeter os autos para o Ministério Público para apurar e processar o fato.

Nesse quesito, é de suma importância verificar, como aduz o inciso VII, se houve a realização do exame de corpo de delito. Importante indagar ao autuado se o relato de tortura e maus tratos foram antes ou depois de realizar o exame e se quando feito, havia a presença de agente policial, observada a Recomendação CNJ 49/2014. Deve-se determinar a sua realização quando não feito e até mesmo quando o registro não estiver esclarecido.

E mais, o inciso VIII, é claro no sentido de que o magistrado não poderá formular perguntas para produzir provas seja para investigação ou ação penal. Já o inciso X, diz que a autoridade deverá perquirir e verificar visualmente se há hipóteses de gravidez, filhos, dependentes sob o cuidado da pessoa presa. Ademais, o histórico de doenças graves – tais como transtornos mentais e dependência química –, pois analisará a possibilidade de encaminhar para a assistência e liberdade provisória com ou sem medidas cautelares, a depender do caso concreto.

Dando seguimento, de acordo com o §1º o magistrado oportuniza as perguntas para o órgão ministerial e à defesa, nesta ordem. Esse parágrafo aduz que cabe ao magistrado equilibrar as perguntas para

que não ultrapassem os limites e adentrem no mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação. O objetivo dos questionamentos formulados se dirige à análise, pelo magistrado, acerca da legalidade da prisão e possibilidade de responder o possível processo em liberdade.

Após, as partes poderão requerer o relaxamento da prisão em flagrante, liberdade provisória com ou sem medidas cautelares diversas da prisão, decretação de prisão preventiva ou adoção de outras medidas necessárias para preservação de direito do preso. Notória a possibilidade trazido pelo art. 8º, §5º, da Resolução, que possibilitou ao órgão ministerial requerer o imediato arquivamento do inquérito.

Contudo, cumpre desvelar que não cabe nesse momento instaurar incidente, interceptação telefônica, análise de restituição de bens apreendidos e cautelares de natureza patrimonial, por exemplo, o sequestro. Assim como também não é oportuno autorizar a polícia analisar o celular do preso, pois a competência é do juiz natural, que no Brasil agrega ser o juiz da instrução e julgamento, a decidir sobre a conveniência dos atos processuais.

Com relação à decisão do magistrado, ocorrida à irregularidade da prisão em flagrante, relaxa-se a prisão do autuado. Ao verificar a ilegalidade da prisão e relaxar, não cabe ao juiz da custódia analisar medidas cautelares diversas da prisão, nem a necessidade da prisão, pois a competência é do juiz natural que faz a devida análise sobre a pertinência da prisão ao serem verificados os requisitos legais. No Rio de Janeiro, o juiz reconheceu a ilegalidade da prisão de uma autuada e, na mesma decisão entendeu por decretar a preventiva e converter em prisão domiciliar. Então foi impetrado Habeas Corpus pelo Defensor Público Eduardo Newton, que demonstrou a ilegalidade da prisão.

Nesse **HC 0065834-18.2018.8.19.0000**, a 6ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro relaxou a prisão e determinou a sua soltura. Segundo o desembargador Fernando Antônio de Almeida “ao relaxar a prisão em flagrante, não é cabível a discussão sobre eventual cabimento ou não de medida cautelar. Cabe tão somente a restituição do status de liberdade ao indivíduo”. Dessa forma, o juiz garante os direitos do indivíduo, respeita as normas constitucionais e estabelece o seu limite de atuação.

Em caso positivo de legalidade, analisa-se a possibilidade de responder em liberdade, com ou sem a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, a partir da análise do art. 319, do Código de Processo Penal. Por seguinte, quando não cabível a liberdade com ou não alguma medida cautelar, em último caso decreta-se a preventiva, prevista no art. 312 do Código de Processo Penal.

Não se pode esquecer que essa é uma fase de investigação e, de acordo com o art. 311 do mesmo código, o juiz não poderá decretar prisão preventiva de ofício no curso da investigação preliminar. Registra-se também a impossibilidade de decretação de prisão temporária em audiência de custódia. Caso ocorra, conforme JUNIOR LOPES (2016, p. 647), assume o juiz uma postura incompatível com aquela exigida pelo sistema acusatório e, principalmente, com a estética de afastamento que garante a imparcialidade. Acerca da legitimidade imparcial do juiz, cabe aqui o entendimento do ministro Nefi Cordeiro, em voto:

Manter solto durante o processo não é impunidade, como socialmente pode parecer, é sim garantia, somente afastada por comprovados riscos legais. Aliás, é bom que se esclareça ante eventuais desejos sociais de um juiz herói contra o crime, que essa não é, não pode ser, função do juiz. Juiz não enfrenta crimes, juiz não é agente de segurança pública, não é controlador da moralidade social ou dos destinos políticos da nação.... O juiz criminal deve conduzir o processo pela lei e Constituição, com imparcialidade e, somente ao final do processo, sopesando adequadamente as provas, reconhecer a culpa ou declarar a absolvição. Juiz não é símbolo de combate à criminalidade, é definidor da culpa provada, sem receios de criminosos, sem admitir pressões por punições imediatas. Cabem as garantias processuais a qualquer réu, rico ou pobre, influente ou desconhecido, e centenas, milhares de processos são nesta Corte julgados para permitir esse mesmo critério a todos. O critério não pode mudar na imparcialidade judicial. (RELATOR: MINISTRO ANTONIO SALDANHA PALHEIRO. HABEAS CORPUS Nº 509.030 – RJ –2019/0128782-2)

A prisão preventiva, medida excepcional, só pode ser decretada a partir da análise do requerimento do Ministério Público, pois o juiz não tem poderes investigatórios. São requisitos fundamentais para converter ou manter a preventiva, quais sejam a constatação do *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis* em conjunto. Ressalte-se que é imprescindível que toda e qualquer decisão seja registrada sua fundamentação

legal. Segundo a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, em seu art. 8, §3, na ata da audiência conterà a deliberação fundamentada do magistrado.

A orientação desse órgão é simples, mas ao mesmo tempo, complexa. Em princípio, o fato de ser uma novidade no campo jurídico brasileiro, causa um comportamento de difícil superação da forma habituada das audiências de instrução e julgamento. Com isso, o despreparo para enfrentar essas barreiras precisa ser superado historicamente.

Dessa forma, abster-se de formular perguntas com efeitos investigatórios, focar apenas na legalidade da prisão e na possibilidade de responder o possível processo em liberdade é um dos maiores desafios da audiência de custódia. O ponto relevante nessa audiência é estabelecer o equilíbrio para que não ocorram perguntas com esse envolvimento. É certo que existe o limite quanto ao ingresso no mérito, ocorre que em casos muito específicos, é imprescindível. Um exemplo claro é quanto aos artigos 28 e 33 da Lei n 11343/2006 (Lei de Tóxicos), em que se faz necessário saber o mínimo de ligação do sujeito ao porte ou ao tráfico, sendo crucial para a análise em audiência.

Em parceria com o Tribunal de Justiça da Bahia, no recorte do período de Janeiro, Junho e Dezembro de 2016, foi realizado um relatório sobre as audiências de custódia em Salvador/Bahia, pelo grupo de pesquisa “Processo Penal e Democracia” da Universidade Federal da Bahia em conjunto com Instituto Baiano de Direito Processual Penal. A informação valiosa da pesquisa é que foi constatada a ausência em 78% das decisões e atas analisadas sobre a resposta do conduzido quanto ao possível abuso policial sofrido, o que dificulta o controle externo e contradiz a orientação do Conselho Nacional de Justiça.

Outro aspecto a destacar nessa pesquisa é sobre a manifestação da legalidade, pois em 32% das decisões que foram verificadas, inexistia a manifestação sobre a legalidade ou ilegalidade da prisão. Esse dado preocupante demonstra mais uma vez que uma parcela das autoridades judiciárias não está observando o que condiz o nascimento, identidade e propósitos da audiência de apresentação do preso.

A pesquisa elaborada por ROMÃO (2017) buscou analisar como a audiência de custódia trata da violência estatal em Salvador. O autor,

através de um estudo qualitativo, fez a observação direta semiestruturada a partir de dados extraídos da observação de três expedientes de audiência com a observação da cena e seus atores. Durante a pesquisa no Núcleo de Prisão em Flagrantes, ele observou que a Resolução 213 do CNJ não estava sendo cumprida. Verificou, por exemplo, que determinado juiz não indagou para nenhum dos 14 (catorze) presos se sofreram algum tipo de violência ou se fizeram exame de corpo de delito, além de outro magistrado que se restringia a perguntar se a pessoa tinha sido submetida a exame.

A postura do magistrado é transformar essa audiência em uma entrevista de caráter não investigatório, tendo como o foco o que é determinado pela Resolução do Conselho Nacional de Justiça e é esse dos maiores desafios da audiência de custódia. O ponto crucial nessa audiência é estabelecer o equilíbrio para que não ocorram perguntas que transpassam os limites objetivados. De acordo com ROSA (2017, p. 476),

As perguntas devem se vincular às finalidades. Não serve para confissão preliminar da conduta. (...) Os protocolos I e II, anunciados pelo CNJ auxiliam na orientação das perguntas e formas de atuação do Juiz Garante. Inaplicável a lógica do interrogatório e sim de entrevista, devendo-se evitar questionamentos de mérito. Se assim for realizado, pode se discutir a validade do conteúdo, diante do *nemo tenetur se detegere*, como expressamente consta do art. 8º, VIII, da Resolução 213, do CNJ: “abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante.” (ROSA, 2017. p.476)

Cada um desempenha o papel no sistema, por isso o magistrado diante dessas restrições e uma retórica baseada em hábitos inquisitoriais, pode confundir com um interrogatório antecipado. A esse respeito, tal postura inquisitiva impossibilita a humanização do ato, ressalta PAIVA (2017):

Conforme se pode perceber, o CNJ pretendeu fazer da audiência de custódia um ato com a possibilidade de realmente humanizar o processo penal e aproximar o juiz dos problemas da pessoa presa. Espera-se que os juízes compreendam o importante papel que lhes é incumbido e cumpram a Resolução 213 de forma não burocratizada, questionando a pessoa presa por obrigação, mas sim que se empenhem em fazer da audiência de custódia um ato processual que rompe com a violência ritual e com a agressividade argumentativa

com as quais frequentemente lidam com as pessoas presas. (PAIVA, 2017, p. 135)

Nessa entrevista, o propósito é garantir que o preso, que ainda não pode ser considerado acusado, tenha o direito de ser ouvido e que assegure os princípios da presunção de inocência, legalidade, ampla defesa, contraditório e imparcialidade. Sabemos que, de acordo com o nosso ordenamento jurídico, o indivíduo não sairá da audiência de custódia cumprindo pena. Entretanto, o papel da dor estará presente antecipando-a. De acordo com CHRISTIE (2016), o sistema penal causa um sofrimento intencional que precisamos reduzir seus níveis, dando limites:

O sistema penal existe para machucar as pessoas, não para ajudar ou curar. E a dor é infligida para promover os interesses de pessoas estranhas ao evento original, que trouxe o sofrimento. Se esses sofrimentos são melhorados, está O.K., mas o alvo principal é o público em geral, como é deixado bastante claro pelos (sic) teorias que utilizam o termo “prevenção geral”. Somos, então, forçados a perceber que interesses estão em conflitos. Somos forçados a prestar atenção nos regulamentos da dor. (CHRISTIE, 2016, p.53)

Trata-se, para DUCLERC (2016) de buscar um tratamento racional na redução de danos:

A fim e ao cabo, a pena criminal resta tão legitimada quanto a guerra e, nesse sentido, talvez represente o maior dos paradoxos do próprio fenômeno jurídico da atualidade. Uma teoria agnóstica do processo penal, portanto, é aquela que não pretende ignorar ou ocultar ideologicamente esse paradoxo, mas, antes, reconhecê-lo na sua irracionalidade, mas procura dar-lhe um tratamento minimamente racional, conforme uma lógica de *redução de danos*. (DUCLERC, 2016, p. 42-43, grifo nosso)

Apesar da dor, para tentar diminuí-la, a intenção do juiz deve amparar-se ao aspecto de ouvinte e, principalmente, garantista, com a devida proporcionalidade na decisão. Logo, existe um limite de atuação da autoridade judiciária a ser seguido e que está amparado na Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, não podendo omitir nem extrapolar. Todo o corpo jurisdicional deve-se adequar e se orientar conforme os atos normativos, pois adentrar no mérito transforma a audiência de custódia em instrução e julgamento. Assim, legitima-se a segurança jurídica e forma concretamente a identidade real da audiência de custódia.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou analisar, dentro do universo jurídico, os limites de atuação do magistrado na audiência de custódia. Verificou-se que há um processo histórico conflitivo sobre a audiência de custódia, assim como a dificuldade de aceitação quanto a sua força normativa. É certo que há cargas do sistema inquisitório, no entanto, isso pode ser solucionado a partir da adequação às normas internas, além dos tratados e convenções internacionais. Sendo assim, o sistema precisa estar amparado nessas normas democráticas e racionais no sentido de engessar as finalidades da audiência de apresentação do preso.

Conforme exposto, apesar do atraso brasileiro em se adequar aos tratados internacionais, o STF através da apreciação do ADPF nº347 determinou a observância dos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o 7.5. da Convenção Americana de Direitos Humanos. A partir disso, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº213 avançando na humanização ao ato da verificação da legalidade e pertinência da prisão.

No desenvolvimento do artigo, explorou-se compreender e delimitar a atuação do magistrado durante a realização da audiência de custódia ao filtrar os questionamentos e focar no que preconiza a Resolução 213 do CNJ. Ademais, a não observância desses limites podem trazer consequências irreversíveis para o autuado, como o prejuízo à defesa em um possível processo, além da antecipação da dor. Verifica-se isso através de uma confissão extraída na audiência, que mesmo com a possibilidade de retratação, não será levado em conta pelo órgão acusador que se baseará nesse quesito.

A discussão estendeu aos resultados obtidos da pesquisa empírica feita pelo Instituto Baiano de Direito Processual Penal em parceria com o Tribunal de Justiça da Bahia, que evidenciou claramente que não estão sendo cumpridas algumas das finalidades da audiência de custódia. A função do magistrado é decisiva e, principalmente humana, a qual necessita de muita cautela e fundamentação, pois está lidando com um sujeito, e não com um objeto.

Notou-se um caráter inquisitorial na análise das decisões da pesquisa empírica, que não pode ser considerado como geral, por mais

que seja complexo mudar a mentalidade dos juízes, é imprescindível que tenham todo o cuidado para não entrar no mérito, de fato, e, conseqüentemente, prejudicar a ampla defesa e o contraditório. Na extensão dos efeitos, o juiz e as partes precisam impulsionar o comprometimento com a identidade real da audiência de custódia, reduzindo os danos, e não em buscar acelerar o papel da dor.

O magistrado tem que se limitar a análise da legalidade da prisão, verificando se foram observados todos os direitos do preso, se houve de fato um estado de flagrante, indícios mínimos de autoria e materialidade e a pertinência da prisão. Registra-se que o ingresso no mérito se revelará extremamente pernicioso ao preso, salvo em casos muito específicos como a Lei de Tóxicos. E, mesmo nesses casos, exige-se cautela por parte do magistrado.

É evidente que o FONAJUC desconsidera a estrutura da audiência de custódia, pois não há possibilidade de realizar uma instrução em audiência de custódia. Dado que ofende a ampla defesa e ao juiz natural, já que, por exemplo, um Juiz da Vara de crimes contra a dignidade sexual não tem competência quanto aos delitos da Vara de Tóxicos. Diante desses entendimentos diversos, mostra-se necessário e urgente a capacitação de juízes à luz do que preconiza as normas. Assim como o posicionamento do Conselho Nacional de Justiça no sentido de fiscalizar e monitorar de forma mais incisiva o funcionamento das audiências de custódia de maneira adequada.

Cabe aqui ressaltar a importância da consciência que precisa corresponder a um processo penal democrático, e não aos anseios ditos sociais. Para que tenha esse segmento, faz-se necessário ter como base a Constituição democrática, a qual está à serviço do sistema acusatório. Registra-se que o real sentido da audiência de custódia somente irá se legitimar quando houver perfis compromissários em superar o sistema inquisitório. Esse é o desafio.

Apesar da problemática, a audiência de custódia trouxe um olhar mais racional e humano ao ato de análise da pertinência da prisão. Sabemos que estamos no início da construção do sentido real de audiência de custódia, e, por isso, cabe à autoridade entender o seu papel com o olhar mais crítico, observando os seus limites de atuação dentro do universo

jurídico. Do contrário, a implementação das audiências de custódia será apenas um instrumento afilativo e retrógrado antecipatório da ação penal.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca; ALFLEN, Pablo Rodrigo. **Audiência de custódia no processo penal brasileiro**. Porto Alegre Livraria do Advogado Editora, 2016.
- BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. **Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 21 de abril de 2019.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 20 de abril de 2019.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n 347**. Min. Marco Aurélio. p. 4. 09 de set de 15. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> >. Acesso em 02 março de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 509.030 – RJ (2019/0128782-2)**. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/HC509030%20Min.%20Nefi%20Cordeiro.pdf >. Acesso em 15 de maio de 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC Nº 485.355 – CE (2018/0340228-9). Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/medida-do/?componente=ITA&sequencial=1804660&num_registro=201803402289&data=20190326&formato=PDF>. Acesso em 20 de maio de 2019.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988. Brasília, 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 20 de abril de 2019.
- CNJ intima juízes que decretaram prisão sem fazer audiência de custódia**. In Revista Consultor Jurídico, fevereiro de 2019. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-fev-15/cnj-intima-juizes-decretaram-prisao-audiencia-custodia> >. Acesso em 21/04/2019.
- Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 05 set 2018.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 213**, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf > Acesso em 20 de abril de 2019.

CHRISTIE, Nils. Limites à dor: **O papel da Punição na Política Criminal**. 1.ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

DUCLERC, Elmir. **Introdução aos fundamentos do Direito Processual Penal**. 1. Ed. Florianópolis, SC: Empório do Direito, 2016.

ENUNCIADOS DO II ENCONTRO DO FÓRUM NACIONAL DE JUÍZES CRIMINAIS. Disponível em: < <https://fonajuc.com.br/2018/> > Acesso em 21 de abril de 2019.

Enunciado cancela enunciado; uma “jurisdição enunciativa”? Quo vadis?. In Revista Consultor Jurídico, setembro de 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-set-14/senso-incomum-enunciado-cancela-enunciado-jurisdiacao-enunciativa-quo-vadis> >. Acesso em 21/04/2019.

Os enunciados do Fonacrim, os falsos dilemas e o problema das prisões. In Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-24/senso-incomum-enunciados-fonacrim-falsos-dilemas-problema-prisoas>> Acesso em 21/04/2019.

GRUPO DE PESQUISA SOBRE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – CONVÊNIO DE COOPERAÇÃO TÉCNICO-CIENTÍFICO TJBA E IBADPP. **Relatório final de atividades**. Salvador, 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia e Processo Penal Brasileiro**. 2ª Edição. Editora Empório do Direito, 2016, Florianópolis.

PEREIRA, André Martins. **O lado B da audiência de custódia no Brasil: da proteção à violação dos direitos humanos**. Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI, 2017.

RIO DE JANEIRO, SEXTA CÂMARA CRIMINAL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Habeas Corpus 0065834-18.2018.8.19.0000**. Relator: Desembargador Fernando Antonio de Almeida. 26 de março de 2019. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/juiz-causa-nao-decretar-preventiva.pdf>>. Acesso em 20 de maio de 2019.

ROMÃO, Vinicius de Assis. **A violência estatal contra pessoas presas em flagrante e a observação de audiência de custódia em Salvador**. Revista Brasileira de Ciências Criminas. Vol. 128 (Fevereiro 2017).

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos**.4. ed. Florianópolis: Empório do Direito,2017.

CAPÍTULO XXI

Breve análise acerca da regressividade do Sistema Tributário Brasileiro como fator de violação ao princípio da capacidade contributiva

Felipe de Macedo

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O sistema tributário brasileiro; 3. A carga tributária brasileira: 3.1, A proeminente participação dos tributos indiretos na composição da carga tributária brasileira; 4. Distorções do sistema tributário brasileiro: 4.1. A predileção política por tributos indiretos em detrimento aos de caráter pessoal; 4.2. Consequência da oneração tributária sobre o consumo; 5. Considerações finais. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade contributiva. Tributos sobre o consumo. Sistema Tributário. Carga tributária. Regressividade.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe um exame da regressividade tributária no Brasil como fator de violação ao princípio constitucional da capacidade contributiva. Inicialmente, é feita uma breve contextualização acerca do Sistema Tributário Nacional, para em seguida distinguir o sistema tributário progressivo de um sistema tributário regressivo. A regressividade, por sua vez, é revelada como um fenômeno que retira proporcionalmente mais daqueles que detêm menor renda.

Observa-se, para tal intento, como a carga tributária brasileira está distribuída. Neste sentido, constatar-se-á sua concentração sobre a base de incidência de “bens e serviços”. Diante disto, é necessário se analisar o porquê da predileção política por esta matriz de tributação, bem como as consequências dessa pesada oneração sobre o consumo, chamando

atenção especial para a regressividade como fator de violação ao princípio constitucional da capacidade contributiva.

2. O SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

O Sistema Tributário Nacional, dentre as suas regras positivas e negativas de competência, compreende o conjunto de tributos necessários a manutenção da máquina estatal para a realização de suas atividades, no sentido de dar cumprimento aos objetivos constitucionalmente previstos. As receitas estatais têm nos tributos a sua principal fonte de captação de dinheiro.

No Brasil, as disposições acerca do Sistema Tributário ganharam nível constitucional com a Emenda nº 18, de 1965, por influência da legislação alemã, conforme leciona Ruy Barbosa Nogueira¹. Atualmente, o Sistema Tributário Nacional está grafado na Constituição da República de 1988, através do seu Título VI, Capítulo I.

O professor Paulo de Barros Carvalho² explica o Sistema Tributário como um subsistema que integra um sistema maior, qual seja, o Sistema Constitucional, razão pela qual o denomina de Subsistema Constitucional Tributário:

Pertencendo ao estrato mesmo da Constituição, da qual se destaca por mero expediente lógico de cunho didático, o subsistema constitucional tributário realiza as funções do todo, dispondo sobre os poderes capitais do Estado no campo da tributação, ao lado de medidas que asseguram as garantias imprescindíveis a liberdade das pessoas diante daqueles poderes. Empreende na trama normativa uma construção harmoniosa e conciliadora que visa a atingir o valor supremo da certeza pela segurança das relações jurídicas que se estabelecem entre Administração e administrados. E, ao fazê-lo, enuncia normas que são verdadeiros princípio tal o poder aglutinante de que são portadoras permeando, penetrando e influenciando um número inominável de outras regras que lhe são subordinadas.

-
1. NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 14ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995, p. 38
 2. CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007, p 149.

Aliomar Baleeiro³ nos apresenta requisitos mínimos que a doutrina assinala como desejáveis para se estabelecer uma organização racional dos sistemas tributários, dentre os quais reputamos relevância para a eliminação da regressividade:

- a) produtividade;
- b) elasticidade;
- c) compatibilidade com a estrutura econômica e incentivo do desenvolvimento;
- d) conformidade com as ideias morais do povo;
- e) simplicidade;
- f) **eliminação da regressividade;**
- g) supressão e solução das duplas e pluritributações.

Ainda com os ensinamentos do mestre Aliomar Baleeiro, em um Sistema Fiscal, tem-se que a justiça tributária é condicionada a noção de generalidade e uniformidade, de modo que todos devem contribuir, sem exceções, e de maneira uniforme. Entretanto, o insigne doutrinador faz o alerta de que:

[...] a uniformidade e a generalidade, em grupos sociais profundamente heterogêneos na sua composição interna, entendem-se para os indivíduos que estejam dentro do mesmo quadro de circunstâncias e condições, pois não há maior iniquidade do que tratar igualmente criaturas desiguais. Daí algumas isenções tributárias, no texto constitucional, mas opostas ao espírito de privilégio odioso dos tempos feudais e das monarquias absolutas, além de inúmeras em leis ordinárias. As regras de generalidade e de uniformidade são em resumo, as de igualdade.

O Sistema Tributário deve necessariamente se harmonizar com os postulados da Justiça Tributária, com o princípio da igualdade tributária e o princípio da capacidade contributiva. O tratamento fiscal dispensado aos cidadãos-contribuintes deve levar em consideração as suas condições pessoais de natureza econômica, evitando-se tratamento igual às pessoas economicamente desiguais.

3. BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 16ª ed., atualizado por Dejalma de Campos, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 234.

Entretanto, segundo o Relatório de Observação nº 2, dos Indicadores de Iniquidade do Sistema Tributário Nacional, elaborado pelo Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, da Secretária de Relações Institucionais da Presidência da República, em parceria com o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)⁴, um dos problemas que corroboram para que o Sistema Tributário Nacional seja desigual e injusto é a sua regressividade e a má distribuição da carga tributária.

Além da regressividade e da má distribuição da carga tributária, o Relatório aponta como outros problemas relacionados à desigualdade e a injustiça do Sistema Tributário Nacional: o baixo retorno social em relação à carga tributária; a estrutura tributária desincentiva as atividades produtivas e a geração de emprego; inadequação do pacto federativo em relação a suas competências tributárias, responsabilidade e territorialidades; e inexistência de cidadania tributária. Cabe ao presente trabalho, porém, uma análise mais detida acerca da regressividade.

2.1. Sistema Tributário Progressivo e Sistema Tributário Regressivo

Um sistema fiscal progressivo é o objetivo de um Sistema Tributário inserido num contexto de Estado Social de Direito, ou seja, um sistema no qual os tributos devam onerar com maior intensidade aquelas pessoas que demonstram maior aptidão para contribuir e, por outro lado, com menor força as pessoas que apresentam menor capacidade contributiva. Entretanto, não é o que se visualiza hodiernamente.

A política fiscal no Brasil é referência de péssima distribuição da carga tributária, tanto nos impostos diretos, quanto nos indiretos, mas sobretudo nestes. O tratamento fiscal nos impostos indiretos é desigual, uma vez que submete todos os contribuintes a um mesmo

4. BRASIL. Presidência da República. **Observatório da Equidade**. Indicadores de Equidade do Sistema Tributário Nacional. Brasília: Presidência da República, Observatório da Equidade, 2009.

tratamento. Vale destacar, assim, a respeito dos chamados impostos regressivos, os ensinamentos de Aliomar Baleeiro⁵:

[...] consideram-se Regressivos o Imposto sobre Produtos Industrializados e o Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias sobre artigos essenciais à vida, porque retiram do total das despesas das famílias modestas fração proporcionalmente maior que de pessoas mais abonadas. É velha a observação de que tanto menor é o salário tanto maior a parcela destinada à satisfação das necessidades fundamentais (Lei de Engels).

Neste sentido, podemos afirmar que são regressivos os impostos que oneram as pessoas mais pobres, pois retiram proporcionalmente mais das famílias com menor renda do que aquelas mais abastadas. Os impostos como o ICMS e o IPI, que são marcados pela repercussão econômica, tributam todos de maneira idêntica, ainda que sejam aplicadas técnicas como a seletividade. Não há distinção entre os contribuintes com diferentes capacidades econômicas, todos aqueles, independentemente, das características pessoais de cunho econômico, que adquiram um determinado produto, pagarão a mesma quantidade de tributo.

Os tributos indiretos tem por característica o fato de que o ônus tributário, inicialmente suportado pela pessoa que pratica o fato gerador da exação, repercute na cadeia econômica, de modo que aquele que recolhe o tributo (contribuinte de direito) repassa esses valores para o consumidor final (contribuinte de fato), quem, realmente, suporta toda a carga tributária incidente sobre a comercialização de bens e serviços.

Neste modelo de tributação não é possível avaliar a condição econômica de cada contribuinte, o que dificulta a aplicabilidade do princípio da Capacidade Contributiva. Neste passo, a respeito dos tributos incidentes sobre o consumo, Micaela Dominguez Dutra⁶, com base em Richard Posner, explica que estes:

-
5. BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7ª edição, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: editora Forense, 2001, p. 751.
 6. DUTRA, Micaela Dominguez. A **capacidade contributiva**: elo de ligação entre os direitos fundamentais e humanos e a tributação. 2008. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008, p. 87.

Tendem a ser regressivos porque oneram em maior proporção as pessoas menos providas de recursos financeiros. Entendemos ser este um efeito global da tributação sobre o consumo, que pode ser mitigado se a tributação sobre os bens essenciais for reduzida ou extirpada, por meio de isenções ou alíquota zero.

A regressividade do sistema se torna patente quando se verifica a tributação de bens e serviços considerados essenciais. Os produtos considerados essenciais devem ter alíquotas menores ou até mesmo serem isentos de tributos como o ICMS e o IPI. Conforme leciona Baleeiro⁷, a tributação sobre o consumo de itens de primeira necessidade implica em regressividade, visto que as pessoas mais pobres direcionam seus gastos a aquisição do estritamente indispensável:

Igualmente, impostos proporcionais, quando incidem sobre o consumo geral – gêneros de primeira necessidade e coisas que não são de luxo –, operam regressivamente, porque a maior parte da população, em todos os países, é composta de proletários e classes submédias, que aplicam a quase totalidade de seus rendimentos na aquisição do estritamente indispensável. Uma tributação sobre alimentos, roupas de uso comum, aluguéis de casa, objetos de uso doméstico, remédios, artigos de higiene e coisas imprescindíveis à vida tem como efeito retirar das classes menos remuneradas fração maior do que a exigida das classes abastadas, que despendem naqueles bens apenas uma parte reduzida de seus proventos. Christian L. E. Engel, há cerca de um século, já provava estatisticamente que quanto menor for a renda de uma família tanto maior será a proporção gasta com alimentos.

Ademais, até mesmo produtos que não são considerados tão essenciais, mas que são úteis, verifica-se uma incidência de alíquotas elevadas, o que muitas vezes impede o acesso a esses produtos por pessoas de menor poder aquisitivo. O tributo, nestas situações, acaba atuando como verdadeiro obstáculo à aquisição não apenas de produtos essenciais, mas também daqueles considerados úteis.

A regressividade, por si só, é característica inerente aos impostos indiretos, como ocorre com aqueles incidentes sobre o consumo, retirando proporcionalmente maior fração de dinheiro daqueles com menor renda. Cabe ao legislador criar mecanismos de defesa voltados

7. BALEEIRO, 2002, p. 224.

às pessoas com menor capacidade econômica para contribuir, uma vez que, vale lembrar, a “eliminação da regressividade” está inserida entre os requisitos desejáveis para um sistema tributário organizado, conforme apontado por Baleeiro.

Em países com menor desigualdade de renda a distribuição da carga tributária tende a ser mais uniforme, visto que a renda populacional é mais equitativa, de maneira que nestes países todos contribuem de forma equitativa, e são atingidos pelos tributos de forma semelhante. Em países de elevada desigualdade econômica, como é o caso do Brasil, a tributação, tanto em termos numéricos, quanto em termos proporcionais, deve atingir a população de modo distinto. Aqui a igualdade material é concretizada, aplicando-se os fatores de diferenciação constitucionalmente admitidos, considerando-se as diferenças sociais e econômicas existentes.

Em que pese a progressividade seja vista como uma técnica de tributação, interessante destacar a noção de que a progressividade seja tratada como uma característica a ser adotada pelo sistema tributário como um todo e não apenas por cada tributo isoladamente. Neste sentido é o entendimento da doutrina, consoante explicita Regina Helena Costa⁸:

Acréscia-se ser conclusão pacífica da doutrina especializada a afirmação segundo a qual a progressividade tributária deve reportar-se ao sistema tributário como um todo, e não a um tributo em particular. Assim, pode-se ter tributos em estrutura progressiva convivendo com tributos com natureza apenas proporcional. Mas a aplicação conjunta dos mesmos resultará numa tributação progressiva.

Ainda a respeito da progressividade como característica necessária da estrutura tributária como um todo e da maneira de ser deste sistema, destacamos:

El principio de progresividad y la no confiscación [...] se convierten en los criterios inspiradores del conjunto del sistema tributario [...] de ahí que el TC haya tenido que matizar, en diversas ocasiones, que no puede exigirse la progresividad de cada una de las figuras tributarias individualmente. [...] La progresividad del sistema tributario es una manera de ser de ese sistema. Que se tiene que anticuar técnicamente – mediante tipos de gravamen progresivos, exenciones, beneficios

8. COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 83.

fiscales, etc. –, de forma que puede responder a la consecución de unos fines que no son estrictamente recaudatorios para permitir la consecución de unos fines distintos, como pueden ser la distribución de la renta[...].⁹

Neste contexto, diferentemente dos impostos regressivos, os impostos progressivos coadunam-se com os objetivos traçados constitucionalmente, como a erradicação da pobreza e da desigualdade social e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Portanto, a necessidade de implementação de um sistema tributário progressivo reflete na construção de uma sociedade mais justa e livre da pobreza, pois o tributo servirá como instrumento para distribuição de renda. A respeito dos impostos progressivos, Baleeiro¹⁰ já alertava:

Hoje os impostos progressivos são universais. Parece que não existe nenhum país, em grau apreciável de civilização, que não os empregue. Essa utilização, além disso, tende a estender-se cada vez mais, a maior número de impostos. Nos Estados Unidos, o imposto de renda, ao fim de 1950, atingiu em escala progressiva a 91%. Na França e noutras nações, a 100%.

Entendemos que o tributo pode servir como verdadeiro instrumento de modificação da realidade social brasileira. Em verdade, repisamos que a finalidade deve ser, necessariamente, cobrar mais daqueles que apresentam maior poder econômico, uma vez que, notadamente, nosso contexto é caracterizado por extrema desigualdade econômica e social entre os cidadãos. Entendemos, assim, que o Direito Tributário através de seus princípios fundamentais na limitação ao poder de tributar deve ser utilizado como instrumento de Justiça Social, possibilitando que a República concretize seus objetivos fundamentais.

Neste sentido, vale destacar, mais uma vez, relevante ensinamento de Aliomar Baleeiro¹¹ a respeito da importância da tributação por impostos pessoais e progressivos:

9. MARTÍN QUERALT, Juan; *et al.* **Curso de Derecho Financiero y Tributario**. 18ª edición. Madrid: Tecnos, 2007, p. 122. *Apud* PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência**. 14ª ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2012, p. 96.

10. BALEEIRO, 2001, p. 753.

11. BALEEIRO, 2001, p. 699.

Arma política de eficiência comprovada, o imposto pessoal e progressivo poderá ser o instrumento surdo e adequado a uma revolução social, sem “sangue, suor ou lágrimas”, mas tão radical quanto as de caráter catastróficos que têm congestionado cemitérios, cárceres e orfanatos, apavorando as sociedades ameaçadas pela sua propagação insinuante e insidiosa.

Mas a graduação dos impostos, como regra geral, limitada apenas pelas possibilidades práticas, para aplicação ao maior número possível de contribuintes, atentas às condições personalíssimas de cada um destes, representa a conjugação de dois ásperos problemas de técnica fiscal, já que os tributos ensejam maior ou menor tolerância à progressividade e à personalização. Tanto mais perfectibilidade seja impressa ao sistema tributário, quanto mais perícia se exigirá do pessoal burocrático encarregado de operá-lo.

Portanto, a regressividade do Sistema Tributário brasileiro é consequência da opção de política fiscal adotada pelo Brasil, na qual há, como será demonstrado, uma concentração da carga tributária na tributação sobre o consumo de bens e serviços. Uma análise da sua distribuição permite compreender o caráter regressivo do nosso Sistema.

3. A CARGA TRIBUTÁRIA BRASILEIRA

O Sistema Tributário tem ao seu alcance diversas bases tributáveis, como a renda, a propriedade e o consumo. São os denominados fatos signos presuntivos de riqueza, que devem ser utilizados pelo legislador, mas, com a devida equidade na distribuição da carga tributária, levando em consideração os efeitos inerentes a cada espécie de tributo.

No que tange às políticas fiscais, não se tem observado a existência de uma real preocupação por parte dos Entes Políticos de como a carga tributária está distribuída na sociedade. Verifica-se, em verdade, uma sobreposição da voracidade arrecadatória do Estado em detrimento de uma tributação mais justa. Nos últimos tempos, o histórico da arrecadação nacional tem demonstrado que os tributos sobre bens e serviços detêm a maior participação em comparação com as demais bases de incidência, como será visto adiante.

Da análise dos dados apresentados pela Secretaria da Receita Federal, através de Estudo¹² elaborado pelo Centro de Estudos Tributários e Aduaneiros, publicado em setembro de 2016, a respeito da Carga Tributária no Brasil, no ano de 2015, é possível aferir que a Carga Tributária Bruta (CTB) representou 32,66% do Produto Interno Bruto (PIB), o que significa um crescimento de 0,24% em relação a carga tributária de 2014, que correspondeu a 32,42% do PIB.

Carga tributária consiste na relação percentual obtida pela divisão do total geral da arrecadação de tributos do país em todas as suas esferas (Federal, Estadual e Municipal), no período de um ano, pelo valor do PIB, ou seja, toda riqueza gerada durante o mesmo período de mensuração do valor dos tributos arrecadados. Assim, sendo que a arrecadação tributária bruta em 2015 foi acima de 1,92 trilhões de reais e o PIB registrado no mesmo ano foi acima de 5,90 trilhões de reais, chegou-se ao resultado da CTB de 2015.

De acordo com o Estudo¹³, o aumento da carga tributária, do ponto de vista das competências tributárias federativas, foi concentrada na União, responsável pelo incremento de 0,12 pontos percentuais. Neste sentido, a distribuição da carga tributária, por Ente Federativo, compreende 22,29% (União), 8,28% (Estados) e 2,08% (Municípios).

No que diz respeito a arrecadação dos Estados, esta correspondeu a 25,37% da arrecadação nacional. A arrecadação dos Estados é embalada pela tributação do ICMS, tributo cuja a soma da arrecadação de todos os Estados da Federação corresponde a relevante parte da carga tributária no Brasil, representando 6,72% do PIB e 20,56% da arrecadação total¹⁴.

Em relação às bases de incidência, da arrecadação total de 2015, verifica-se que Tributos sobre Bens e Serviços compreendem 49,68% da arrecadação, ou seja, metade da arrecadação é proveniente deste tipo de base de incidência. Tributos sobre a Renda e sobre a Folha de Salários compreendem, respectivamente, 18,27% e 25,83% da arrecadação

12. SRF. Secretaria Da Receita Federal. **Carga tributaria no Brasil - 2015** (análise por tributo e bases de incidência). Brasília: SRF, setembro de 2016, p. 01.

13. *Ibidem*, p. 04.

14. *Ibidem*, p. 23.

total¹⁵. Observa-se, assim, uma proeminente participação dos tributos sobre o consumo de bens e serviços na totalidade da arrecadação tributária nacional. Evidentemente, tal situação não favorece a eliminação da regressividade fiscal, pelo contrário, a intensifica.

Vale ressaltar que, segundo o Estudo¹⁶, em 2015, os tributos sobre bens e serviços (ICMS, IPI, PIS e Cofins) acompanharam o desempenho da economia, apresentando declínio em termos reais. No que se refere ao ICMS, por exemplo, a redução do montante arrecadado está relacionada ao fraco desempenho da economia, uma vez que o consumo das famílias foi afetado negativamente pelos indicadores de inflação, juros, crédito, emprego e renda, em 2015¹⁷.

No que diz respeito a carga tributária, o Estudo¹⁸ da Secretaria da Receita Federal realiza uma comparação da carga tributária nacional com a de alguns países da OCDE, utilizando por base o ano de 2014. Na demonstração, verifica-se que a carga tributária do Brasil (32,42%) ocupa a 20ª posição entre 30 países. Na primeira posição está a Dinamarca (50,9%) e na última o Chile (19,8%). A carga tributária no Brasil ainda é mais elevada do que em países como Nova Zelândia (32,4%), Israel (31,0%), Canadá (30,8%), Suíça (26,6), Estados Unidos (26,0%), Coreia do Sul (24,6%) e entre outros, como pode se depreender do gráfico no ANEXO A.

Segundo a Secretaria da Receita Federal¹⁹, na América Latina, a carga tributária no Brasil (ano de 2014) foi a maior do continente, superando países como Argentina (32,2%), Uruguai (27,0%), Bolívia (28,7%), Equador (20,2%), Colômbia (20,3%), Peru (18,8%), Venezuela (18,2%) e Paraguai (17,1%), conforme gráfico no ANEXO B.

Notório, portanto, que o Brasil detém uma das maiores cargas tributárias do mundo, de modo que o peso dos tributos constitui verdadeiro entrave para o desenvolvimento econômico e social do país. E quando

15. *Ibidem*, p. 08.

16. SRF, 2016, pp. 01-02.

17. *Ibidem*, p. 07.

18. *Ibidem*, p. 09.

19. *Ibidem*, p. 13.

se verifica que a maior parte desta carga tributária é composta por tributos indiretos, dificulta-se sobremaneira a tentativa de redução das desigualdades sociais e de uma melhor distribuição de renda.

Neste contexto, quando observamos o elevado volume da arrecadação tributária comparado a um baixo retorno social, com investimentos ineficientes em educação, saúde, segurança pública, habitação e saneamento, constatamos como há uma má gestão do dinheiro público, o que, em muitas situações, incentiva uma cultura de sonegação fiscal – o que evidentemente não é aceitável como justificativa.

3.1. A proeminente participação dos tributos indiretos na composição da carga tributária brasileira

Ato contínuo, necessária uma breve análise do que representa os tributos indiretos na composição da carga tributária brasileira. Como mencionado no tópico retro, existe uma relevante participação da tributação sobre o consumo de bens e serviços na arrecadação tributária nacional, compreendendo cerca de 49,68% da arrecadação tributária total e 16,22% do PIB²⁰.

Neste sentido, quando se compara a tributação por base de incidência, observa-se que a carga tributária sobre a “**Renda, Lucro e Ganho de capital**” no Brasil, em comparação com países da OCDE (ano de 2014) corresponde a 5,85%, o que leva o país a ocupar a penúltima posição na tributação deste tipo de base tributária, ou seja, tributa-se menos a “renda” do que a maioria dos países da OCDE. Ao revés disso, a carga tributária sobre “**Bens e Serviços**” no Brasil, em comparação com países da OCDE (ano de 2014) corresponde a 16,28%, colocando o país na segunda posição na tributação dessa base tributária²¹, o que se constata nos gráficos dos anexos C e D.

Neste contexto, analisando a evolução da arrecadação tributária por base de incidência, no período de 2011 e 2015²², é possível observar uma

20. SRF, 2016, p. 08.

21. *Ibidem*, pp. 09-11.

22. *Ibidem*, p. 36.

manutenção na composição da arrecadação quando a base de incidência é “Bens e serviços”: 16,47%, 16,29%, 16,47%, 16,28%, 16,22%, bem como quando a base de incidência é a “Renda”: 6,37%; 5,86%; 5,93%; 5,85%; 5,97%, esta pequena variação anual demonstra a pouca disposição para mudanças na política fiscal do Brasil.

A priorização da tributação sobre consumo dificulta a identificação de cada contribuinte, assim, as incidências sobre a produção, importação e comercialização de bens e serviços, cobrados de forma indireta, tendem a onerar mais intensamente as camadas da população de menor renda.

4. DISTORÇÕES DO SISTEMA TRIBUTÁRIO BRASILEIRO

Como visto, os tributos indiretos predominam na composição da carga tributária nacional, caracterizando a regressividade do nosso Sistema e afetando de forma acentuada a renda da maior parte da população, sobretudo dos mais pobres.

A nosso ver, as distorções do Sistema tributário residem justamente no que revelam os dados demonstrados no tópico anterior. A carga tributária é composta por quase 50% de tributos sobre o consumo, nos quais a identificação do contribuinte de fato é algo muito difícil, tornando-se verdadeiro obstáculo para a graduação dos impostos de acordo com a sua capacidade econômica. Portanto, a maior parte da carga tributária é composta por tributos que são cobrados indistintamente dos consumidores.

Ademais disso, verifica-se uma baixa incidência da tributação direta sobre a renda, sobre o ganho de capital e sobre as grandes fortunas, que consistem nas bases de incidência com melhor possibilidade de aplicação da pessoalidade e, por conseguinte, da técnica da progressividade. No Brasil, porém, a própria progressividade não é utilizada de forma adequada, no IRPF, por exemplo, verifica-se a existência de tão somente quatro faixas de alíquotas (7,5%; 15%; 22,5%; e 27,5%), bem como reduzidos valores de base de cálculo como critério para a progressividade.

Da análise dos dados apresentados no tópico anterior, é possível identificar, em comparação com a Dinamarca, país que apresenta a maior carga tributária entre os países da OCDE, que, diferentemente do Brasil,

a renda, o lucro e o ganho de capital constituem as principais bases de incidências que compõem a carga tributária daquele País.

A política fiscal nacional é injusta porque privilegia uma forma de tributação que atinge todos indistintamente em detrimento do princípio da capacidade contributiva. Não obstante a isso, poucos mecanismos de atenuação da tributação indireta são empregados pelos Entes Políticos. A professora Misabel Derzi²³, em nota de atualização da obra de Aliomar Baleeiro, explica bem a situação que permeia o nosso sistema tributário e o que o torna injusto e desigual:

Ao contrário do que se propala, o sistema tributário brasileiro continua muito objetivo e pouco progressivo, sem grandes alterações mesmo após a Constituição de 1988. A propaganda dos mais ricos tem difundido a ideia de que alíquotas mais elevadas são danosas e excessivas, quando elas somente existem para possibilitar que os economicamente menos favorecidos (a grande massa dos brasileiros) tenham sua situação juridicamente contemplada. Na medida em que o legislador se mostra sensível aos encargos que pesam de maneira mais forte sobre os mais pobres, permitindo-lhes a dedução, tem de recompensar a perda de ingressos, com uma progressividade mais acentuada. Para a elite economicamente bem dotada interessa antes um critério meramente objetivo de apreensão da capacidade contributiva, preso a um sistema proporcional, ou de progressividade muito suave. Somente assim essa mesma elite pagará menos tributo, embora a grande maioria suporte desproporcionalmente os encargos tributários.

4.1. A predileção política por tributos indiretos em detrimento aos de caráter pessoal

A opção política pela tributação sobre o consumo encontra respaldo nos altos índices de arrecadação que a base de incidência de bens e serviços representa, bem como no efeito psicológico-tributário, termo empregado por Sacha Calmon Navarro Coelho²⁴, inerente aos impostos

23. BALEEIRO, 2001, pp. 750-751.

24. COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 490.

como ICMS e IPI, tornando-se pouco perceptíveis aos olhos dos consumidores-leigos e não-empresários.

Chega-se a falar em ofuscamento fiscal²⁵ em relação aos impostos que tendem a ser ignorados ou subestimados pelos contribuintes, uma vez que o contribuinte não tem a real dimensão de quanto a sua renda individual ou familiar é consumida por estes tributos indiretos. Esta situação é mais perceptível em países menos desenvolvidos, como é o caso do Brasil. A respeito do tema, vale destacar as conclusões expostas por Laura Romano Campedelli e Gisele Barra Bossa²⁶ no âmbito de pesquisas desenvolvidas no Núcleo de Estudos Fiscais da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (Justiça Distributiva – o efeito perverso da regressividade no sistema tributário brasileiro):

O contribuinte dificilmente consegue perceber o quanto de sua renda individual ou familiar é consumida por tributos como ICMS ou IPI. Nos países menos desenvolvidos há a tendência de se tributar mais o consumo e menos a renda como forma de se ocultar a arrecadação.

Em contrapartida, nas democracias mais desenvolvidas os contribuintes pagam, consciente e voluntariamente, pois sabem que o dinheiro arrecadado será revertido em prol da coletividade, o que viabiliza uma tributação maior sobre a renda.

No mais, a instituição de política fiscal para baixar o limite de isenção na tributação da renda auferida seria muito mais visível ao cidadão se comparada com a tributação sobre o consumo e isso poderia repercutir de forma negativa em uma sociedade sem consciência fiscal.

Sacha Calmon²⁷ explica que os tributos como o ICMS não oneram a força econômica do empresário que compra e vende ou industrializa as mercadorias, mas sim a força econômica do consumidor que as adquirem. Vincular o imposto indireto ao empresário foi o artifício que o legislador

25. A respeito do tema conferir: **Fiscal Illusion and Fiscal Obfuscation: an Empirical Study of Tax Perception in Sweden.** Sanandaji, Tino; Wallace, Björn. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1619268>>. Acesso em: 25 de set. 2016.

26. CAMPEDELLI, Laura Romano; BOSSA, Gisele Barra. O efeito perverso da regressividade no sistema tributário brasileiro. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 6 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-06/efeito-perverso-regressividade-sistema-tributario-brasileiro>>. Acesso em: 21 de set. 2016.

27. COELHO, *op. cit.*, p. 490.

reputou como meio de tornar estes tributos pouco perceptível pela grande massa de consumidores. Em verdade, não há dúvida a respeito de que estes tributos retiram riqueza do consumidor – contribuinte de fato – em razão da repercussão tributária.

Valcir Gassen²⁸ elenca aspectos que favorecem a Administração na instituição de tributos sobre o consumo, tratam-se de aspectos que a beneficiam, uma vez que diz respeito ao aumento da arrecadação e inclusão do tributo no preço do produto, o que ao mesmo tempo facilita a cobrança e torna a exação oculta aos olhos dos consumidores:

Valcir Gassen elenca aspectos que favorecem a Administração na instituição de tributos sobre o consumo, tratam-se de aspectos que a beneficiam, uma vez que diz respeito ao aumento da arrecadação e inclusão do tributo no preço do produto, o que ao mesmo tempo facilita a cobrança e torna a exação oculta aos olhos dos consumidores:

A finalidade fiscal nos tributos especiais sobre o consumo é facilmente alcançada pelo fato de que, nestes, os bens objetos da tributação são sempre bens de amplo consumo, adquiridos por parcela considerável da população; não são, em termos relativos, de consumo essencial e, por fim, constata-se que não há diminuição de consumo frente à imposição tributária.

Outro aspecto positivo para a Administração Tributária é a facilidade na cobrança dos tributos sobre o consumo, uma vez que o valor da exação já está embutido no preço da mercadoria ou serviço.

A forma de cobrança, inclusão no preço, tem ainda a vantagem de dificultar a evasão tributária, diante da impossibilidade de as pessoas se furtarem à realização do fato gerador.

Outro ponto bastante assinalado na doutrina é o efeito anestesiante que os tributos sobre o consumo propiciam, pois a sistemática de cobrança e, muitas vezes, de cálculo, impedem que a população saiba efetivamente quem paga o tributo e quanto está sendo pago a este título. Para a Administração, infelizmente, isso é visto como um ponto positivo, o que pode representar uma perspectiva que não contribui com a construção de um Estado Democrático de Direito.

28. SILVA, Rafael Santos de Barros e; GASSEN, Valcir. Quem pode menos paga mais: tributação sobre o consumo no Brasil e democracia. In **Revista Brasileira de Direito**, IMED, Vol. 7, nº 2, jul.-dez. 2011, p. 190.

Este efeito anestesiante relacionado aos tributos sobre consumo, é consequência da inexistência de “consciência fiscal”²⁹⁻³⁰ dos cidadãos-contribuintes. Assim, sendo os tributos indiretos que oneram o consumo, ocultos nos preços dos bens e serviços, o contribuinte de fato não tem conhecimento do quanto é lhe cobrado em tributos e, muitas vezes, nem mesmo quais incidem³¹. Diferentemente, os impostos pessoais, conforme leciona Baleeiro³², permitem que cada cidadão tenha consciência da parte que lhe toca no custeio da máquina pública, consistindo em uma das virtudes deste tipo de tributação.

A opção da política fiscal pela tributação indireta sobre o consumo consiste em uma escolha pela tributação impessoal e, portanto, com dificultosa aplicação do critério de graduação dos impostos de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. Por esta razão, entendemos a necessidade de uma efetiva reforma tributária, notadamente, no que diz respeito a tributação que tem por base de incidência o consumo de bens e serviços.

Vale a observação de que não se está defendendo o abandono dos tributos que oneram o consumo – pelo contrário, uma vez que são importantes instrumentos de arrecadação e de políticas extrafiscais – mas sim uma otimização em relação a todos os tributos, como melhor distribuição da carga tributária. Não se pode deixar de reconhecer que o consumo consiste em uma presunção de riqueza idônea para a tributação, no entanto, o que se visualiza atualmente é que os Entes Políticos se aproveitam das características desses tributos para concentrar a tributação nesta base de incidência em detrimento das demais, o que, como alerta Valcir Gassen e Rafael Silva³³, “faz com que, no cômputo geral, a tributação nacional seja, como um todo, regressiva”.

29. BALEEIRO, 2001, p. 746.

30. *Idem*, 2002, p. 196.

31. Esta realidade poderá começar a ser modificada com o efetivo cumprimento da Lei 12.471/2012, que dispõe sobre as medidas de esclarecimento ao consumidor a respeito dos tributos que influem no preço das mercadorias e serviços.

32. BALEEIRO, 2001, p. 746.

33. SILVA, Rafael Santos de Barros e; GASSEN, Valcir. **Quem pode menos paga mais: Tributação Sobre o Consumo no Brasil e Democracia**. In Revista Brasileira de Direito, IMED, Vol. 7, nº 2, jul.-dez. 2011, p. 193.

4.2. Consequência da oneração tributária sobre o consumo

Os impostos que oneram o consumo não levam em consideração as condições personalíssimas do contribuinte, mas, somente as condições materiais do fato descrito. Nestes tributos, as circunstâncias econômicas peculiares a cada contribuinte são desprezadas, ficando prejudicada a capacidade contributiva. A respeito dos impostos sobre o consumo vale destacar excerto da obra do economista Thomas Piketty³⁴:

Os impostos sobre o consumo compreendem, hoje em dia, a taxação sobre o valor agregado e as diversas taxas sobre a importação, as bebidas, os combustíveis, o tabaco, ou um bem ou serviço em particular. Esses impostos existem desde sempre e são muitas vezes os mais detestados e os mais onerosos para as classes populares, (...). Com frequência dizemos que eles são “indiretos”, no sentido de que não dependem diretamente da renda ou do capital do contribuinte individual: são pagos de forma indireta, por intermédio do preço de venda, quando fazemos compras. Em teoria, podemos de fato imaginar um imposto direto sobre o consumo, que dependerá do montante consumido por cada um, mas isso nunca ocorreu.

Vale repisar que, os tributos incidentes sobre a produção e circulação de mercadorias têm seu ônus financeiro repassado para o consumidor, apresentando como “presunção de riqueza” o consumo de bens e serviços colocados a disposição das pessoas no mercado consumerista.

Assim, em que pese a tributação sobre o consumo mostra-se como eficiente instrumento de arrecadação, uma vez que o consumo de bens e serviços é hábito amplo e indissociável das sociedades modernas, verdadeira mola propulsora na economia dos países de economia de mercado, a regressividade desponta como efeito negativo.

Os bens que são gravados por tributos sobre o consumo, como o ICMS, são consumidos por larga parcela da população, sobretudo pelos mais pobres, que compreendem a grande maioria, o que revela grande obstáculo na busca pela equidade na tributação, como forma de concretização da Justiça Fiscal. A respeito da iniquidade do sistema tributário,

34. PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Tradução Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca. 2014, p. 613.

vale o destaque de trecho do Comunicado número 22 do IPEA (Receita pública: Quem paga e como se gasta no Brasil)³⁵:

[...] sabe-se que a carga tributária não onera equanimente o conjunto dos brasileiros, não implicando, portanto, mesmo esforço na contribuição de financiar o funcionamento do Estado e das políticas públicas. No Brasil, a distribuição do ônus tributário se dá de modo heterogêneo, com alguns setores da população sendo mais afetados que outros.

Isso porque se sabe que o princípio importante em qualquer sistema tributário é o da Equidade ou da Capacidade Contributiva, por permitir que o estabelecimento da contribuição dos cidadãos para o financiamento do Estado deve ser compatível com a sua capacidade econômica. Ou seja, não se deveria impor aos cidadãos de menor capacidade econômica – normalmente entendidos como aqueles de menor renda e menor patrimônio – o mesmo esforço tributário exigido dos cidadãos de maior capacidade econômica. Nesse sentido, o sistema tributário deve buscar a progressividade – tributar mais os ricos do que os pobres.

Neste sentido, a injustiça fiscal apontada se consubstancia através da regressividade, o que se deve em grande parte pela opção de focar na tributação sobre o consumo, formato que penaliza os mais pobres. Assim, por via de consequência, tem-se que há, proporcionalmente, maior retirada de tributos daqueles com menor renda familiar, ao passo que, a “balança” do Sistema Tributário Brasileiro não consegue concretizar a equidade tributária e a capacidade contributiva, pilares fundamentais para a Justiça Fiscal, neste contexto Baleeiro³⁶ relata que:

Num mundo de iniquidade de toda ordem, umas oriundas de condições personalíssimas do indivíduo, outras da estrutura econômica, jurídica e social, o anseio de igualdade e justiça que, desde séculos, acompanha os tributos, só se poderá tornar mais próximo do alvo se o legislador instituir um sistema de contrapesos aos desequilíbrios mais manifestos. Tratar desigualmente os desiguais constitui a fórmula mais intuitiva da realização da Justiça possível, já que, sobretudo em matéria fiscal, ela é inacessível em forma absoluta e completa.

35. IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Receita Pública. **Quem paga e como se gasta no Brasil**. Comunicado da Presidência nº 22. Brasília: IPEA, 30 de junho de 2009, p. 03.

36. BALEEIRO, 2001, p. 746.

No Brasil, quem auferir maior renda, suporta menor carga tributária em razão da possibilidade de poupar mais e gastar proporcionalmente menos. Portanto, a tributação sobre o consumo em determinados aspectos pode agravar a desigualdade social na medida em que todas as pessoas pagam impostos calculados com as mesmas alíquotas, de modo que, conseqüentemente, as famílias mais pobres entregam uma porção maior da sua renda ao Estado em comparação às famílias mais ricas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do que foi abordado, percebe-se que a regressividade é fenômeno que contraria as determinações constitucionais que a República Federativa do Brasil está obrigada a cumprir, consistindo em verdadeiro obstáculo para a concretização da Justiça e para o fim das desigualdades sociais.

Tributos indiretos sobre o consumo são regressivos, pois o peso dos tributos nesta forma de tributação é proporcionalmente maior para os mais pobres do que para a parcela mais rica da população. A excessiva carga tributária relativa aos tributos regressivos em um sistema tributário o torna igualmente regressivo e, portanto, injusto. Retirar dinheiro daqueles que mais precisam de assistência, não se coaduna com as prestações positivas esperadas de um Estado Democrático de Direito.

Neste contexto, nenhum tipo de injustiça pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito que tem entre seus postulados e princípios a justiça e a igualdade. Para se construir uma sociedade justa e livre da pobreza e das desigualdades, é necessário se iniciar por um sistema tributário verdadeiramente justo – não falaciosamente justo, como é o caso do Brasil. Destarte, o que se constata, na realidade brasileira, é que o Sistema Tributário é marcado pela injustiça fiscal, de maneira que as violações constitucionais são manifestas. Tanto o princípio da Capacidade Contributiva quanto o da Igualdade são vergastados pelo fenômeno da regressividade.

A capacidade contributiva, como cediço, requer uma análise da pessoalidade do contribuinte, a fim de que a exação incida respeitando a possibilidade econômica de cada contribuinte. Entretanto, na tributação

sobre o consumo, num mesmo produto ou serviço, todos serão tributados de maneira idêntica, não havendo distinção entre os contribuintes com diferentes capacidades econômicas.

No que diz respeito ao princípio da igualdade tributária, nota-se que todos os contribuintes são colocados em um mesmo nível de tratamento fiscal, não havendo aplicação de fatores de diferenciação que permitam um tratamento materialmente isonômico. A riqueza de cada contribuinte consiste no *fator discrimén*, ou seja, no traço de diferenciação. Entre o fator de discriminação (riqueza) e consequência da diferenciação estabelecida em função dela (aplicação de maior carga tributária) extrai-se a seguinte sequência lógica: maior riqueza, suporta-se maior carga tributária.

Portanto, a tributação regressiva viola a igualdade por tratar igualmente pessoas economicamente distintas e viola a capacidade contributiva por não levar em consideração a capacidade econômica do contribuinte.

Observou-se, ainda, que a discriminação legalmente permitida coaduna-se com os interesses protegidos constitucionalmente: a distribuição da riqueza e a justiça social, razão pela qual a graduação tributária conforme a capacidade econômica do contribuinte é legítima e atende ao princípio da isonomia tributária. No entanto, ao contrário disso, nosso Sistema Tributário, ao optar por uma matriz tributária sobre o consumo, contribui para a concentração de renda.

Vale destacar que os fundamentos e objetivos eleitos pela Constituição Federal – cidadania; dignidade da pessoa humana; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; entre outros – podem ser alcançados e concretizados através da implementação da igualdade material e da capacidade contributiva.

Nota-se, por fim, que a inconstitucionalidade vai além da violação à capacidade contributiva e à igualdade tributária. Neste contexto, se o Estado institui uma tributação regressiva, temos que o Direito Tributário não está sendo utilizado como um instrumento de Justiça Social, tão almejada por nossa Carta Política. Desta forma, tem-se que esta omissão estatal consiste em grave violação à Constituição da República.

REFERÊNCIAS

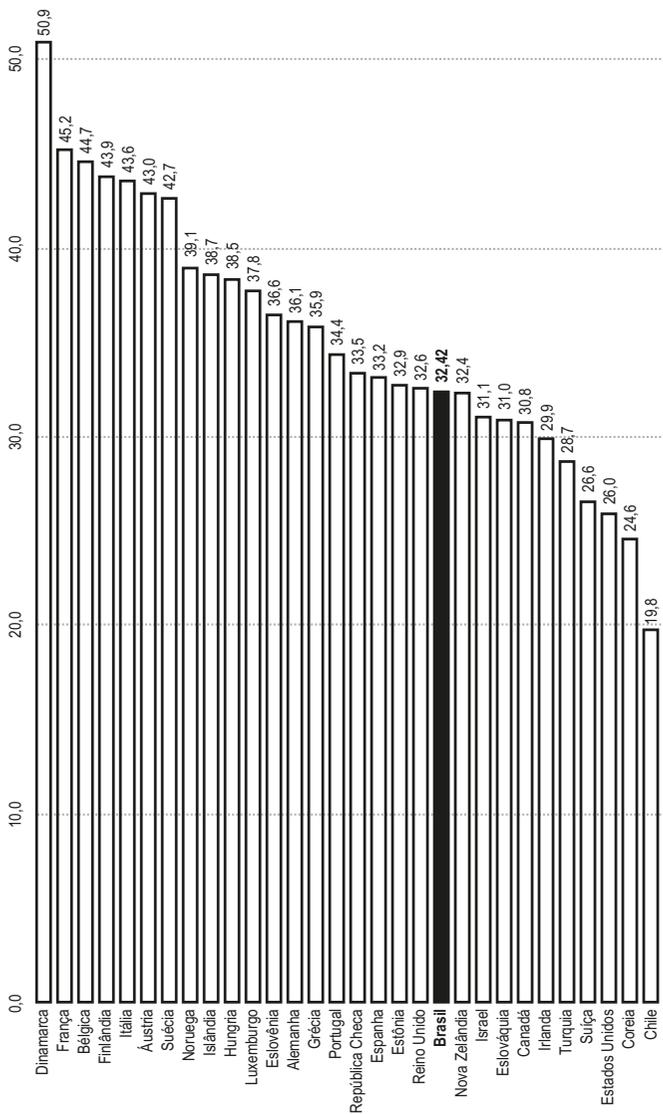
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar**. 7ª edição, atualizado por Misabel Abreu Machado Derzi, Rio de Janeiro: editora Forense, 2001.
- _____. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 16ª ed., atualizado por Dejalma de Campos, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- BRASIL. **Presidência da República**. Observatório da Equidade. Indicadores de Equidade do Sistema Tributário Nacional. Brasília: Presidência da República, **Observatório da Equidade**, 2009.
- CAMPEDELLI, Laura Romano; BOSSA, Gisele Barra. **O efeito perverso da regressividade no sistema tributário brasileiro**. Revista Consultor Jurídico. São Paulo, 6 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-06/efeito-perverso-regressividade-sistema-tributario-brasileiro>>. Acesso em: 21 de set. 2016.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18ª edição, São Paulo: Saraiva, 2007.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 6ª edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.
- COSTA, Regina Helena. **Princípio da Capacidade Contributiva**. 4ª edição, São Paulo: Malheiros, 2012.
- DUTRA, Micaela Dominguez. **A capacidade contributiva: elo de ligação entre os direitos fundamentais e humanos e a tributação**. 2008. 214f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2008.
- IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Receita Pública**. Quem paga e como se gasta no Brasil. Comunicado da Presidência nº 22. Brasília: IPEA, 30 de junho de 2009.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de Direito Tributário**. 14ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1995.
- PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência**. 14ª ed. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2012.
- PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Tradução Mônica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca. 2014.
- SANANDAJI, Tino; WALLACE, Björn. **Fiscal Illusion and Fiscal Obfuscation: An Empirical Study of Tax Perception in Sweden**. 2 jun 2010. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1619268>>. Acesso em: 25 de set. 2016.

SRF. Secretaria Da Receita Federal. **Carga tributaria no Brasil – 2015** (análise por tributo e bases de incidência). Brasília: SRF, setembro de 2016.

SILVA, Rafael Santos de Barros e; GASSEN, Valcir. **Quem pode menos paga mais**: Tributação Sobre o Consumo no Brasil e Democracia. In Revista Brasileira de Direito, IMED, Vol. 7, nº 2, jul.-dez. 2011.

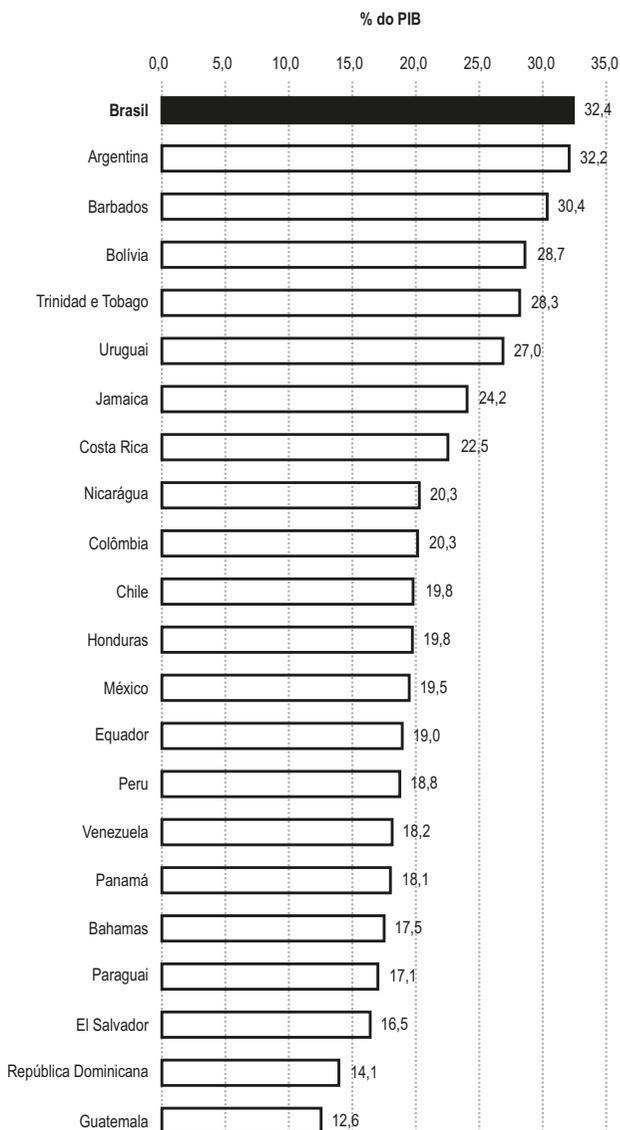
ANEXOS – Anexo A – Representação gráfica da Carga Tributária no Brasil e em Países da OCDE (2014)

Elaborado por: Receita Federal do Brasil



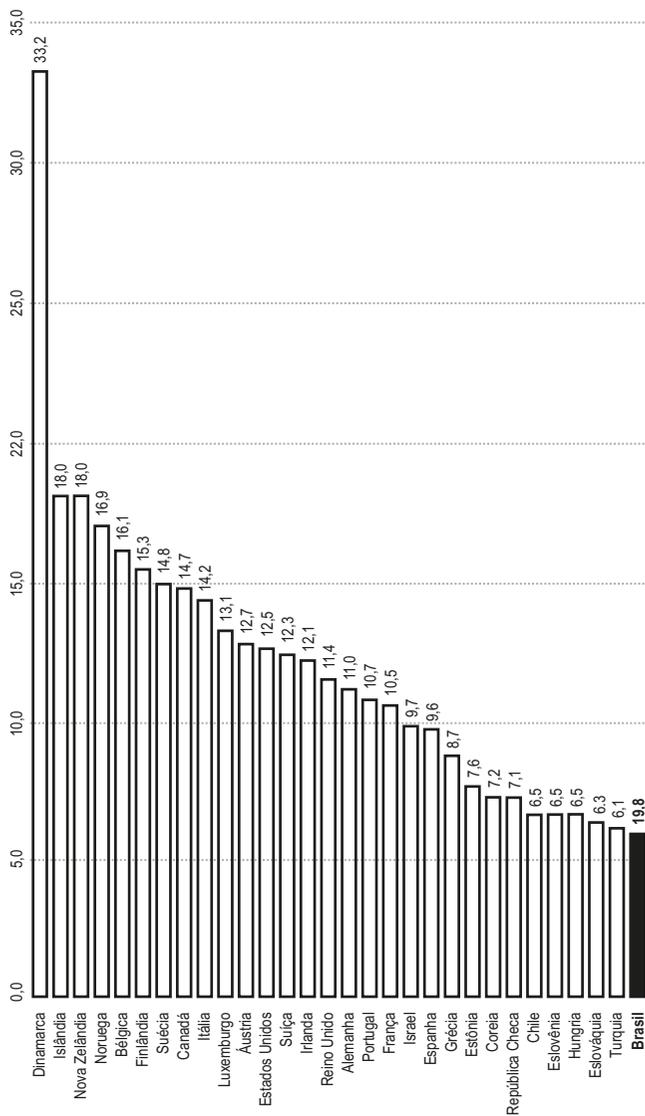
Anexo B – Representação gráfica da Carga Tributária – Brasil e países da América Latina e Caribe (2014)

Elaborado por: Receita Federal do Brasil



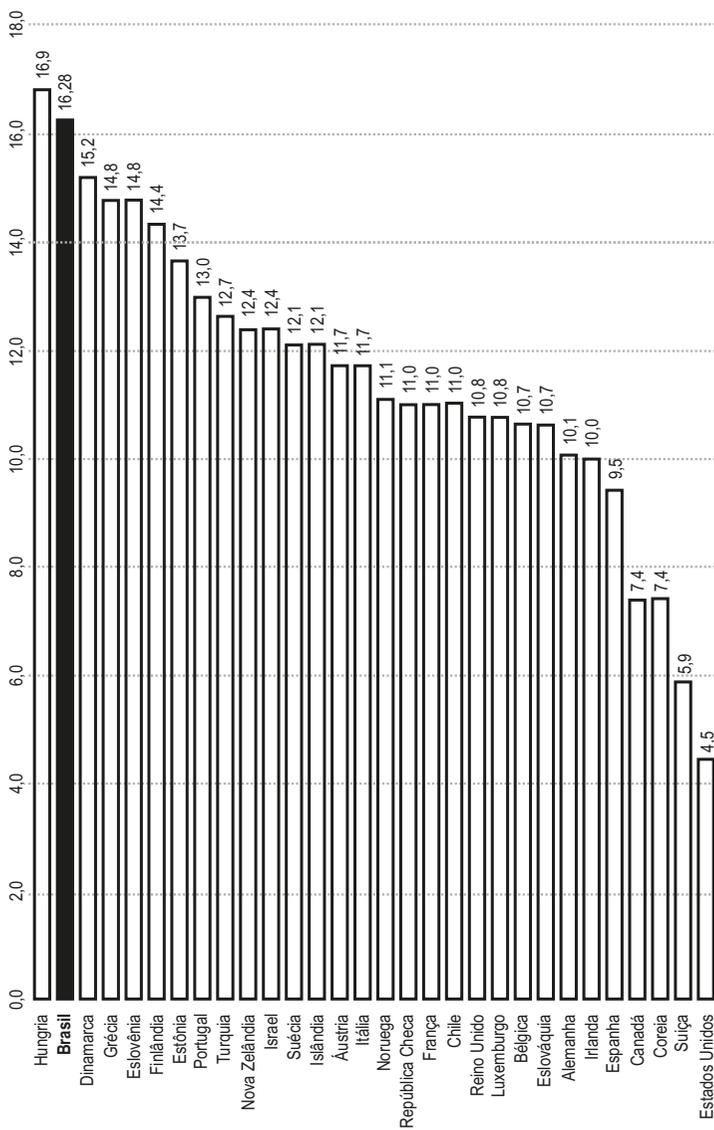
Anexo C – Representação gráfica da Carga tributária sobre a renda, lucro e ganho de capital – Brasil e Países da OCDE (2014)

Elaborado por: Receita Federal do Brasil.



Anexo D – Representação gráfica da Carga Tributária sobre bens e serviços – Brasil e Países da OCDE (2014)

Elaborado por: Receita Federal do Brasil.



CAPÍTULO XXII

Judicialização da saúde no Município de Ilhéus – BA: efetividade do direito fundamental

Ana Claudia Maia Tanajura Guerra

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Direito fundamental à saúde: 2.1. Conceito de saúde; 2.2. Direito à saúde: um direito social e fundamental; 3. Brasil: Sistema Único de Saúde: 3.1. Conceito 3.2. Características e princípios regentes; 3.3. Cobertura; 4. Bahia: central estadual de regulação; 5. Ilhéus: central municipal de regulação; 6. Efetividade da prestação jurisdicional em saúde: 6.1. Garantia do direito à saúde via tutela do poder judiciário; 6.2. Princípio da equidade e tutela de direito individual em detrimento do coletivo; 6.3. Estudo de campo da judicialização da saúde no município de Ilhéus e sua efetividade – período de estudo de janeiro de 2016 a janeiro de 2017; 6.3.1. Metodologia; 6.3.2. Resultados e discussão; 7. Conclusão. Referências.

PALAVRAS-CHAVE: Direito à saúde. Judicialização da saúde. Liminar. Efetividade.

1. INTRODUÇÃO

A Organização Mundial de Saúde (OMS) define a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de doenças”. Este conceito foi formulado na década de 40 e recepcionado pela Constituição Federal de 1988 que atribuiu à saúde status de direito fundamental da pessoa humana, passando a ser um valor social.

Todavia, a garantia constitucional do direito à saúde não vem sendo cumprida. O Estado se depara com um país de dimensões continentais e desigualdades socioeconômicas, demográficas, epidemiológicas e de diversidade cultural entre as várias regiões que dificultam o atendimento

aos diversos serviços de saúde. Os princípios que regem o Sistema Único de Saúde (SUS) não são alcançados. Neste sentido, perante o acesso limitado às ações e serviços de saúde, usuários tentam alcançá-los por meio de ações judiciais (MARQUES et al., 2011). Por consequência, os processos judiciais têm crescido exponencialmente.

Esse crescente número de demandas judiciais na área da saúde, constitui-se no chamado “fenômeno da judicialização”, o qual interfere no relacionamento entre os Poderes Executivo e Judiciário, entre o sistema político e o jurídico, acarretando impacto nas contas públicas e desafios à consecução dos princípios organizacionais do SUS (NUNES; RAMOS JUNIOR, 2016).

No estudo de Barreto et al (2013) acerca do perfil das demandas judiciais por medicamentos em municípios do Estado da Bahia informou-se que, de 2006 a 2010, foi impetrado contra os municípios pesquisados um total de 228 ações judiciais solicitando 574 medicamentos, perfazendo uma média de 2,5 medicamentos por ação judicial. Em 2006 o número de pleitos por medicamentos por meio de ações judiciais foi pequeno: o município que apresentou o maior número foi Ilhéus, com seis ocorrências, Salvador com três e Feira de Santana com apenas duas ocorrências, no total de 11 ações. Em 57% das 228 ações, o autor/paciente buscou o Ministério Público ou a Defensoria Pública para iniciar o processo de petição judicial do tratamento medicamentoso.

Um estudo visando investigar as ações judiciais para acesso a procedimentos ambulatoriais e hospitalares do Estado de Minas Gerais, no período de 1999 a 2009, identificou que os procedimentos mais solicitados foram internação, internação em CTI, ressonância magnética, consulta em atenção especializada, gastroplastia, implante de marca-passo de câmara dupla, tratamento em psiquiatria, artroplastia de quadril e joelho e injeção intravítrea, respectivamente (GOMES et al., 2014).

Bittencourt (2016) em trabalho acerca do estado da arte sobre judicialização da saúde no Brasil, entre os anos de 2010 e 2014, apresenta como resultados que a produção acadêmica versa, em sua maioria, acerca de medicamentos como objeto da lide. A judicialização é vista como resultado de má gestão e execução de políticas públicas. Conclui que os estudos têm se dedicado ao fenômeno, enquanto direito fundamental

social constitucionalizado, por meio de duas correntes de pensamento distintas: uma que vê no ativismo político do judiciário um empecilho para a efetivação do direito à saúde, enquanto direito coletivo, e outra, que atribui a este fenômeno uma forma de ampliação da cidadania e fortalecimento da democracia.

De acordo com dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desde o início deste ano, já foram dispensados R\$ 730,6 milhões em ações judiciais em saúde. Somando-se os gastos da União, Estados e Municípios, a previsão é de que o montante chegue a R\$ 7 bilhões em judicialização ao final de 2017 (CNJ, 2017).

Diante desse panorama, pesquisar sobre a judicialização da saúde é sempre atual enquanto reflexo das políticas públicas. No entanto, no presente estudo, parte-se da perspectiva de que em face de lesão ou de ameaça ao direito à saúde, que é direito fundamental e social – amparado pela Constituição, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, e indispensável a todo indivíduo -, é papel do Poder Judiciário tutelar.

Assim, este trabalho objetiva verificar a efetividade do direito à saúde através das ações judiciais, propostas pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública, perante a Vara da Fazenda Pública, na comarca de Ilhéus, no período de janeiro de 2016 a janeiro de 2017, analisando-se o objeto da lide, o prazo de cumprimento da decisão judicial e se houve o cumprimento tempestivo do pleito nos processos em face do Estado e do Município de Ilhéus.

2. DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

2.1. Conceito de saúde

O conceito de saúde está indissociável do momento histórico-social do direito à saúde no mundo e no Brasil.

Historicamente, o direito à saúde no Brasil passou por três modelos: assistencialista, previdencialista e universalista. O modelo assistencialista de proteção social era voltado para as classes mais pobres da sociedade; o segundo, para a classe trabalhadora, vigorando no Brasil como modelo hegemônico nas décadas de 70 e 80; e o modelo universalista,

para toda a sociedade, abarcando a concepção de trabalhador como cidadão (REISSINGER, 2008).

Ressalta-se que o sistema do previdencialismo, na década de 1920 até a Constituição de 1988, reforçou a desigualdade social e econômica, haja vista que os trabalhadores urbanos do mercado formal, que pagavam contribuição previdenciária, eram beneficiados com o atendimento médico do setor privado, onde prevalecia a medicina curativa, enquanto os trabalhadores rurais e do mercado informal ficavam na dependência do serviço de saúde pública, cujo objeto consistia em medidas de caráter coletivo, como as campanhas sanitárias (REISSINGER, 2008).

Diante dessa realidade, iniciaram-se, no Brasil, movimentos pela universalização do sistema sanitário. O marco deste movimento foi a VIII Conferência Nacional de Saúde, ocorrida em 1986, cujos eixos fundamentais de discussão foram a saúde como direito, a reformulação do sistema de saúde e o financiamento do setor. Seu relatório final serviu de base para a elaboração do capítulo “Da saúde” na Constituição de 1988, a primeira a contemplar expressamente esse direito (REISSINGER, 2008).

A VIII Conferência Nacional de Saúde teve como ponto central o conceito ampliado de saúde, influenciado por documentos como o Relatório Lalonde¹, a Carta de Ottawa² e a Conferência de Alma-Ata³, compreendida como a resultante das condições de vida, alimentação, lazer, acesso e posse da terra, transporte, emprego e moradia, não sendo, todavia, um conceito abstrato, e sim, concreto, conhecido como conceito ampliado de saúde (ZANCHI; ZUGNO, 2012).

-
1. O Relatório Lalonde foi produzido em 1974 no Canadá, considerado o primeiro relatório governamental moderno no mundo ocidental a reconhecer que a ênfase em assistência médica sob um ponto de vista biomédico é errado, e que é necessário olhar além do sistema tradicional de saúde, ou seja, tratamento dos doentes, se o objetivo é melhorar a saúde da população. Fonte: Wikipédia, a enciclopédia livre.
 2. A Carta de Ottawa é um documento apresentado na Primeira Conferência Internacional sobre Promoção da Saúde, realizado em Ottawa. Trata-se de uma Carta de Intenções que busca contribuir com as políticas de saúde em todos os países, de forma equânime e universal. Fonte: Wikipédia, a enciclopédia livre.
 3. A Declaração de Alma-Ata foi formulada por ocasião da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, na República do Cazaquistão (ex-república socialista soviética), dirigindo-se a todos os governos, na busca da promoção de saúde a todos os povos do mundo. Fonte: Wikipédia, a enciclopédia livre.

Corroborando com o exposto, o Ministério da Saúde afirma:

As resoluções dessa Conferência deram parâmetros que mais tarde viriam a ser inscritos na Constituição de 1988. Antes disso existia um “duplo comando” na área da saúde, pois o Ministério da Saúde cuidava das ações preventivas e o Ministério da Previdência Social incumbia-se pela prestação de serviços médicos curativos. O acesso a esses serviços médicos curativos, até então não era um direito de todos, universal, mas somente dos que contribuam para o sistema de então, que era ligado ao Ministério da Previdência Social. Somente os trabalhadores com carteira registrada, pois, faziam jus aos serviços públicos de saúde. Sob outro aspecto, ações como campanhas de vacinação eram de competência do Ministério da Saúde, revelando a duplicidade e a fragmentação das ações e dos serviços de saúde (BRASIL, 2000, p. 5-6).

O conceito de saúde, enquanto definição, adotado hoje foi criado em 22 de julho de 1946, na cidade de Nova Iorque– EUA, na elaboração da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) abarcando em seu preâmbulo a saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (CONSTITUIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 1946).

Esta definição de saúde da década de 40 permanece atual pela sua extensão, sempre um bem subjetivo a ser alcançado, e, pela primazia do princípio da dignidade da pessoa humana, não se pode pensar em reduzi-la. O direito à saúde vai da promoção – através de políticas públicas básicas –, até a prevenção terciária – quando se fala em cura da doença, com base em serviços complexos de saúde. Desta forma, em termos operacionais e de custos financeiros, este conceito consagrado de saúde sempre foi alvo de críticas pelos especialistas.

Ao dialogar sobre a definição de saúde da OMS, Davies (2012 apud Cruz, 2014), coloca que tal amplitude impressa ao conceito de direito à saúde acaba gerando consequências e deve ser vista com ressalvas para que não se desvirtue a intenção do legislador. Conceituar o direito e garanti-lo a todos é demasiadamente abstrato e impossível ante a enorme variabilidade de doenças. Ademais, a expressão “bem-estar” é de difícil quantificação.

Para esta autora o conceito de direito à saúde recebe uma definição estrita do Direito, estando sujeito a várias interpretações, sendo

necessário, portanto, diferenciar, o conceito biológico do conceito jurídico de saúde, já que este remete ao dever do Estado de garantir saúde efetiva a todo cidadão, sob a ótica do coletivo e incluí-la no orçamento (DAVIES, 2012 apud CRUZ, 2014).

A tal conceito de saúde, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, atribuiu o constituinte o status de direito fundamental da pessoa humana, passando a ser um valor social.

2.2. Direito à saúde: um direito social e fundamental

Cruz (2014) ao falar sobre direito fundamental, faz uma perspectiva histórica citando Serrano (2012) o qual aponta que os direitos fundamentais têm por objetivo a proteção de todas as dimensões da dignidade humana, tendo sua origem com o cristianismo. Na sociedade feudal, os direitos fundamentais tiveram previsão na Carta Magna de 1215. Com o surgimento do capitalismo e da classe operária, e, posteriormente, com o liberalismo, os Estados passaram a adotar constituições escritas, buscando estruturar o poder e assegurar as liberdades individuais, surgindo o constitucionalismo. A *Bill of Rights* de Virgínia (1776), a Constituição dos Estados Unidos (1787) e a Constituição da França (1791) foram as primeiras constituições consagradoras dos direitos e garantias fundamentais.

No século XIX surgiram diversas doutrinas defendendo a intervenção do Estado na ordem econômica para a defesa dos direitos sociais, tendo como exemplos a Constituição Mexicana (1917) e a Constituição de Weimar, Alemanha (1919). Daí, surgiram os direitos de segunda geração, reivindicando prestações positivas do Estado, em busca da realização da igualdade e de uma efetiva democracia social, através do serviço público. Após as duas guerras mundiais, uma nova cultura social e dirigente, com o enfoque dos direitos fundamentais, deixando de ser individual e passando a ser social, com o núcleo na fraternidade e solidariedade, levaram à criação dos direitos de terceira geração (SERRANO, 2012 apud CRUZ, 2014).

George Marmelstein (2014) explica que os direitos fundamentais são normas jurídicas intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado democrático de Direito, que por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Na correlação dos direitos fundamentais com a legislação brasileira, a Carta Magna em seu art. 1º traz como uns de seus fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana, com objetivo de constituir um Estado Democrático de Direito que vise uma sociedade livre, justa e solidária, e que promova o bem de todos, sem preconceitos e sem discriminação.

Pelo princípio da igualdade, brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil têm garantia de inviolabilidade do direito à vida, e dentre os direitos sociais constitucionais está o direito à saúde (BRASIL, 1988):

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

O direito à saúde enquanto direito fundamental é valor que foi incorporado ao ordenamento constitucional do país. Encontra-se explícito na Constituição Federal 1988 em seu art. 6º:

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 (grifo nosso).

Vê-se que o constituinte brasileiro positivou, junto aos demais direitos fundamentais, os direitos econômicos, sociais e culturais, que são instrumentos de proteção e concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, pois visam garantir as condições necessárias à fruição de uma vida digna (MARMELSTEIN, 2014). Não há distinção de grau entre os direitos sociais e os direitos individuais, porque são elementos de um bem maior que é a dignidade da pessoa humana (NASCIMENTO, 2012).

Para Davies (2012 apud Cruz, 2014) os direitos sociais são valores supremos do ser humano na promoção de sua dignidade e, por isso, apresentam-se como paradigma à efetividade do bem-estar individual e social do indivíduo. Tais direitos encontram-se dispersos ao longo do

texto constitucional, bastando que estejam relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana e serem fundamentais à essência do ser e viver do indivíduo para serem assim considerados.

A partir do entendimento do direito à saúde como direito fundamental e social, amparado pela Constituição, pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, que é fundamento da República Federativa do Brasil em seu art. 1º, o direito à saúde é, inegavelmente, indispensável a todo indivíduo, e o óbice a este direito é papel do Poder Judiciário tutelar.

3. BRASIL: SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

3.1. Conceito e legislação

O Ministério da Saúde define o SUS como o conjunto de todas as ações e serviços de saúde prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo poder público, permitindo-se à iniciativa privada sua participação de maneira complementar (BRASIL, 2000).

Na verdade, o SUS representa a materialização de uma nova concepção acerca da saúde em nosso país. Antes a saúde era entendida como “o Estado de não doença”, o que fazia com que toda lógica girasse em torno da cura de agravos à saúde. Essa lógica, que significava apenas remediar os efeitos com menor ênfase na causa, deu lugar a uma nova noção centrada na prevenção dos agravos e na promoção de saúde. Para tanto, a saúde passa ser relacionada com a qualidade de vida da população, a qual é composta pelo conjunto de bens que englobam a alimentação, o trabalho, o nível de renda, a educação, o meio ambiente, o saneamento básico, a vigilância sanitária e farmacológica, a moradia, o lazer, etc (BRASIL, 2000, p. 6).

Verifica-se que citação acima aborda a concepção de SUS a partir de um contexto histórico, já evidenciado no capítulo 1 deste trabalho, no qual compreender o conceito de saúde direciona a definição do SUS.

Zanchi e Zugno (2012) asseveram que o SUS, nascido com a Constituição de 1988, representa o maior avanço político, democrático e social na área de promoção da saúde, e veem na Lei Orgânica de Saúde de 1990 o instrumento jurídico fundamental para concretizar o SUS em prol dos indivíduos e da coletividade.

Davies (2012 apud Cruz, 2014, p. 120) conceitua o SUS como “um conjunto de ações e serviços públicos, organizados em rede regionalizada e hierarquizada, de execução em três esferas de governo”.

Observa-se que o conceito do SUS também está intrinsecamente ligado aos seus princípios e funcionamento, adiante expostos.

A instituição formal do SUS deu-se na Constituição de 1988, conforme art. 200, mas foi em 19 de setembro de 1990 que se criou a Lei Orgânica de Saúde, lei nº 8.080, que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços de saúde.

Também importantes, são a Lei 8.142/90, que garante a participação dos usuários do sistema na gestão dos serviços de saúde e a transferência de recursos financeiros intergovernamentais; a Portaria nº 3.916 de 1998, que aprova a Política Nacional de Medicamentos e a Norma Operacional da Assistência à Saúde nº 01/2002 (NOAS-SUS 01/2002) que amplia as responsabilidades dos municípios na Atenção Básica, estabelece o processo de regionalização como estratégia de hierarquização dos serviços de saúde e de busca de maior equidade, entre outras providências.

Mais recentemente, em 2011, o Decreto Federal nº 7.508 foi criado para regulamentar a Lei nº 8.080/1990, dispondo sobre a organização do SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, entre outras providências.

3.2. Características e princípios regentes

O SUS cuja finalidade é a assistência integral à saúde de todos, tem sua organização e o funcionamento dos serviços de saúde de competência de todos os entes federativos, abarcando como princípios, em seu art. 7º (BRASIL, 1990):

I – *universalidade de acesso* aos serviços de saúde em todos os níveis de assistência;

II – *integralidade de assistência*, entendida como conjunto articulado e contínuo das ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema;

III – preservação da autonomia das pessoas na defesa de sua integridade física e moral;

IV – *igualdade da assistência* à saúde, sem preconceitos ou privilégios de qualquer espécie;

V – direito à informação, às pessoas assistidas, sobre sua saúde;

VI – divulgação de informações quanto ao potencial dos serviços de saúde e a sua utilização pelo usuário;

VII – utilização da epidemiologia para o estabelecimento de prioridades, a alocação de recursos e a orientação programática;

VIII – participação da comunidade;

IX – descentralização político-administrativa, com direção única em cada esfera de governo:

a) ênfase na descentralização dos serviços para os municípios;

b) *regionalização e hierarquização* da rede de serviços de saúde;

X – integração em nível executivo das ações de saúde, meio ambiente e saneamento básico;

XI – conjugação dos recursos financeiros, tecnológicos, materiais e humanos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios na prestação de serviços de assistência à saúde da população;

XII – *capacidade de resolução dos serviços* em todos os níveis de assistência; e

XIII – organização dos serviços públicos de modo a evitar duplicidade de meios para fins idênticos.

XIV – organização de atendimento público específico e especializado para mulheres e vítimas de violência doméstica em geral, que garanta, entre outros, atendimento, acompanhamento psicológico e cirurgias plásticas reparadoras, em conformidade com a Lei nº 12.845, de 1º de agosto de 2013. (Redação dada pela Lei nº 13.427, de 2017) (grifo nosso).

Observa-se que o SUS abrange princípios doutrinários como a universalidade, a equidade e a integralidade nos serviços e ações de saúde, bem como princípios que dizem respeito à sua operacionalização, tais como a descentralização dos serviços, regionalização e hierarquização da rede e a participação social, como explicitados acima.

São características do SUS a *participação social* através dos conselhos de saúde nos três níveis de governo e das conferências de saúde; a

descentralização em sua organização para pactuação de políticas adotadas na saúde através das Comissões Intergestores Bipartites, no âmbito de cada estado, e a Comissão Intergestores Tripartite em âmbito nacional; rede de organização de forma *regionalizada e com nível de complexidade crescente*, podendo os municípios formarem consórcios para desenvolver ações e prestar serviços que estejam sob suas responsabilidades, com *direção única em cada esfera de comando* (BRASIL, 2000).

Conselho Nacional de Secretários de Saúde (CONASS) refere que uma das diretrizes fundamentais do SUS é a descentralização de ações e serviços de saúde. A gestão descentralizada do SUS constitui-se em um desafio aos gestores das três esferas de governo, no sentido de configurar uma rede de ações e serviços de saúde capaz de garantir o acesso, a circulação e o acompanhamento dos pacientes entre os diversos níveis de atenção, orientados por um sistema de referência e contrarreferência municipal e intermunicipal (BRASIL, 2011).

3.3. Cobertura

O SUS é um sistema de saúde de abrangência nacional, porém, coexistindo em seu âmbito subsistemas em cada estado e em cada município, ou seja, o SUS estadual e o SUS municipal.

O Ministério da Saúde ainda explica que a totalidade das ações e de serviços de atenção à saúde, no âmbito do SUS, deve ser desenvolvida em um conjunto de estabelecimentos – organizados em rede regionalizada e hierarquizada – e disciplinados segundo o SUS municipal, voltados ao atendimento integral da população local e inseridos, de forma conjunta, no SUS em suas abrangências estadual e nacional (BRASIL, 2000).

Desta forma, o SUS, pertencente à rede pública, tem por objetivo prestar serviços de forma gratuita a todos e com atenção integral às necessidades de assistência da saúde da população, de acordo com suas atribuições conferidas por lei e segundo os princípios que o define. Tais características são aperfeiçoadas através de políticas sociais e econômicas, de competência dos poderes Legislativo e Executivo, para garantir a cobertura dessa assistência (PRADO, 2012).

4. BAHIA: CENTRAL ESTADUAL DE REGULAÇÃO

A Secretaria de Saúde do Estado da Bahia explica que a Norma Operacional de Assistência à Saúde/SUS – NOAS-SUS 01/02, que regulamenta a Portaria Ministerial n.º 95 de 26 de janeiro de 2001, define o processo de regionalização da assistência, cria mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do SUS e atualiza os critérios de habilitação de estados e municípios (BAHIA, 2003).

Neste sentido, o município que solicita habilitação para a Gestão Plena do Sistema Municipal deve elaborar de um Plano de Regulação, Controle e Avaliação, no qual serão explicitados os mecanismos de garantia de acesso da população aos serviços de saúde, a qualidade do atendimento e da assistência com os respectivos procedimentos, para a sua área de abrangência, atendendo aos princípios da regionalização, da universalidade de acesso, da integralidade na atenção e da equidade na alocação de recursos e ações do Sistema de acordo com as diretrizes gerais do SUS e a Norma Operacional da Assistência à Saúde – NOAS-SUS 01/2002 (BAHIA, 2003).

A normatização da regulação é prerrogativa do poder público e, na área da saúde, o seu conceito relaciona-se com a organização dos fluxos dos pacientes nos diversos níveis do SUS (BAHIA, 2003):

Regular em saúde é a tarefa de disciplinar, regulamentar, ordenar e organizar o fluxo dos pacientes no Sistema; deve, portanto, se basear sempre nos princípios que norteiam o SUS. Ordenar fluxos a partir da necessidade do usuário é o campo da regulação enquanto nova etapa de consolidação do SUS (BAHIA, 2003, p.6).

O CONASS (BRASIL, 2011) aponta que o termo regulação, aplicado ao setor saúde no país, tem diversas concepções e práticas. A NOAS/SUS 01/2002 disseminou o conceito de regulação como sinônimo de regulação assistencial, vinculada à oferta de serviços, à disponibilidade de recursos financeiros e à Programação Pactuada Integrada (PPI).

A regulação assistencial é compreendida como uma concepção restrita de regulação, que induz a iniciativa de controle do acesso e de adequação à oferta. Requer o estabelecimento de protocolos assistenciais, com base nas evidências, assim como do aporte de recursos humanos, materiais e financeiros para a adequação da oferta conforme as

necessidades de saúde da população. É prerrogativa do gestor (BRASIL, 2011).

Já a regulação do acesso trata-se do estabelecimento de meios e ações para a garantia do direito constitucional de acesso universal, integral e equânime. É delegada pelo gestor ao Regulador. Dá-se com base nos protocolos clínicos, linhas de cuidado e fluxos assistenciais definidos previamente (BRASIL, 2011).

O CONASS coloca que a regulação no setor saúde é uma ação complexa e abarca um considerável número de atividades, instrumentos e estratégias, haja vista que o setor é composto por um conjunto de ações, serviços e programas de promoção, prevenção, tratamento, reabilitação e palição, que incluem tanto cuidados individuais quanto coletivos, a nível ambulatorial e hospitalar (BRASIL, 2011).

Desta forma, é necessário a implantação de complexos reguladores, que pode ser de abrangência estadual, regional e/ou municipal, objetivando a formação de uma rede integrada de informações relativas à oferta disponível de serviços, para agilizar o atendimento à população, com atenção às situações de risco iminente de vida e, conseqüentemente, a melhoria do acesso aos serviços de saúde e controle e avaliação sobre os serviços ofertados (BRASIL, 2011).

Em relatório sobre judicialização do processo regulatório no Estado da Bahia, referente ao ano de 2009, a Secretaria de Saúde explica que a Central Estadual de Regulação (CER) é responsável pela regulação das internações hospitalares de urgência/emergência e eletiva, além da regulação da Alta Complexidade, tendo como principal solicitante e executante a rede do município de Salvador (BAHIA, 2010).

Utilizam-se para operacionalização da regulação dois sistemas de informática (SUREM e SISREG), fornecidos pelo Ministério da Saúde, onde são identificadas as demandas de serviços de saúde pelos usuários que procuraram a rede SUS e gerenciada a disponibilidade das ofertas de serviços na rede própria e na complementar para atender a necessidade do recurso demandado (BAHIA, 2010).

Na Central todas as solicitações são avaliadas segundo critérios pré-estabelecidos de classificação de risco aliados às necessidades de saúde do paciente e encaminhadas de acordo com a disponibilidade de serviços.

Com o intuito de preservar o princípio da igualdade na prestação dos serviços do SUS, a CER estabelece a lista de atendimento, sendo a mesma calculada em critérios objetivos de priorização, tal como a classificação de risco, precedida esta de avaliações clínicas, neurológicas e de bioimagem para qualificar a necessidade do usuário do SUS (BAHIA, 2010).

Ressalta-se que em observância à classificação de risco, criam-se listas de espera e as vagas são ocupadas à medida em que são apresentadas e disponibilizadas. O médico regulador, nomeado por Portaria GM 2048 05/11/2002, utiliza o critério da seguinte fórmula (BAHIA, 2010, p.2):

$$\frac{GAV}{T}$$

Sendo:

G = gravidade

A = tipo de equipamentos necessários à atenção ao paciente

V = valor social

T = tempo de espera.

5. ILHÉUS: CENTRAL MUNICIPAL DE REGULAÇÃO

Com base nos princípios e diretrizes que regem o SUS, sobretudo, a descentralização dos serviços para os municípios, a regionalização e hierarquização da rede de serviços de saúde, a Central Municipal de Regulação – CMR é responsável por solicitações consideradas eletivas, como consultas médicas, exames e procedimentos cirúrgicos eletivos.

Segundo dados divulgados pela Prefeitura Municipal de Ilhéus, em matéria veiculada em site, a CMR dispõe do setor de Tratamento Fora do Domicílio, que fornece passagem e diárias para tratamento em Salvador; setor de Auditoria; setor de Autorização de Internação Hospitalar, que avalia o paciente e autoriza ou não a cirurgia; o setor da Regulação, que faz a gestão/distribuição dos serviços de saúde contratados, e distribui contas de consultas/procedimentos para os postos de saúde de Ilhéus e dos municípios pactuados; e o setor de Autorização de Internação Hospitalar (AIH), que se responsabiliza por realizar a permissão dos laudos de AIH e Autorização de Procedimento de Alta Complexidade,

salientando que todas as internações hospitalares dependem do aval deste setor, que também oferece serviços de quimioterapia, hemodiálise, glaucoma e catarata no município de Ilhéus (UPB, 2014).

A Lei Orgânica do município de Ilhéus, no Capítulo XI, “Da saúde”, não menciona sobre a CMR, abarcando apenas noções gerais sobre o direito à saúde e as atribuições do SUS.

6. EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EM SAÚDE

6.1. Garantia do direito à saúde via tutela do poder judiciário

O atendimento aos princípios da *universalidade* do acesso, da *integralidade* das ações, que assegura o atendimento a todos os tipos de necessidades em saúde, como ações preventivas, consultas, exames, medicamentos, equipamentos de suporte à vida, cirurgias, entre outros, e da *equidade*, que busca abranger a pluralidade econômica e social vigente no país, tratando desigualmente os desiguais, é uma condição que tem escapado do âmbito do executivo, por não conseguir abranger a totalidade proposta pela política pública (MARQUES *et al.*, 2011)

O Estado se depara com um país de dimensões continentais e desigualdades socioeconômicas, demográficas, epidemiológicas e diversidade cultural entre as cinco regiões do país, que dificulta o atendimento a determinadas ações. Neste sentido, perante o acesso limitado às ações e serviços de saúde, usuários tentam alcançá-los por meio de ações judiciais (MARQUES *et al.*, 2011).

A judicialização da saúde trata-se de “fenômeno multifacetado, expõe limites e possibilidades institucionais estatais e instiga a produção de respostas efetivas pelos agentes públicos, do setor saúde e do sistema de justiça” (PEPE *et al.*, 2010, p.2406).

É o crescente o número de demandas judiciais na área da saúde, constituindo-se como um fenômeno, o qual interfere no relacionamento entre os Poderes Executivo e Judiciário, entre o sistema político e o jurídico, acarretando impacto nas contas públicas e desafios à consecução dos princípios organizacionais do SUS (NUNES; RAMOS JUNIOR, 2016).

Além da garantia do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança, existe o princípio do direito à proteção jurisdicional, com fulcro no art. 5º, inciso XXXV, da CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, repercutindo no crescimento exponencial de ações judiciais em saúde.

O Ministério Público é concebido pela Carta Magna na Seção I do Capítulo IV – Das funções essenciais à Justiça, no art 127, caput, como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Entre o rol de suas atribuições, no art. 129, II e III, cabe “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” e “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (BRASIL, 1988; OLIVEIRA et al., 2015).

À Defensoria Pública, dedica-se a Seção IV, do mesmo capítulo, “incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal” (BRASIL, 1988).

Assim, estas são instituições que atuam em favor da efetividade do direito à saúde, propondo muitas ações perante o Judiciário, e são bastante demandadas pelos familiares de pacientes que aguardam procedimentos de saúde.

Em busca à efetividade da judicialização, Barroso (2008) coloca que o constitucionalismo traduz-se em respeito aos direitos fundamentais. Na ocorrência da maioria política vulnerá-los, cabe ao Judiciário agir:

É nesse ambiente, é nessa dualidade presente no Estado constitucional democrático que se coloca a questão essencial: podem juízes e tribunais interferir com as deliberações dos órgãos que representam as maiorias políticas – isto é, o Legislativo e o Executivo –, impondo ou invalidando ações administrativas e políticas públicas? A resposta será afirmativa sempre que o Judiciário estiver atuando,

inequivocamente, para preservar um direito fundamental previsto na Constituição ou para dar cumprimento a alguma lei existente (BARROSO, 2008, p.11).

Afirma ainda que pode ocorrer de um direito fundamental precisar ser ponderado com outros direitos fundamentais ou princípios constitucionais. “Se o legislador tiver feito ponderações e escolhas válidas, à luz das colisões de direitos e de princípios, o Judiciário deverá ser deferente para com elas, em respeito ao princípio democrático” (BARROSO, 2008, p.12).

Nascimento (2012) corrobora que resta evidenciar que o direito à saúde não vem merecendo a devida atenção do poder público, negligenciando, desta forma, seu dever de satisfazer prestação neste sentido. Tratando-se de direito fundamental, é questionável se não cabe ao Judiciário determinar o cumprimento das normas constitucionais, buscando suprir a omissão do Estado.

É bom que se diga que a concretização do direito fundamental à saúde não pode ficar à mercê da disponibilidade de recursos financeiros. Decerto, essa limitação de ordem fática cogitada pela chamada teoria da reserva do possível não basta por si só como justificativa plausível para se recusar o tratamento ou fornecimento de medicamento específico (NASCIMENTO, 2012, p. 392).

Nascimento (2012) defende que o STF já confirmou entendimento quanto à imprestabilidade dessa teoria (reserva do possível) no plano dos direitos fundamentais (ADPF 45). Por isso, colocar em destaque que os direitos à saúde e à vida são absolutamente prioritários; de sorte que não podem ser fraudados pelos gestores públicos, em sua omissão lesiva, quando muitas vezes, indiscriminadamente, se gasta do dinheiro do contribuinte, para depois, sob desculpa de recursos escassos, negar cumprimento do que determina a Constituição Federal.

Schwarz (2013) afirma que o Poder Judiciário não atua em uma posição de supremacia em relação à administração pública, tampouco limita, por si só, o poder desta. Apenas cuida de assegurar que os limites previamente estabelecidos ao exercício do Poder Executivo sejam observados e resguardados. Ou seja, quem o faz é a própria lei, a Constituição.

Desta forma, o controle judicial da administração pública não só é um elemento ínsito no Estado democrático de direito, mas também, um

elemento de primeira ordem no Estado social, esse Estado moderno que assume diretrizes econômicas e sociais irrenunciáveis. Neste modelo de Estado, um órgão independente pode tutelar os interesses e os direitos sociais fundamentais prejudicados pela atuação irregular da administração pública (SCHWARZ, 2013).

6.2. Princípio da equidade e tutela de direito individual em detrimento do coletivo

Observa-se que os autores citados, em seu estudo sobre o direito fundamental da saúde, defendem de forma prioritária o ativismo judicial. Entretanto, como ficam os direitos daqueles que também aguardam pela resolutividade das políticas públicas e não buscam de imediato a prestação jurisdicional para garantia de seu direito? Como fica o princípio da equidade entre tantas pessoas à espera de uma solução para seu problema de saúde?

Ajuizar ação em face do ente público para obter uma medicação, ou uma cirurgia, ou uma transferência para outra instituição de saúde tem sido eficaz em que medida? De que forma promove justiça?

Como bem explica o dicionário do SUS no site da Fundação Oswaldo Cruz, o princípio da equidade relaciona-se à ideia de igualdade e justiça. Busca-se, com este princípio, reconhecer as diferenças nas condições de vida e saúde e nas necessidades das pessoas, considerando que o direito à saúde passa pelos determinantes sociais e deve atender à diversidade. Neste sentido, norteia as políticas públicas de grupos específicos como idosos, pessoa com deficiência, populações do campo, negros, etc.

A aplicação prática do conceito de equidade ocorre frequentemente nos hospitais, onde a prioridade de atendimento é definida por critérios combinados de ordem de chegada, urgência e gravidade. Assim, uma vítima de acidente grave passará na frente de quem necessita de um atendimento menos urgente, mesmo que esta pessoa tenha chegado mais cedo ao hospital. Com relação à transferência de um paciente internado para outro serviço especializado a equidade está atrelada à fórmula citada no capítulo 4 que, de algum modo, estabelece critérios que ordenam os pacientes em uma fila de urgência.

De acordo com o Decreto 7508/2011, que regulamenta a Lei nº8.080/1990, no âmbito estadual, o planejamento de saúde é realizado de maneira regionalizada e o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde é ordenado pela atenção primária e fundado na avaliação da gravidade do risco individual e coletivo e no critério cronológico, entre outras especificidades, regulando-se pelas centrais estadual e municipais, como abordado anteriormente.

Em documento disponibilizado pelo site da Secretaria de Saúde do Estado da Bahia (SESAB), discute-se que o Judiciário não pode deixar de tutelar os direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação. Por outro lado, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, não deve causar lesão aos direitos da mesma natureza de outros tantos pacientes que também aguardam (BAHIA, 2010):

Hoje, a demanda judicial é percebida por parte dos profissionais de saúde da Regulação de forma bastante negativa, já que os obriga a “furar a fila” dos pacientes para proceder à internação do autor da ação judicial (através de liminares ou antecipações de tutela), em desobediência aos critérios médicos de gravidade das patologias relatadas pelos médicos dos hospitais e unidade de saúde que deram o primeiro atendimento (BAHIA, 2010, p. 11).

Vê-se que quando se fala em tutelar o direito à saúde através do Judiciário uma questão é a garantia de prioridade, justificada pela urgência, entre aquele indivíduo que já está esperando sua vez e aquele que recorreu à Justiça para antecipar o acesso à saúde. Outra questão é de que os recursos materiais e financeiros não atendem a coletividade em sua necessidade de tratamento à saúde.

Neste sentido, Teixeira (2014) aborda que um dos aspectos processuais da implementação judicial do direito à saúde é o desequilíbrio orçamentário decorrente do cumprimento de decisões judiciais que implementam direitos sociais, onde é requerida a aplicação de elevada quantia para tratamento de uma única pessoa, em detrimento da coletividade.

Ressalta, ainda, que em razão da questão orçamentária é maior a responsabilidade do magistrado na análise de demandas envolvendo tratamento à saúde. O princípio constitucional da isonomia é confrontado quando há uma demanda individual, oportunizada pelo acesso ao

Judiciário, para que o indivíduo “venha a receber um tratamento diferenciado em relação a outras pessoas que estão em situação idêntica, tudo isso levando em conta que não existe dinheiro público suficiente para o atendimento de toda a coletividade” (TEIXEIRA, 2014, p.18).

O CNJ avalia que a progressiva influência que o Judiciário exerce nas políticas públicas de saúde não o isenta de contradições e desafios, e compreende que, qualquer intervenção judicial que seja mais contínua e perene pode influenciar decisivamente o rumo das políticas públicas do ponto de vista do orçamento, planejamento, gestão e riscos (BRASIL, 2015).

6.3. Estudo de campo da judicialização da saúde no Município de Ilheus e sua efetividade. Período de estudo de janeiro de 2016 a janeiro de 2017

6.3.1. Metodologia

Este estudo é exploratório e descritivo por meio de pesquisa bibliográfica e documental. Foram analisadas ações civis públicas e ações de procedimento comum propostas pela Defensoria Pública e pelo Ministério Público, perante a Vara Única da Fazenda Pública do município de Ilhéus, no período de janeiro de 2016 a janeiro de 2017.

Os critérios de exclusão, nesse recorte temporal, foram as ações propostas por advogados particulares e aquelas que não tinham por objeto o direito à saúde.

Para a coleta de dados realizou-se uma triagem em duas planilhas fornecidas pela Vara Única da Fazenda Pública, contendo números de diversos processos. A consulta de cada um dos processos foi realizada através da Defensoria Pública.

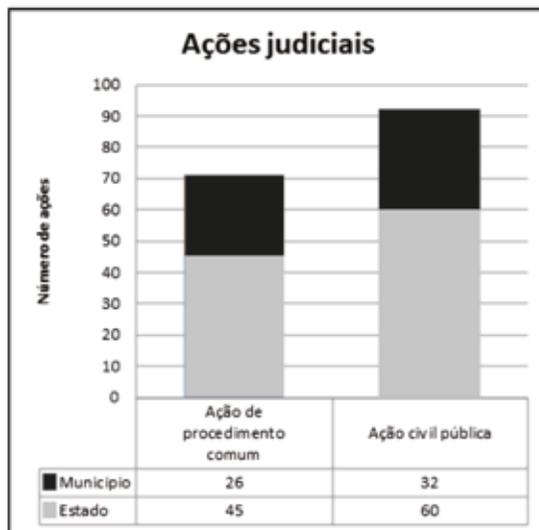
Realizou-se, também, visita à 3ª Promotoria Regional de Justiça de Ilhéus com atribuição na Saúde para consulta de dados sobre a judicialização.

6.3.2. Resultados e discussão

Foram identificadas **163** ações dentro dos critérios estabelecidos para o estudo. Todavia, as demandas que são o objeto da lide nessas ações foram identificadas em número de **174**, pois algumas ações tinham dois objetos, por exemplo, uma consulta e um exame.

Na figura 1 verifica-se que 60 (sessenta) ações civis públicas foram propostas em face do Estado e do Município. Apenas em face do Município, foram 32 ações. Já as ações de procedimento comum, foram 45 e 26, respectivamente.

FIGURA1 – AÇÕES JUDICIAIS EM NÚMEROS



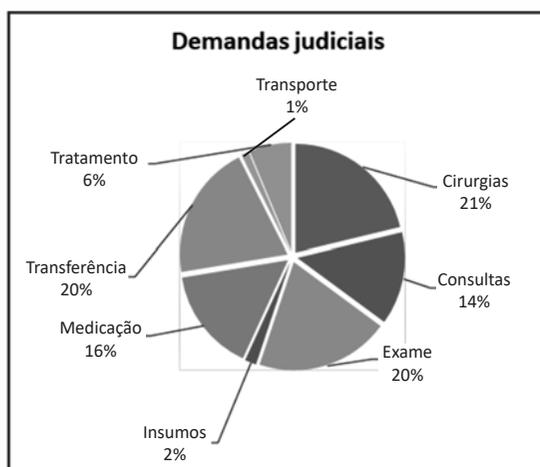
De acordo com o levantamento de dados fornecido pela 3ª Promotoria Regional de Justiça com atribuição em Saúde, foram ajuizadas em 2016 **noventa e oito** (98) ações civis públicas, número aproximado ao coletado na pesquisa, no total de 92 ações, como aponta a figura 1.

Observa-se que é maior o número de ações tendo como réu o Estado da Bahia em razão de sua capacidade para fornecer serviço especializado de média e alta complexidade. Quando se tratava de demandas de

transferência hospitalar; a maioria era de um hospital geral de gestão estadual para serviço especializado em outras instituições estaduais públicas.

Acerca do **objeto da lide**, foram identificadas 174 demandas classificadas em Cirurgia (21%), Exames (20%), Transferência hospitalar (20%), Medicação (16%), Consultas (14%), pedidos de tratamento de especialidades (7%), Insumos (2%), Transporte para realização semanal de Hemodiálise (1%), conforme figura 2.

FIGURA 2 – DEMANDAS PROPOSTAS EM 163 AÇÕES JUDICIAIS



Analisando-se cada uma das categorias de demandas judiciais expressas no gráfico acima, tem-se que a maior demanda em **Cirurgia** foram nas especialidades de ortopedia (30%), oftalmologia (16%) e cardiologia (14%). Outras especialidades foram urologia e angiologia com 11% cada, neurocirurgia (8%), cirurgia geral e oncologia com 5% das demandas em cirurgia cada. Dos **exames** solicitados, 31% foram de ressonância magnética, cintilografia (14%), exames vasculares (8%), exames de audiologia (8%), exames neurológicos (6%), colonoscopia (6%), biópsia (6%). Outros exames também foram solicitados em 3% cada: doppler scan, ecocardiografia, PET-CT, videolaringoscopia, ultrassonografia, exame de urologia e de oftalmologia.

Foi solicitado **transferência hospitalar** para realização de cirurgia em ortopedia (34%), neurocirurgia (23%), UTI (9%), tratamento oncológico (8%), cirurgia cardíaca (8%), cirurgia geral (6%), tratamento neurológico (6%), tratamento ortopédico (3%) e cirurgia vascular (3%).

Verifica-se que 60% das ações que demandam transferência de pacientes para outro hospital especializado são em ortopedia e neurocirurgia, representa a baixa oferta deste serviço no hospital geral estadual, localizado em Ilhéus, que atende a várias cidades circunvizinhas, situação que não tem sido diferente neste ano de 2017, em razão da falta de maquinário e material adequados para a realização de cirurgias ortopédicas e a falta de médicos para a realização de neurocirurgias.

As demandas por **medicação** corresponderam a 16%. Destacam-se as solicitações por fornecimento e aplicação de injeção anti-angiogênico (44%), indicada em casos de perda de visão. Outros medicamentos foram insulinas (11%), Levodopa + Benserazida (7%) para o tratamento do Parkinson e Abiraterona (7%) para tratamento de câncer de próstata. Cinco diferentes medicamentos neuropsiquiátricos foram solicitados, totalizando 20%, são eles: hidantal, neuleptil, ritalina, tegretol e invega. Outras medicações solicitadas foram enoxaparina (3%) para o tratamento da trombose, foraseq (tratamento respiratório) e mesalazina (tratamento gastrointestinal), na proporção de 4% cada.

As solicitações por **consultas médicas** corresponderam a 14% das demandas judiciais. Do total de consultas 25% eram em neurologia, 21% em cirurgia geral, 17% cardiologia, 9% mastologia e 4% nas especialidades de cirurgia de cabeça e pescoço, gastroenterologia, endocrinologia, genética, psiquiatria, ortopedia e oftalmologia.

As demandas para **tratamento** consistiram em 7% do total e foram diversas. Na proporção de 18% para homecare, fisioterapia (18%) e oftalmologia (18%), e na proporção de 9% para cada um dos seguintes tipos de tratamento: fonoaudiologia, neurologia, psiquiatria, ortopedia e gastroenterologia.

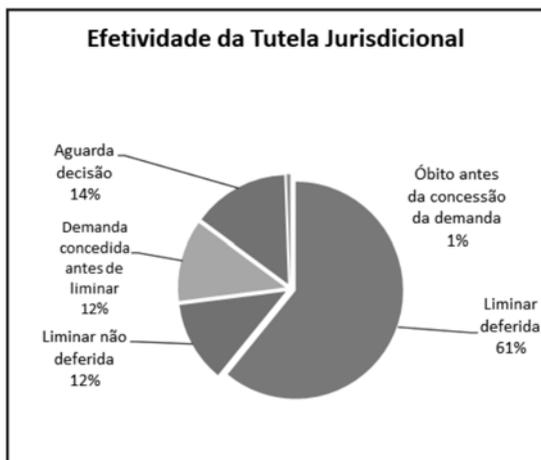
Comparando-se os resultados de demandas para consultas e tratamentos, verifica-se que o dobro de pessoas não estava conseguindo ter sua consulta agendada para avaliação com especialista na rede municipal de saúde ou através do programa TFD (tratamento fora do município),

necessitando recorrer à ação judicial após tentativas administrativas de marcação de consultas sem êxito. Outras pessoas tentavam garantir o acesso ao tratamento outrora indicado em especialidades que não são consideradas de alta complexidade, com exceção ao tratamento na modalidade de homecare que é um serviço realizado por empresas particulares e são de alto custo.

Com relação ao que foi categorizado como **insumos**, referem-se à solicitação de um aparelho respiratório, prótese ortopédica e fitas de glicemia, totalizando três ações judiciais.

A partir da figura 3, abaixo indicado, observa-se dados sobre a efetividade da tutela jurisdicional nas ações pelo direito à saúde.

FIGURA 3 – EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL EM SAÚDE



Das 163 ações judiciais 61% tiveram a liminar deferida, em sua maioria, a antecipação da tutela concedida deu-se no início do processo, sem que a parte contrária fosse ouvida. 12% das liminares não foram concedidas. Em outros processos, a demanda foi efetivada antes mesmo da apreciação da liminar ou da parte ré ser intimada para cumprimento.

Há processos no percentual de 14% que aguardam decisão ou mero despacho, retratando ações que estão paradas até o mês de outubro de 2017, haja vista que se referem a ações propostas entre janeiro de 2016

e janeiro de 2017 e requerem urgência por se tratar de questão de saúde e, muitas vezes, pessoas com prioridade por serem idosas.

Em 1% dos casos, após a propositura da ação, não houve satisfação da demanda em razão do óbito da parte autora.

A figura 4, abaixo indicada, melhor reflete sobre a apreciação das liminares deferidas pelo juízo. Ocorre que apesar do **cumprimento destas liminares**, a demanda não foi realizada dentro do prazo, ou seja, cumprida a transferência hospitalar ou a realização da consulta, tratamento ou exame fora do prazo em 58% das ações. Observou-se que a satisfação da demanda ocorreu dentro de poucos dias do término do prazo de cumprimento até cerca de 30 dias.

FIGURA 4 – CUMPRIMENTO DAS LIMINARES CONCEDIDAS



Não obstante, em cerca de 85% das ações, principalmente as ações civis públicas, pediu-se a extinção do processo sem resolução do mérito, porque a demanda foi realizada e o familiar não tinha interesse no prosseguimento do feito, mesmo que a liminar não tenha sido cumprida dentro do prazo estipulado pelo juízo, cabendo a multa cominada por descumprimento diário.

Na tabela a seguir, verifica-se que até o período da coleta de dados apenas em cinco (5) ações haviam solicitação de bloqueio de valores

estipulado pela parte autora, em razão do não cumprimento da liminar. Em apenas uma (01) das doze (12) ações que demandavam a injeção de anti-angiogênico para os olhos, o valor solicitando bloqueio foi de R\$ 9.000,00. Outra ação foi o requerimento de insulina, três caixas no valor total de R\$ 757,45. Uma prótese ortopédica foi demandada no valor de R\$ 29.750,00. Valores exorbitantes foram relativos às solicitações de tratamento homecare, sendo cada valor abaixo especificado, referente à soma de multas diárias que o Estado e o Município devem pagar, calculadas a partir o fim do prazo de cumprimento da liminar.

Ressalta-se que apenas na ação judicial que demandou o aparelho respiratório o juiz já havia liberado o alvará de saque do valor de R\$ 3410,82 para a compra do aparelho. Outras ações de procedimento comum podem culminar com a condenação dos réus pelo descumprimento da liminar, entretanto, não parece ser o padrão. Não se verificou que as ações são julgadas com resolução do mérito, de modo a resultar na condenação dos entes públicos que violam o direito à saúde da população.

Medicação (Injeção anti-angiogênico)	R\$ 9.000,00
Medicação (Invega)	R\$ 757,45
Insumo (Prótese)	R\$ 29.750,00
Tratamento (Homecare)	R\$ 695.000,00
Tratamento (Homecare)	R\$ 530.000,00
TOTAL	R\$ 1.264.507,45

Tabela 1 – Ações com indicação de valores para bloqueio

No curso do período de estudo da pesquisa, o valor de R\$ 3410,82, já disponível para saque, e ainda mais de R\$ 1.264.507,45 em fase de solicitação de bloqueio em contas públicas cujo destino são 4 pessoas aguardando decisão do juízo, parece pesar no orçamento.

Na figura 5 pode-se afirmar que cerca de 16 pessoas não obtiveram a satisfação da demanda por motivo de contraindicação de transferências

(7), cirurgias (4), medicações (4) e exame (1). Outras 6 pessoas não foram transferidas do hospital onde se encontravam internadas necessitando de neurocirurgia (2) e tratamento oncológico (1), bem como não se submeteram a cirurgia eletiva em neurocirurgia (1), consulta em cardiologia (1) e ao tratamento em serviço de homecare (1) por óbito durante o curso do processo. Outro dado é que até a fase de coleta de dados, cerca de 21 pessoas não obtiveram a satisfação da demanda pela falta de cumprimento da liminar.

FIGURA 5 – MOTIVO DA NÃO SATISFAÇÃO DA DEMANDA PLEITEADA



7. CONCLUSÃO

A partir do estudo realizado não se confirmou a hipótese de que a maior demanda pela judicialização em saúde é para satisfação de transferências e tratamentos para outro município do Estado da Bahia.

A solicitação por cirurgias, realização de exames e consultas representam 55% do objeto da lide que devem ser resolvidas via Central de Regulação do Município que é responsável por solicitações consideradas eletivas, como consultas médicas, exames e procedimentos cirúrgicos eletivos. Assim, comprova-se que a Secretaria Municipal de Saúde, com

base nas políticas públicas de atenção à saúde, necessita aperfeiçoar a Regulação cuja tarefa é ordenar e organizar o fluxo dos pacientes no Sistema a partir das necessidades do usuário.

Pensar que muitas pessoas não conseguem um procedimento de consulta com especialista ou um exame e nem chegam a recorrer ao judiciário e, quando isso acontece, até a fase de cumprimento da liminar muito já se aguardou, gerando agravos à saúde pela espera ou até mesmo a perda da eficácia de uma cirurgia por complicações clínicas significa a violação do direito à saúde e aviltamento da dignidade da pessoa humana.

Outra hipótese não confirmada é a de que há satisfação imediata da demanda após decisão liminar, garantindo-se, desta forma, o acesso aos serviços de saúde, uma vez que 58% das decisões liminares proferidas foram cumpridas fora do prazo, ou seja, mais tempo de espera para o usuário cuidar de sua saúde, vivenciando dias de angústia e medo de morrer.

Conclui-se que para o usuário e sua família, que veem a prescrição médica negada pela Administração do serviço público, recorrerem a instituições como o Ministério Público e da Defensoria Pública em busca da garantia do direito fundamental e social que é a Saúde, é ter a oportunidade de se fazer ouvido e respeitado, impondo-se aos gestores municipais e estaduais uma resposta à sua necessidade, sob pena de sanção financeira. Não se pode impedir o direito à vida e à saúde, amparados constitucionalmente, pelo argumento da reserva do possível.

É grande a responsabilidade do magistrado em conceder o direito à saúde que é negado por problemas de gestão pública. Parece que o objetivo do magistrado não é a execução de multas pelo descumprimento de suas decisões, mas que o gestor possa se organizar para atender equitativamente as demandas da população que depende do SUS, que sejam atendidos os princípios da universalidade de acesso aos serviços de saúde, a integralidade da assistência e o funcionamento das ações e de serviços de atenção à saúde organizados em rede regionalizada e hierarquizada, de maneira que o Município de Ilhéus e o Estado da Bahia assumam cada um seu papel na assistência à saúde da população.

REFERÊNCIAS

- BAHIA. Secretaria da Saúde. Superintendência de Regulação, Atenção e Promoção da Saúde. Diretoria de Assistência à Saúde. Coordenação da B135 Regulação. **Manual para Implantação de Centrais de Regulação**. Salvador, SESAB, 2003.
- BARRETO, J. L et al. Perfil das demandas judiciais por medicamentos em municípios do estado da Bahia. **Revista baiana de saúde pública**, v.37, n.3, p.536-552 jul./set. 2013.
- BARROSO, L.R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva**: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. UNIJUS. Uberaba, v. 15, n. 7, p. 13-38, nov. 2008.
- BITTENCOURT, Guaraci Bragança O “Estado da Arte” da produção acadêmica sobre o fenômeno da judicialização da saúde no Brasil. **Cad. Ibero-Amer. Dir. Sanitário**, Brasília, nº 5, v. 1, p. 102-121, jan./mar, 2016.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Judicialização da saúde no Brasil**: dados e experiência. Coordenadores: Felipe Dutra Asensi e Roseni Pinheiro. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.
- BRASIL. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **Regulação em Saúde / Conselho Nacional de Secretários de Saúde**. – Brasília: CONASS, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRASIL. Lei n. 8.080. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União; 1990; 20 de setembro de 1990.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Executiva. **Sistema Único de Saúde: princípios e conquistas**. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.
- CNJ. Conselho Nacional de Justiça. **Conselho aprova nova resolução para reduzir judicialização da saúde**. Thaís Cieglinksi. Agência CNJ de Notícias Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em 09 de fevereiro de 2017.
- CRUZ, Mariana Fordellone Rosa. **O dever do Estado na efetivação do direito à saúde**: os papéis dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo, 2014.
- DAVIES, A.C.I. **Saúde Pública e seus limites constitucionais**. São Paulo: Verbatim, 2012.

- EQUIDADE. In: DICIONÁRIO do SUS. Fundação Oswaldo Cruz. Disponível em: < <https://pensesus.fiocruz.br/equidade> >. Acesso em: 28 de setembro de 2017.
- GOMES et al. Judicialização de procedimentos ambulatoriais e hospitalares. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, nº 30, v.1, p. 31-43, jan, 2014.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 5 ed. São Paulo: editora Atlas, 2014.
- MARQUES, O. R. A.; MELO, M. B.; SANTOS, A.P. S. Ações judiciais no âmbito do Sistema Único de Saúde do Brasil, bases legais e implicações: um estudo de caso em um tribunal da Região Sudeste. *Rev Direito Sanitário*. São Paulo, v. 12, n. 1, jun.2011.
- NASCIMENTO, C. V. Direito Fundamental à saúde. In: MARTINS, I. G. S; MENDES, G.F., NASCIMENTO, C. V. (coord.) *Tratado de direito constitucional*, v. 2, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p. 379 –n437.
- NUNES, C. F. O.; RAMOS JÚNIOR A. N. Judicialização do direito à saúde na região Nordeste, Brasil: dimensões e desafios. *Cad. Saúde Coletiva*, 2016, Rio de Janeiro, 24 (2): 192-199.
- OLIVEIRA, L. M. et al. Ministério Público e sua atuação nas políticas de saúde. *Revista Direito Sanitário*. São Paulo, v. 15, n. 3, p. 142-161, 2015.
- PEPE et al, A judicialização da saúde e os novos desafios da gestão da assistência farmacêutica. *Ciência & Saúde Coletiva*, n 15, v.5, p. 2405-2414, 2010.
- PRADO, Ana Paula Barroso de Salles Paiva. *Direito fundamental à saúde: direito social tratado como direito individual no Brasil. Dissertação de Mestrado em Direito*. Faculdade Direito do Sul de Minas, Programa de Pós-Graduação em Direito. Pouso Alegre– MG, 2012.
- REISSINGER, Simone. Aspectos controvertidos do Direito à saúde na Constituição Brasileira de 1988 / *Dissertação (mestrado)* – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Belo Horizonte, 2008.
- SCHWARZ, R. G. *Os direitos sociais e a sindicabilidade judicial das políticas públicas sociais no Estado democrático de direito*. São Paulo: LTR, 2013.
- SERRANO, M.A.M. *O sistema único de saúde e suas diretrizes constitucionais*. São Paulo: Verbatim, 2012
- TEIXEIRA, N. F. Limites à efetivação judicial do direito à saúde. In: FERRAZ, F.B; Araujo, E. A. B. S; MARQUES JUNIOR, W. P. (Org.). *Direitos fundamentais sociais na contemporaneidade*. Org. São Paulo: LTr, 2014.
- UNIÃO DOS MUNICÍPIOS DA BAHIA– UPB. *Central de Regulação de Ilhéus atende em média 150 pessoas por dia e gerencia prestação de serviços de saúde*.

2014. Disponível em: < <http://upb.org.br/noticias/central-de-regulacao-de-ilheus-atende-em-media-150-pessoas-por-dia-e-gerencia-prestacao-de-servicos-de-saude/>>. Acesso em 14 de outubro de 2017.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-da-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.htm> | > Acesso em 28 de setembro de 2017.

ZANCHI, Marco Túlio; ZUGNO, Paulo Luis. *Sociologia da saúde*. 3 ed. Caxias do Sul, RS: Educs, 2012.

CAPÍTULO XXIII

A precarização na era digital: o mito da autonomia de vontade e a “uberização” no âmbito das relações trabalhistas

*Gleisiane Pereira Santos da Silva**

PALAVRAS-CHAVE: Uberização do Trabalho. Precarização. Flexibilização das leis Trabalhistas. Direito do trabalho. Neoliberalismo.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A 4ª revolução industrial e suas implicações na sociedade. 3. O fenômeno da uberização do trabalho. 4. A dignidade da pessoa humana e o princípio do não retrocesso social à luz do direito dos ‘uberizados’. 5. Da (in) existência do vínculo empregatício dos trabalhadores em aplicativos. 5.1. Dos elementos caracterizadores da relação de emprego. 5.1.1 Do entendimento dos Tribunais pátrios trabalhistas. 6. Considerações finais.

1. INTRODUÇÃO

O início da revolução industrial é marcado pela transformação das relações trabalhistas. Com o declínio do sistema feudal e o surgimento do capitalismo em escala mundial, o trabalho humano assume seu valor por meio da figura do assalariado. E é assim que se inicia a luta da classe proletariada por melhores condições de trabalho.

As ideias liberalistas desse período contribuíram significativamente para o surgimento do Direito do Trabalho. A intensa exploração vivenciada pelos trabalhadores em geral motivou a luta por melhores condições de

(*) Advogada Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. E-mail: gleisianeperieras@gmail.com.

trabalho e criação de diretrizes voltadas à proteção dos trabalhadores. Sendo assim, o trabalho deixa de ser considerado mera mercadoria e passa assumir um compromisso social de elevação e preservação da dignidade da pessoa humana.

No entanto, ainda que tenhamos consolidado o status social do trabalho humano, as mudanças ocorridas nos últimos anos em relação aos meios de produção e acumulação de capital, fez surgir novas modalidades de trabalho, em sua maioria desprovidas de qualquer proteção legislativa.

A expansão da tecnologia no mundo trabalho, também conhecida como 4ª revolução industrial, desencadeou para o alto índice de desemprego. Diminuíram-se os postos de trabalho em virtude da extinção de determinadas funções com a implementação de maquinários cada vez mais modernos capaz de substituir o trabalho humano.

Cenário promissor para incentivo à competitividade e à flexibilização dos direitos sociais, e conseqüentemente precarização do trabalho com novas modalidades de contratação, diferentes daquelas tradicionalmente conhecidas, ou seja, uma nova categoria de trabalhadores através do surgimento da “uberização” do trabalho.

Nesse sentido, o presente artigo tem como objetivo identificar quais foram as mudanças provocadas no mundo do trabalho em virtude do avanço tecnológico oriundo do novo modelo industrial cibernético, que desencadeou na disseminação do incentivo à marginalização do trabalho, com a implementação de políticas neoliberais e criação de novas modalidades de trabalho precarizado.

Ademais, especificamente, discutirá se as normas atuais de proteção ao trabalho é capaz de assegurar direitos aos uberizados ou os excluem por completo. No mesmo modo, analisará, se há relação empregatícia daqueles que trabalham nas plataforma de tecnologia. Bem como, discutirá a respeito da nova era brasileira, que busca aquecimento da economia com a diminuição de direitos, através de discursos de crescimento pessoal com base na meritocracia, autonomia de vontade e liberdade individual, que esconde, neste perverso sistema, a retirada de direitos sociais que contribuíram por muito tempo para o alcance máximo da dignidade do trabalhador. No qual, de modo crítico, analisará, não apenas sobre

a ótica jurídica, mas também sobre os critérios sociais da dignidade da pessoa humana, proibição de retrocesso social e primazia da realidade.

Dividida em quatro capítulos mais as considerações finais, a pesquisa terá como método de abordagem, aspectos hipotético-dedutivos, ou seja, mostrará ao leitor quais são os reflexos que compõem ao que popularmente conhecemos de uberizados. Assim reside na combinação entre documentação direta e indireta nas técnicas de pesquisa, indiciando o conceito chave que compõe o universo da pesquisa “A precarização na era digital: o mito da autonomia de vontade e a “uberização” no âmbito das relações trabalhistas”.

Deste modo, esta pesquisa científica, tem o propósito, portanto, de provocar reflexões a partir da legislação vigente e identificar quais as garantias existentes no Direito brasileiro capaz de possibilitar a melhora daquele trabalhador marginalizado por implementação de novas políticas governamentais que visam, tão somente, a exclusão de direitos reconhecidos através da luta da classe trabalhadora.

2. A 4ª REVOLUÇÃO INDUSTRIAL E SUAS IMPLICAÇÕES NA SOCIEDADE

As revoluções industriais ao longo da história do mundo consagrou inúmeras modificações nas relações trabalhistas, e conseqüentemente sua luta por melhores condições de trabalho. Da mesma forma que vários direitos trabalhistas foram reconhecidos durante desse período, novas formas de precarização do trabalho passaram a ser incorporadas em nossa sociedade. Assim, as relações trabalhistas renovam-se dia-após-dia para acompanhar as crescentes e desenfreadas transformações do mundo capitalista.

A sociedade do século XXI é marcada pelo início de uma nova organização no mundo do trabalho. Em virtude do avanço tecnológico, o modo de execução do trabalho humano precisou ser reinventado, mais uma vez as relações trabalhistas se modificavam. Hoje é possível se conectar de maneira rápida e fácil, “por meio da robótica e da informática tornaram-se possível o aumento da produção e a melhoria da qualidade dos produtos e serviços” (PAMPLONA; SANTOS, 2020,

p. 101), simplificou-se o modo de trabalhar, adquirir serviços e se comunicar: “Tudo está na palma das mãos”.

No entanto, ao contrário do previsto, o desenvolvimento tecnológico não alterou as condições do assalariado. Pelo contrário, a informatização desencadeou em uma série de instabilidade e insegurança, sedimentando novas modalidades de trabalhos, sem contratos e sem qualquer direito assegurado (ANTUNES, 2018, p. 29).

O modelo industrial cibernético denominado de 4ª revolução industrial, ao implementar maquinários ultramodernos em seus meios de produção dispensou gradativamente o trabalho humano, e conseqüentemente, reduziu o número de postos de trabalho formais, aumentando o número de desempregados. Com o intuito de consagração desse novo modelo produtivo, propagou o incentivo à concorrência, ao individualismo e a flexibilização dos direitos trabalhistas já conquistados, defendendo a falsa ideia de liberdade e autonomia (NOGUEIRA, 2018, p. 67). Nesse ínterim, preconiza Antunes (2018, p. 35) que

[...] ao contrário da eliminação completa do trabalho pelo maquinário informacional-digital, estamos presenciando o advento e a expansão monumental do *novo proletariado digital*, cujo trabalhos, mais ou menos intermitentes, mais ou menos constantes, ganharam novo impulso com TICs, que conectam, pelos celulares, as mais distintas modalidades de trabalho. Portanto, em vez do *fim do trabalho na era digital*, estamos vivenciando o *crescimento exponencial do novo proletariado de serviços*, uma variante global do que se pode denominar *escravidão digital*. Em pleno século XXI.

As mudanças significativas do capital econômico com a implementação da informatização introduziu uma nova divisão internacional do trabalho pautada na tendência de intensificação dos níveis de precarização e informalidade (ANTUNES, 2018, p. 35). Deste modo, instaura-se em todo o mundo, inclusive no Brasil, ideias neoliberalistas que buscam a retirada do Estado na melhoria do bem-estar social, trazendo um evidente cenário de competitividade, desproteção aos desiguais e diminuição de direitos fundamentais.

No novo mundo da “sociedade em desenvolvimento” o indivíduo não deve mais se ver como um trabalhador, mas como uma empresa que vende um serviço em um mercado. [...] É sobretudo a resposta a uma nova regra do jogo que muda radicalmente o contrato de trabalho, a

ponto de aboli-lo como relação salarial. [...] Em outras palavras, como o trabalho se tornou um “produto” cujo valor mercantil pode ser medido de forma cada vez mais precisa, chegou a hora de substituir o contrato salarial por uma relação contratual entre “empresas de si mesmo”. (DARDOT; LAVAL, 2016. p. 335)

A figura do empregado investido de responsabilidade coletiva desaparece, dando espaço ao homem empreendedor, aquele que precisa “se esforçar para conseguir o que quer” e deve “trabalhar mais para ganhar mais” (DARDOT; LAVAL, 2016. p. 381). Assim, o indivíduo deixa de ter direitos e passa a ser autor de suas próprias decisões, ou seja, um empreendedor de si mesmo.

É neste contexto, através da falsa percepção de liberdade por meio de políticas neoliberais, de incentivo ao empreendedorismo, aumento do desemprego e flexibilização do trabalho, que o capitalismo moderno se instaura, trazendo novas formas de precarização do trabalho. Dando início ao que chamamos de “uberização” do trabalho, “amplia-se a ‘pejorização’, florescendo uma nova modalidade de trabalho: o escravo digital. Tudo isso para disfarçar o assalariamento” (ANTUNES, 2018, p. 29). É sobre a modalidade de trabalho uberizado que repousará as lições a seguir.

3. O FENÔMENO DA UBERIZAÇÃO DO TRABALHO

Inicialmente é imprescritível destacar que o termo “uberização” expressa um fenômeno linguístico que faz referência a plataforma de compartilhamento na área de mobilidade urbana, no qual os usuários buscam por motoristas através de aplicativo criado pela empresa norte americana chamada Uber.

Assim, utilizando-se da denominação de uma das maiores empresas no ramo de tecnologia e subcontratação de serviços, surge a expressão “uberização do trabalho” para caracterizar uma nova modalidade de relação trabalhista. Através de um aplicativo de celular, empresas apropriam-se do mais valor gerado pelo serviços de trabalhadores desprovidos de proteção e vínculo empregatício, visando a manutenção do capital por meio da precarização do trabalho humano.

Iludiu-se quem acreditava que com a chegada da tecnologia em escala mundial estaríamos diante de melhores condições de trabalho. O novo sistema consagra a fase mais perversa do capitalismo, através de políticas neoliberalistas flexibiliza dos direitos conquistados ao longo da história, e conseqüentemente firma uma nova onda de trabalho precarizado. Sem qualquer preocupação com os direitos trabalhistas duramente conquistados, trabalhadores e trabalhadoras arcam sozinhos com toda e qualquer despesa: seguridade social, manutenção de seus objetos de trabalho, segurança, alimentos, limpeza etc. (ANTUNES, 2018, p. 40). Deste modo, “ao invés do discurso de empreendedorismo, de autonomia, o que tem ocorrido é a exploração e o risco repassado aos trabalhadores, enquanto os donos das empresas acumulam lucros” (ARAÚJO, 2019, p. 12).

Ademais, acrescenta Guimarães *et al.* (2020, p. 64) que “o uso da tecnologia ao mesmo tempo que torna ainda mais precária as condições empregatícias mantém uma sofisticada sensação de liberdade e autonomia devido ao fato de não haver patrão”. Essa falsa percepção de autonomia de vontade caracteriza uma espécie de terceirização virtual, que com o intuito de diminuição de custos empresariais e aumento da produtividade, empresas fornecem seus serviços por meio de ferramentas tecnológicas (COSENTINO FILHO 2017, p. 211). Assim, normaliza situações que até então eram proibidas, como é o caso de terceirização de atividade-fim que se assemelha com a situação vivenciada por aqueles que prestam serviços através de plataformas virtuais.

Outrossim, sabe-se que esta nova perspectiva trabalhista tem a capacidade de impedir a convivência em grupos, em virtude da competitividade, ou ainda em decorrência do isolamento que marca as ideias individualistas do sistema neoliberais, inviabiliza a mobilização como classe trabalhadora. Os trabalhadores de aplicativos acabam por suportar sozinhos todas as mazelas que impedem de fazer valer seus direitos, dificultando e enfraquecendo a luta da classe por melhoria nas condições de trabalho. Gerando assim, um ambiente hostil, degradante, com direitos reduzidos, de completa insegurança e retrocesso social, visto que inexistente qualquer aparato social, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana e conseqüentemente o patamar civilizatório mínimo.

4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL À LUZ DO DIREITO DOS “UBERIZADOS”

A atual Carta Magna, promulgada em 5 de outubro de 1988, conhecida popularmente como Constituição Cidadã, traz como fundamento do Estado Democrático de Direito, em seu art. 1º, a dignidade da pessoa humana. Sendo entendida como uma garantia constitucional que todo e qualquer indivíduo possui, a dignidade da pessoa humana consiste na proibição de toda e qualquer situação que tenham por objetivo diminuir o indivíduo, impossibilitando-o de conquistar condições mínimas de subsistência.

No âmbito das relações trabalhistas, pontua Jorge Neto que à dignidade da pessoa humana

[...] é a plenitude concreta de todos os direitos fundamentais para que todos os seres humanos gozem de um tratamento idêntico e realístico quanto às condições de vida em sociedade. Nesse contexto temos o Direito do Trabalho, como um conjunto de normas, princípios e institutos que visam atenuar os antagonismos decorrentes da relação trabalho e capital, estabelecendo regras de proteção ao trabalhador. (JORGE NETO, 2019, p. 194)

Dessa maneira, caberá ao Direito Trabalho a criação de normas que vise proporcionar condições sadias e benéficas aos trabalhadores, buscando ao máximo “a dignificação da pessoa por meio de um trabalho decente” (LEITE, 2020, p. 151). Logo, aqueles que estão inseridos nas relações de trabalho sob demanda via aplicativo têm por direito o respeito à sua dignidade.

Com efeito, destaca o art. 170 da Constituição Federal que “o exercício da atividade econômica no sistema econômico brasileiro é assim amplamente vinculado ao atendimento de outros interesses e finalisticamente comprometido com a realização da justiça social e a promoção da dignidade da pessoa humana” (MELLO, 2016, p. 154). Assim, com o intuito de efetivar possibilidades justas de trabalho, as empresas, por sua vez, têm como objetivo primordial a promoção da dignidade, permitindo que todos os trabalhadores possuam a mais elevada condição de subsistência. Portanto, o sistema capitalista não

poderá buscar lucro a qualquer custo, pois irá de encontro aos preceitos estabelecidos constitucionalmente.

A dignidade consagra-se na luta por melhores condições de trabalho, através de garantias de direitos mínimos. Contudo, ao contrário do que se estima, a uberização do trabalho visa a correção progressiva dos direitos trabalhistas conquistados nos últimos tempos. Assim, a forte campanha por liberdade individual, que na verdade esconde a cruel fase da depreciação de direitos, configura a nova modalidade de autonomia do trabalho, marcada por um relação trabalhista de “patamar intermediário entre o trabalho subordinado – típico da relação de emprego – e o trabalho autônomo” (DELGADO, 2019, p. 75), denominada de parassubordinação.

É nesse eloquente cenário de retrocesso social, acompanhado do discurso de formulação do direito do trabalho que “a ideologia neoliberal dissimula o aumento da exploração de classe atribuindo ao trabalhador uma falsa noção de responsabilidade sobre sua condição por meio de expressões como empreendedorismo, cooperativismo, colaboração, meritocracia” (MOEDA, 2017, p. 78), e outros, como é o caso da figura do motorista da Uber que é intitulado de *‘parceiro’*.

Nessa perspectiva o trabalho humano retoma o status de mercadoria, desvinculando-se do caráter social, haja vista que as empresas fornecedoras de serviços em aplicativos utilizam-se da força do trabalho, a todo e qualquer custo, sem a observância das regras de direitos trabalhistas.

Os uberizados compreende uma categoria completamente a margem dos direitos trabalhistas, submetidos ao cumprimento de metas, por meio de um sistema de recompensa e punição determinado de autocontrole, no qual o crescimento é avaliado através do resultado (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 228). Não há outra alternativa senão trabalhar 10, 12 ou até 14 horas, sem descansos semanais remunerados, férias anuais ou horário de almoço, do contrário, caso opte por não submeter a esta realidade, não irão receber “salário” (ANTUNES, 2020, p. 181).

Assim, por não possuir direitos sociais assegurados, assemelha-se ao trabalhador da 1ª Revolução Industrial, ou seja, sua liberdade possibilita a escolha: trabalhar sem proteção legislativa para sobreviver ou não trabalhar (MELO 2020, p. 667).

Nesse sentido, ainda sob a ótica dos princípios constitucionais, considerando que não é permitido retroceder direitos sociais conquistados ao longo da história, há, também, como princípio norteador que reger as normas trabalhistas o princípio do não retrocesso social. Assim, é vedado ao Estado a criação ou extinção de normas que visam a redução de direitos já instituídos em nossa sociedade.

À vista disso, salienta Flávia Bahia (2017, p. 221) que o princípio da vedação ao retrocesso social

[...] expressa a ideia de que uma vez obtido um determinado grau de realização dos direitos sociais, eles passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo, podendo formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas do Estado que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.

Desse modo, a vedação do retrocesso social atua como se fosse uma espécie de filtro catalizador capaz de barrar as modificações que impede o desenvolvimento social, através na aferição de legitimidade constitucional. Sendo assim, sempre que houver ameaça, que tenha como objetivo “de suprimir, diminuir ou neutralizar os direitos trabalhistas já garantidos ou de potencializar a piora das condições sociais” dos trabalhadores, esta será duvidosa (BARBOSA, 2019, p. 38).

Em consonância aos princípios apresentados, não é legalmente admissível, por exemplo, “que o algoritmo, gerenciador das tarefas do trabalhador humano, permita, ou pior, estimule jornadas diárias superior a 08 horas de trabalho (MELO, 2020, p. 669), por contrariar o quanto previsto no art. 7º, inciso XIII¹, de nossa Constituição Federal, que impõe sobre os parâmetros de jornada trabalho.

Neste sentido, os trabalhadores em aplicativos devem ser tratados de maneira digna, através da observância de normas constitucionais

1. Art. 7º, inciso XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

e infraconstitucionais que garante condições mínima de trabalho decente, e conseqüentemente a manutenção de todos os direitos legalmente previstos: seguridade social, saúde, respeito a jornada de trabalho, salário compatível com a lei e etc. Sendo importante ressaltar que a Era da Informatização, consolidada através da incrementação tecnológica, não pode corroborar para a diminuição dos direitos arduamente adquiridos ao longo do tempo pela classe trabalhadora. Portanto, é dever do Direito do Trabalho, em caráter institucional, lutar pela manutenção dos direitos já conquistados, bem como estar preparado para solucionar, da melhor forma possível, levando em consideração à realidade fática que manifesta-se tais situações, os conflitos que vem a surgir em virtude das novas modalidades de relações trabalhistas criadas a partir do avanço tecnológico.

5. DA (IN) EXISTÊNCIA DO VÍNCULO EMPREGATÍCIO DOS TRABALHADORES EM APLICATIVOS

A modernização tecnológica, que culminou no desenvolvimento social através da industrialização cibernética, proporcionou uma mudança por completo nos modelos de produção. A entrada da robotização no mercado capitalista diminuiu os postos de trabalho, haja vista que o trabalho humano passou a ser substituído por máquinas e sistemas de TIs (tecnologia da informação) ultramodernos, resultando na flexibilização normativa das leis trabalhistas e no alto índice de desemprego, e conseqüentemente o surgimento de novas formas de exploração do trabalhador.

As plataformas digitais, utilizam da flexibilização trabalhista para intermediar a mão de obra desses profissionais. E é neste contexto que surge o neologismo denominado de uberização do trabalho, relação jurídica trabalhista marcada pela completa exclusão dos direitos trabalhistas, que

[...] se expressa pela utilização da tecnologia no mundo capitalista não favorecendo o trabalhador, pelo contrário, precariza cada vez mais as formas empregatícias e de trabalho através de aplicativos, configurando como forma de trabalho cada vez mais desregulamentado e desprotegido. (GUIMARÃES, 2020, p. 65)

Segundo Maurício Godinho Delgado (2019, p. 333) relação de trabalho “refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial em uma obrigação de fazer consubstanciada em *labor humano*”. Nessa perspectiva, a relação de trabalho é gênero que comporta todas as espécies de trabalho permitidas em nosso ordenamento jurídico.

Sendo considerada umas das modalidades da relação de trabalho, a relação de emprego é caracterizada pela presença de fáticos-jurídicos, “ocupa-se de um tipo específico de atividade humana: o trabalho subordinado, prestado por um tipo especial de trabalhador, que é o empregado” (LEITE, 2020, p. 290).

Dessa forma, conforme com preceitos previsto no art. 3º, da CLT, “considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. A partir dessa circunstância, umas das questões levantadas na atualidade é a análise sobre a existência ou não de vínculo empregatícios dos uberizados com as plataformas de serviços.

5.1. Dos elementos caracterizadores da relação de emprego

A sociedade moderna, inserida através da inovação tecnológica, contribuiu para criação de novas composições contratuais de trabalho por meio das plataformas digitais. Em virtude dessa globalização mundial, novas discussões surgem com intuito de compreender e analisar como as transformações nas relações trabalhistas interfere no trabalhador moderno. Em face disso, faz-se necessário que a justiça trabalhista brasileira esteja preparada enfrentar o desenfreado avanço digital que tem como objetivo a manutenção do capital em detrimento do valor social do trabalho.

É pertinente salientar que as relações trabalhistas denominada popularmente de uberização do trabalho, tem como característica marcante a precarização do trabalho humano, no qual, em virtude da máxima exclusão de normas de proteção ao trabalhador, busca através da marginalização do labor disfarçar uma típica relação de emprego.

Dessa forma, considerando a realidade fática empregada ao caso concreto, o estudo sobre a existência ou não de vínculo empregatício

daqueles que prestam serviços por meio de plataformas digitais é definido, com a devida observância ao princípio da primazia da realidade, através da presença de elementos caracterizadores para esta modalidade de trabalho. Assim, para considerar relação de emprego o trabalho realizado por estes profissionais precisa preencher os requisitos indispensáveis para sua configuração quais sejam: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação.

Nesse sentido, a pessoalidade diz respeito à impossibilidade do trabalhador ser substituído por outro perante a mesma relação empregatícia. Assim, em consideração o pacto laboral existente entre os trabalhadores uberizados e as empresas prestadoras de serviços em aplicativos, percebe-se que o requisito da pessoalidade pode ser eventualmente preenchido. Corrobora esse entendimento o fato de que a prestação de serviço desses profissionais só acontece após a realização de cadastro, além da exigência de diversos documentos que visam na comprovação a identidade e a idoneidade do trabalhador.

A Uber por exemplo, impõe o envio de documentos como atinentes criminais, carteira de motorista especial para exercer a função de condutor remunerado, certidões negativas e até mesmo a possibilidade de entrevista pessoal. Ademais, conforme previsto nos termos e condições, a mencionada empresa proíbe o compartilhamento de contas entre motoristas, considerando um sério problema de segurança, sendo que em caso de suspeita de tal ocorrência o trabalhador terá sua conta suspensa imediatamente.² Portanto, em virtude do minucioso critério que estas plataformas de aplicativos determina aos seus trabalhadores, resta caracterizada a pessoalidade como elemento da relação empregatícia.

No que diz respeito a onerosidade, esta se traduz na existência de uma contraprestação econômica pelo trabalho do obreiro, é o

2. Os termos e condições da Uber não permitem o compartilhamento das contas dos motoristas parceiros. O uso da sua conta por outro motorista se constitui como um sério problema de segurança. Se soubermos que um motorista não corresponde ao perfil do motorista parceiro exibido pelo aplicativo do passageiro, a conta será suspensa imediatamente e ficará pendente para investigação. Disponível: <https://help.uber.com/driving-and-delivering/article/posso-compartilhar-minha-conta-com-amigos?nodeId=1d93388d-cf19-408f-9c41-743dbdd34d44>. Acesso em 26 de junho de 2021.

recebimento de contraprestação pelo serviço prestado (DELGADO, 2019, p. 345). Este pode ocorrer de forma fixa ou variável, em dinheiro ou parte em utilidades, como o salário in natura, trazido pelo art. 458 da CLT.

Neste ínterim, vale ressaltar que grande parte das empresas prestadoras de serviços digitais controlam, através de diretrizes e políticas internas organizacionais, o repasse dos valores recebidos pelas atividades realizadas, assim como estabelece padrões de valores a serem cobrados, formas de pagamento, possíveis promoções e descontos para os usuários. Assim, percebe-se que não há qualquer autonomia de vontade em relação ao uberizado gerir individualmente seu modo de ganhos pelo seu trabalho.

Do mesmo modo, é possível salientar ainda que, apesar de os trabalhadores em aplicativo possuir ‘certa’ independência e autonomia para escolher os dias e horários que irão se conectar a plataforma para executar os serviços, este trabalho não se confunde com habitualidade, pois a característica fundamental da não-eventualidade é a continuidade do contrato. Ademais, a flexibilização ocasionou no aumento do número de desempregados, com isso, muitos profissionais, veem como única oportunidade de sobrevivência sua dedicação exclusiva e intensa do trabalho nas plataformas de aplicativos.

Diante disso, é possível verificar que a relação que envolve os uberizados, em tese, se prolonga no tempo, tendo vista que a falta de empregos formais em nossa sociedade exige desses profissionais a extrapolação da carga horária média para conseguir o mínimo substancial, descaracterizando a esporadicidade.

Além disso, para que haja reconhecimento de vínculo de emprego, é imprescritível a existência de subordinação que “decorre da situação de ‘dependência’ (CLT, art. 3º) do empregado em relação ao empregador” (LEITE, 2020, p. 296). Assim, com observância do princípio da primazia da realidade, o contrato de prestação de serviços do uberizado com as empresas de aplicativo consiste no controle da mão-de-obra. A plataforma determina a porcentagem dos valores recebidos pelos serviços realizados, além disso existe risco iminente do trabalhador sofrer algum tipo de sanção, em virtude do sistema avaliativo de notas, onde é possível deixar sugestões ou reclamações para que os serviços sejam melhorados.

É inclusive o que acontece com os trabalhadores que prestam serviços para a empresa Uber, no qual são proibidos de recorrer corridas desenfreadamente, “quando o fazem, sofrem represálias por parte da empresa, que podem resultar no seu “desligamento” (ANTUNES, 2018, p. 40). Logo, sob a ótica de sistema de precarização das relações trabalhistas consagrada a partir este novo modelo de flexibilização das normas que visam proteção ao trabalhadores, é importante estabelecer uma discussão, também, de como, atualmente, nossos Tribunais vêm decidindo.

5.1.1. Do entendimento dos Tribunais pátrios trabalhistas

A tendência demonstrada pelos tribunais brasileiros, é a de não ser possível o reconhecimento da relação no vínculo empregatício dos trabalhadores em aplicativos, pois, segundo eles, a relação contratual estabelecida por estes não contempla todos (ou nenhum) os quesitos necessários de emprego. Uma vez que, apesar das empresas terem como objetivo único a intermediação de prestadores de serviços, os trabalhadores não estão inseridos na estrutura dinâmica da plataforma, tendo em vista que trata-se, tão somente, de instituição voltada para a área de tecnologia da informação com o intuito de criar uma conexão entre dois interessados: *trabalhador e empresa* (ANDRADE, 2017).

De acordo com este raciocínio, impõe que toda relação deve ser pautada na boa-fé, assim para que toda obrigação jurídica funcione corretamente é necessário à existência de regras de bom relacionamento. Ao optar por utilizar a plataforma como mediador de serviços, o trabalhador precisará se adequar aos regulamentos impostos pela relação contratual. Desta maneira, toda organização empresarial possui o mínimo de controle de qualidade em seus serviços, nem por isso caracteriza vínculo empregatício.

[...] podemos citar a título de exemplo, o controle existente entre uma franqueada e o franqueador; já que, conforme pacificado na Jurisprudência (pela inexistência de vínculo empregatício), o que acontece nessa espécie de contrato é a transmissão do conhecimento (know-how) e da estratégica de sucesso no mercado, e não uma imposição absoluta de obediência do franqueado para com o franqueador, ou seja, a título de comparação, o Uber estabelece requisitos

a serem seguidos pelos motoristas (carro recentemente fabricado, vestimentas mais sociais e etc.), para que estes busquem organizar os elementos do negócio na busca do seu lucro. (ANDRADE, 2017)

Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) firmou o entendimento que a retenção dos ganhos, e conseqüentemente o prazo para transferência dos valores arrecadados na prestação de serviço não configura onerosidade, haja vista que trata-se apenas de uma regra de organização da plataforma digital. Além disso, ressalta-se ainda que não há subordinação, visto que os trabalhadores não são obrigados a permanecer na plataforma, e caso optem por sair, em tese, não sofrem nenhuma sanção, prevalecendo o argumento que a relação jurídica é autônoma, é inclusive, o se verificar na decisão proferida no Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 1000123-89.2017.5.02.0038, nesse sentido o Ministro Relator Breno Medeiros argumentou que

[...] a possibilidade de ficar “*offline*”, sem delimitação de tempo, [...] indica a ausência completa e voluntária da prestação dos serviços em exame, que só ocorre em ambiente virtual. Tal fato traduz, na prática, a ampla flexibilidade do autor em determinar sua rotina, seus horários de trabalho, locais que deseja atuar e quantidade de clientes que pretende atender por dia. Tal autodeterminação é incompatível com o reconhecimento da relação de emprego, que tem como pressuposto básico a subordinação, elemento no qual se funda a distinção com o trabalho autônomo.

Ademais, em pese as regras impostas pela plataforma digital de serviços estabelecer restrições de uso aos profissionais, fazendo com que seja reconhecido o requisito da personalidade, o posicionamento jurisdicional majoritário é no sentido de que a gestão empresarial de controle de qualidade não é capaz de reconhecer a relação de emprego. A Uber por exemplo, utiliza-se de mecanismos para que os serviços sejam executados por qualquer trabalhador, através do cadastramento de várias pessoas vinculadas ao mesmo veículo.

À vista disso, ao contrário da maioria da doutrina trabalhista, o entendimento firmado pela jurisprudência, até então, é no sentido de não reconhecer a relação de emprego dos trabalhadores em aplicativos, justificando que estes são livres para impor suas próprias decisões de uso na plataforma de serviços, seja onde, como ou quando irão trabalhar. Prevalecendo assim, a manutenção do trabalho precarizado, e

consequentemente sua mercantilização, através da falsa percepção de autonomia, liberdade e empreendedorismo, escondendo a triste realidade daqueles que precisam sobreviver.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As transformações tecnológicas ocorridas nos últimos anos, modificou por completo as relações trabalhistas em nossa sociedade. O trabalho humano foi substituído gradativamente por maquinários ultramodernos, fazendo com que diminuísse os postos de trabalho, contribuindo significativamente para o aumento do índice de desempregos. Se de um lado a informatização beneficiou o mercado, aumentando a produtividade, e consequentemente favorecendo o capitalismo, por outro abriu espaço para naturalizar novas formas de precarização do labor.

Nesse cenário de pejorativação das relações trabalhistas, discursos pautados na falsa percepção de crescimento pessoal, liberdade individual e incentivo a flexibilização das leis sociais firma-se no Brasil, por meio de políticas neoliberalistas. Essa nova era, marcada pela busca incessante de retirada de direitos trabalhistas consagra o início de uma nova revolução industrial, que tem como fundamento o estímulo à manutenção da concorrência desacerbada. Com base em ideias meritocratas, o Estado assume um papel de mercantilização das políticas sociais, contribuindo para ruptura da cooperação mútua entre os indivíduos.

Diante dessa perspectiva, estas novas relações trabalhistas, como é o caso da uberização dos serviços, propaga o incentivo do mito da autonomia de vontade, que visa a responsabilidade individual, com o objetivo de transferir os riscos da atividade econômica para o trabalhador. Uma “eficaz” tentativa de burlar direitos trabalhistas, afinal, sem alternativas, inúmeros trabalhadores, são submetidos a condições de extrema precariedade e exploração, para sobreviver passam a realizar suas atividades laborativas sem qualquer proteção legislativa.

A vista disso, o Direito do Trabalho precisa estar atento e preparado para solucionar, da melhor maneira possível, todos os conflitos que surgirão em decorrência dessa mudança social oriundas das novas configurações de trabalho. É extremamente necessário que a justiça brasileira

como um todo comece a encarar estas questões com véis crítico social, afastando de uma vez por todas critérios meramente técnicos. Ademais, se o lema é “nenhum direitos a menos”, a nova classe operaria, inserida na 4ª revolução industrial, deve buscar forças para coibir todo e qualquer retrocesso à direitos sociais arduamente consagrados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Paulo. **A inexistência de vínculo trabalhista com relação aos motoristas da plataforma Uber**, 2017. Disponível em: <http://pandrade.jusbrasil.com.br/artigos/357804931/a-inexistencia-de-vinculo-trabalhista-com-relacao-aos-motoristasda-plataforma-uber>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.
- ANTUNES, Ricardo. O VILIPÊNDIO DO CORONAVIRUS E O IMPERATIVO DE RE-INVENTAR O MUNDO. In: TOSTES, Anjuli *et al.* **Quarentena: reflexões sobre a pandemia e depois**. São Paulo: Praxis, 2020. p. 180-187. Disponível em: <http://editorapaxis.com.br/quarentena/>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- ARAÚJO, Ygor Leonardo de Souza. **Uberização do Trabalho: a relação empregatícia entre os entregadores e as empresas de aplicativos de comida**. 2019. 42 f. TCC (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/37455>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- BAHIA, Flávia. **Direito Constitucional**. 3º ed. Recife: Armador. 2017
- BARBOSA, Amanda. As Normas Benjamin Button da Reforma Trabalhista. In: BARBOSA, Amanda *et al* (org.). **Atualidades e tendências do direito e processo do trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 38-57. v. 2.
- BRASIL. DECRETO-LEI n. 5452, de 01 de maio de 1943. DEL5452. Consolidação das Leis do Trabalho. Brasil, maio. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 28 jun. 2021.
- COSENTINO FILHO, Carlo Benito. **O DIREITO DO TRABALHO NA REVOLUÇÃO INFORMACIONAL E NAS TEORIAS DOS MOVIMENTOS SOCIAIS: impactos no postulado autonomia, nas relações individuais e coletivas de trabalho**. 2017. 370 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/26806>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016. Tradução de Mariana Echalar.

- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed. São Paulo: Ltr, 2019.
- GUIMARÃES, Karoline Claudino; PINHEIRO, Silvia Silva Martins; SOUZA, Márcia de Paula. Uberização: a precarização do trabalho do capitalismo contemporâneo. **Revista Serviço Social em Debate**, [s. l.], v. 1, n. 2, p. 53-68, abr. 2020. Disponível em: <https://revista.uemg.br/index.php/Serv-Soc-Debate/article/view/3923>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- JOSÉ FILHO, Wagson Lindolfo. **A eficácia do direito fundamental da proteção em face da automação previsto no inciso XXVII, do art. 7º, da Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35702/a-eficacia-do-direito-fundamental-da-protexcao-em-face-da-automacao-previsto-no-inciso-xxvii-do-art-7-da-constituicao-federal-de-1988/2>. Acesso em: 28 jun. 2021.
- JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Direito do trabalho**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1024 p.
- MAEDA, Patrícia. **A Era dos zero direitos**: trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora. São Paulo: Ltr, 2017.
- MELLO, Maria Theresa Werneck. Função Social da Empresa: perspectiva civil-constitucional. **Revista Emerj**, Rio de Janeiro, v. 74, n. 19, p. 146-165, set. 2016. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista74/revista74_146.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021.
- MELO, Sandro Nahmias. TRABALHADORES DE APLICATIVOS E DIREITO À SAÚDE EM TEMPO DE CORONAVÍRUS. In: BELMONTE, Alexandre Agra *et al* (coord.). **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 663-671.
- NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. A 4ª Revolução Industrial e a Indústria 4.0 sob a Perspectiva da Desindustrialização – seus Efeitos sob o Mercado de Trabalho. In: BARBOSA, Amanda *et al* (org.). **Atualidades e tendências do direito e processo do trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 59-69. v. 2.
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. **Assédio Moral Organizacional**: presencial e virtual. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 192 p.
- TST. Agravo de Instrumento de Recurso de Revista: RR – 1000123-89.2017.5.02.0038.
- Relator: Min. Breno Medeiros. DJ: 05/02/2020. TST, 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.tst.jus.br/#161644fb9673d0afe87b0e522a470272>. Acesso em: 16 jul. 2021.

CAPÍTULO XXIV

Participação da mulher na política brasileira

Vanessa Luiza Figueiredo Brandão Rocha

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Referencial teórico: 2.1. Participação política; 2.2. A luta por inclusão política; 2.3. Dificuldades e conquistas na política brasileira; 2.4. A sub-representação feminina na vida política; 2.5. A igualdade de gênero; 2.6. Os desafios da mulher contemporânea no Brasil; Conclusão; Referências;

PALAVRAS-CHAVE: Participação Política, Igualdade de gênero, sub representatividade feminina.

1. INTRODUÇÃO

A democracia segundo José Jairo Gomes há de ser compreendida não apenas no plano político, mas também social e econômico, além de dar “ensejo a organização de um sistema protetivo de direitos humanos e fundamentais”. A democracia se desenvolve por meio do seu exercício. Assim, podemos dizer que a participação política é uma forma de se desenvolver a democracia.

A participação política refere-se a uma variedade de atividades, tais como, se candidatar, votar, apoiar um candidato, participar de discussões de assuntos políticos, enfim é um direito de cidadania. Segundo Lúcia Avelar as formas e os canais de participação política variam conforme o contexto histórico, as tradições das culturas políticas de um país ou região, e também de acordo com a situação social dos que participam.

A participação igualitária das mulheres na política é de suma importância para a diminuição das desigualdades, para o exercício da cidadania e consolidação da democracia brasileira, que é premissa da

Constituição Federal de 1988 que institui o Estado Democrático de Direito. Vale a ressalva que a participação na política não se restringe apenas ao direito de votar como também ao direito de participar ativamente da vida política do país.

A luta das mulheres por participação na política e por igualdade faz parte de sua busca pelo respeito da sociedade. A partir do século XX vem ganhando mais espaço na sociedade, fato este consolidado pela Constituição de 1988 em seu princípio da Igualdade, porém podemos identificar ainda nos dias de hoje muitas barreiras que a mulher encontra no exercício desse direito à participação política e à igualdade de gênero.

Diante disso, faz-se necessário a implantação de políticas públicas que reduzam a desigualdade entre o homem e a mulher, buscando combater as dificuldades cotidianas enfrentadas pelas mulheres, como a falta de oportunidade e o machismo para assim construir uma sociedade justa e igualitária, onde todos têm o direito de participar de forma ativa em assuntos de interesse geral.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2.1. Participação política

A participação política é uma expressão mais ampla que comporta outras associações, além do direito de votar e de disputar as eleições. Para Dallari (2004), participação política trata-se da prática de influir direta ou indiretamente na estruturação, funcionamento da organização social, assim como na fixação dos objetivos desta, que deve sempre visar o bem comum. A participação política continua sendo o principal fundamento da vida democrática, e o instrumento por excelência para a ampliação dos direitos de cidadania (AVELAR, 2007). Assim podemos dizer que a participação política é uma condição para o exercício da cidadania.

Por muito tempo, as mulheres foram excluídas do processo de formação e deliberações políticas e do próprio conceito de povo, cuja

soberania passara a ser o fundamento do poder político na modernidade (VARIKAS, 2003).

Em 1910, a partir da fundação do Partido Republicano Feminino, o movimento assomou no Brasil, quando mulheres lutavam para que o voto feminino fosse inserido na pauta do Congresso Nacional. Apesar das ações dos movimentos, somente em 1927, o estado do Rio Grande do Norte fora pioneiro na inclusão do voto feminino em sua Constituição, tornando-se o primeiro estado a satisfazer os anseios de sua população com a atualização legislativa e aquiescência pelo sufrágio, exercendo um paradigma para os demais estados da nação (LOURO, 1997). Enfim, no ano de 1932, durante o governo de Getúlio Vargas, promulgara-se o decreto-lei que autorizava às mulheres o direito de votarem e de serem votadas.

A participação da mulher na política brasileira teve início no governo de Getúlio Vargas, que através da Constituição de 1934 estendeu o direito de voto às mulheres, marcando o direito de participação feminina nas decisões políticas brasileiras (LENZA, 2011). Durante o período da Ditadura Militar esse direito foi violado, assim como outros direitos que foram proibidos.

Analisando o contexto histórico brasileiro podemos perceber que a participação feminina foi sempre marcada por desigualdade, pois a própria Constituição de 1934 que garantiu o direito do voto feminino, trouxe uma limitação para esse direito que se restringia às mulheres que exercessem função pública remunerada (PADILHA, 2018).

No Brasil, neste século (1901 a 2000), houve dois processos de redemocratização, pois passamos por duas ditaduras (Estado Novo e Civil-Militar) de modo que a mulher iniciou um papel mais participativo na sociedade, mas somente após a Constituição Federal de 1988 que a mulher passou a ter mais autonomia. A partir de então, a participação política, como o direito de votar e de se candidatar em cargos públicos, passou a ser considerada como um direito fundamental.

Segundo Zulmar Fachin a Constituição de 1988 é profundamente comprometida com o princípio da igualdade, garantindo condições isonômicas do exercício de direito entre as pessoas.

2.2. A luta por inclusão política

A luta pela participação política não deixou de ser influenciada pelo movimento feminista, caracterizado pela luta das mulheres para participar e exercer a cidadania. Sabemos que a Revolução Industrial foi fundamental para uma mudança na sociedade como um todo.

A necessidade latente das indústrias de conseguir mão de obra levou à inserção de mulheres no mercado de trabalho europeu. Essa mudança alterou o rumo do padrão da sociedade, visto que ela adicionava um papel a mais em suas funções: além de filha, esposa e mãe, a mulher também assumiria a função de trabalhadora (HOBSBAWN, 2003). A mulher já contribuía para a economia familiar antes da Revolução Industrial, porém foi a partir dela que houve o processo para a emancipação da mulher.

Já no início do século XX, as mulheres ingressaram no Ensino Superior, em busca de profissões com melhores remunerações como, em particular as profissões liberais, respaldadas por uma educação formal, as mulheres começaram a galgar um maior espaço, gerando um momento propício para o florescimento de movimentos femininos, em busca de direitos civis e políticos (HOBSBAWN, 2003).

Os movimentos feministas participaram ativamente da Assembléia Nacional Constituinte, sensibilizando e discutindo suas reivindicações, as quais foram contempladas quase que integralmente. A Lei Maior assegurou a igualdade em direitos e obrigações para mulheres e homens e a igualdade na sociedade conjugal, bem como a criação de novos direitos (planejamento familiar, proteção contra a violência no âmbito das relações familiares; ampliação da noção de família; não discriminação dos filhos havidos fora do casamento; licença maternidade; creches e pré-escolas; proteção ao mercado de trabalho da mulher), dentre outros (RODRIGUES, 2003).

O movimento feminista contribuiu para grandes conquistas, dentre elas, a inserção da mulher no meio político, além de mudar a mentalidade das mulheres fazendo com que estas questionassem o seu papel na sociedade, assim pode-se dizer que conscientizou a mulher do seu valor, enfatizando a questão da igualdade de gênero e da sua importância dentro dos partidos políticos.

A Constituição Federal de 1988 foi, sem dúvidas, um grande avanço para as questões de igualdade de gênero, trazendo em seu conteúdo o princípio da dignidade humana, posicionando a mulher de forma igualitária com direitos e deveres, ou seja, reforça a posição jurídica do homem e da mulher e tem o movimento feminista como peça fundamental nesse quesito.

2.3. Dificuldades e conquistas na política brasileira

As conquistas foram resultado de muitas lutas por um espaço de direito da mulher. Essa busca incansável pelos direitos iguais a todos os cidadãos foi de fundamental importância para os movimentos que apoiaram a participação da mulher na sociedade.

Na trajetória política da mulher no Brasil o direito de votar e ser votada foram um dos últimos direitos adquiridos pelas mulheres. A partir do direito de votar e com a sua participação na esfera política, a mulher pode compreender o porquê da resistência à concessão da cidadania feminina, pois nesse momento o mundo masculino perde espaço às idéias das mulheres, que buscam questionar um espaço antes masculinizado, só os homens podiam participar do legislativo e dos órgãos executivos (GROSSMANN e NUNES, 2014).

A mulher deixa de se refugiar na opinião do homem para argumentar sua proposta política, porém sua representatividade é bem inferior e isso é justificado devido ao machismo da sociedade dita como democrática.

Segundo Vaz (2008), era impensável que as mulheres ocupassem os mesmos espaços que os homens em uma sociedade patriarcalista e arcaica, da mesma forma como era impensável os negros assumirem posições de poder. As mulheres e os negros eram considerados seres humanos de segunda classe. Por isso, as políticas de cotas foram utilizadas inicialmente no combate ao racismo, e depois, na batalha contra o sexismo.

A presença de mulheres no parlamento evoca o princípio da representatividade. A idéia é que a pouquíssima presença feminina em tal espaço viola o princípio da democracia representativa, ou seja, como as mulheres constituem um grupo que é afetado por decisões políticas,

devem poder participar e intervir nos processos que as definem e ver neles refletidos os seus interesses (PINHEIRO, 2007).

Outro avanço em relação aos direitos da mulher, foi à extinção da supremacia masculina e desigualdade entre os gêneros pela Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º, inciso I, estabeleceu a igualdade jurídica entre homem e mulher.

Ao longo dos anos, o Brasil, também ratificou vários tratados internacionais que visaram os Direitos Humanos que influenciaram diretamente na inclusão da mulher na legislação brasileira.

2.4. A sub-representação feminina na vida política

Muitas pesquisas revelaram que a principal causa para as mulheres não apresentarem candidaturas é a ausência de espaço dentro dos partidos políticos, a falta de apoio e incentivo pelos mesmos, como também a ausência de conhecimento das normas existentes à participação feminina na política.

É de fundamental importância à conscientização política do papel da representatividade feminina, sendo necessária a educação política a respeito do direito à participação, para assim conquistar o direito à cidadania plena, sendo imprescindível o papel de toda a sociedade nesse contexto.

Segundo Bonavides, “só há uma saída possível para estabelecer o poder consentido no Estado moderno: O governo democrático com base representativa.” Assim podemos dizer que o governo só é democrático se for representado por todos.

A criação da Lei nº 9.100/95 foi uma ação para tentar corrigir o problema da sub-representatividade, pois pela primeira vez no cenário político brasileiro estabeleceu cota mínima de mulheres na política, a participação mínima de mulheres em vinte por cento. Posteriormente, foi criada a Lei nº 9.504/1997, apelidada de “Lei das Eleições”, estabelecendo que, para o registro de candidaturas, cada partido deve reservar o mínimo de trinta por cento e o máximo setenta por cento para cada sexo. Em 2009, criou-se a Lei nº 12.034 que tornou obrigatório o preenchimento do percentual mínimo de 30% para candidaturas

femininas, como consequência houve um aumento do número de candidatas mulheres.

O Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em sua Resolução nº 23.270/2010 decidiu que os partidos devem cumprir a cota mínima para as mulheres nas candidaturas, mesmo assim ainda não ajudou de forma direta para que as mulheres tivessem uma participação efetiva no campo político, em muitos casos elas são usadas apenas para completar a cota parlamentar de determinado partido. Em maio de 2018, o TSE também determinou que ao menos 30% do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, formado com recursos públicos, e 30% do tempo do horário eleitoral gratuito devem ser dedicados a candidaturas de mulheres.

Mesmo diante dessas leis podemos perceber que o percentual de 30% favorece a ocorrência de candidatas fantasmas pelos partidos, mostrando a sua ineficiência na prática. As medidas criadas para aumentar a participação da mulher na política são alvo de fraudes pelos partidos políticos.

2.5. A igualdade de gênero

Após a Constituição Federal de 1988, foi rompida a discriminação da mulher em relação ao homem, pois a partir de então homens e mulheres passaram a ter os mesmos direitos e deveres tanto na vida civil como no trabalho e na família.

O artigo 5º da Constituição Federal trata em seu inciso I, da igualdade de gênero, prevê que todas as pessoas independentemente de seu gênero são iguais, possuindo os mesmos direitos e as mesmas obrigações. Para esse princípio o gênero não deve ser um critério de discriminação negativa, sendo a sua igualdade imprescindível para a construção de uma sociedade mais justa e democrática.

Diante disso alguns mecanismos foram criados para equilibrar as relações de gênero, podemos citar nesse caso, a criação de cotas por gênero visando diminuir a distância da representação de mulheres e homens.

Muitos foram os argumentos a favor e contra a política de cotas para as mulheres; alguns parlamentares sustentavam um discurso com restrições explícitas ao projeto, baseado numa visão preconceituosa com

relação a mulheres, negros, homossexuais. Essa situação fica evidente no Legislativo Federal Brasileiro, na votação de algumas proposições como a que propõe parceria civil entre pessoas do mesmo sexo, ou a interrupção da gravidez, quando resultante de estupro ou traga risco de vida para a mulher, etc. (MIGUEL, 2000).

As cotas de candidatura de gênero estão previstas na Lei Geral das Eleições e desenvolvem um papel importante no processo eleitoral, pois permitem que as mulheres exerçam seu direito à participação política ao se destinar uma reserva de espaço para as mesmas.

A desigualdade de gênero na política é alarmante, a não representatividade da mulher nos espaços de poder é oriundo da sociedade machista que precisa ser combatida para somente assim conquistar um parlamento de igualdade e justiça. Essa questão da sub-representação feminina precisa ser vencida, é necessária uma reforma no sistema eleitoral capaz de fazer com que os partidos cumpram e não burlem as cotas.

2.6. Os desafios da mulher contemporânea no Brasil

Nos dias de hoje, a mulher ainda enfrenta diversos desafios relacionados com a prática de seus direitos, pois historicamente a mulher sempre foi subjugada e sempre teve seus direitos suprimidos pela sociedade machista e patriarcal.

A luta pela igualdade de gênero perpassa uma evolução lenta que vem ganhando contornos mais incisivos nos últimos anos, mas que ainda está longe de estabelecer uma igualdade material efetiva (HERMANN, 2007).

Mesmo após o advento da Constituição Cidadã de 1988, a mulher ainda é vista como objeto e devido a essa realidade houve a necessidade de criação de leis rígidas e protetivas, como a Lei nº 11.340/2006, Lei Maria da Penha, buscando combater a violência doméstica e familiar contra mulheres através de punições mais severas contra os agressores e oferecendo medidas protetivas às vítimas.

Para Hermann (2007) a proteção da mulher, preconizada na Lei Maria da Penha, decorre da construção de sua condição, ainda, hipossuficiente no contexto familiar, fruto da cultura patriarcal que facilita sua

vitimação em situações de violência doméstica, tornando necessária a intervenção do Estado.

A sociedade tende a resgatar uma cultura patriarcal incentivando a cultura da violência contra a mulher mesmo diante da proteção dada a mulher pelo ordenamento jurídico que a coloca no mesmo patamar que o homem, em relação a direitos e deveres, a mulher continua sendo penalizada pelo seu gênero.

Nota-se que ainda não temos uma sociedade igualitária, porém, existem perspectivas de um futuro democrático que será conquistado por um presente de lutas pela igualdade e respeito ao gênero. Assim a mulher deve continuar pleiteando os seus direitos e buscando seu reconhecimento nessa sociedade machista.

CONCLUSÃO

O contexto histórico e cultural de uma sociedade machista e patriarcal marca como a mulher teve que lutar por igualdade de direitos e condições de gênero. Essa luta foi desde para exercer o trabalho, para exercer a maternidade e assim também para exercer seus direitos políticos.

A igualdade de gênero é uma luta diária para as mulheres, pois seu espaço é fruto de conquistas e resultado de muito esforço, considerando que no seu dia a dia a mulher continua sendo vítima de violência e discriminação e apesar de muitas conquistas, alguns direitos ainda são desrespeitados.

Infelizmente as políticas públicas não são eficazes nesta proteção a mulher, sendo necessários programas que efetivem a proteção garantida pela Constituição de 1988, fazendo com que a mulher seja incluída na sociedade com oportunidades.

Conclui-se que para as mulheres desempenharem seus direitos políticos como protagonistas, faz-se necessário a criação e execução de políticas públicas que as reconheçam no desempenho dessa atividade. É preciso também incluir na educação das novas gerações um aprendizado sem discriminação de gênero, pois somente assim conseguiremos efetivar e consolidar a igualdade entre homem e mulher.

REFERÊNCIAS

- AVELAR, Lúcia. Participação política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Otávio (org.). **Sistema político brasileiro: uma introdução**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo: Fundação UNESP ED., 2007.
- AVELAR, Lúcia. **Mulheres na elite política brasileira**. São Paulo: Ed. Unesp/Konrad-Adenauer, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional. Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. SP: Saraiva, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. **"Ciência Política"**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. **O que é participação política**. São Paulo: Abril Cultural Brasiliense, 2004.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GROSSMANN, Lurdes Aparecida; NUNES, Josiane Borghetti Antonelo. **Algumas considerações sobre a participação política das mulheres no Brasil: da negação da cidadania e política de cotas**, 2014
- HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha: lei com nome de mulher: violência doméstica e familiar; considerações à lei nº11.340/2006**, comentada artigo por artigo. Campinas: Servanda, 2007.
- HOBBSAWN, Eric. **A era dos extremos**. SP: Companhia das letras, 2003.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 14ª ed.
- LOPES, Karin Becker. **A igualdade substancial entre os sexos: estudo sobre a participação das mulheres brasileiras na política**. Dissertação (Mestrado em Direito). 2016. 145p. Universidade de Fortaleza, Fortaleza/CE, 2016.
- LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.
- MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. **Direito eleitoral**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- MIGUEL, Sônia Malheiros. **A política de cotas por sexo: Um estudo das primeiras experiências no Legislativo brasileiro**. Brasília: CFEMEA. 2000.
- PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 5ª ed. São Paulo: Editora Método, 2018.

- PINHEIRO, Luana Simões. **Vozes Femininas na Política**: uma análise sobre mulheres parlamentares no pós-Constituinte. Brasília: Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, 2007. (Série Documentos).
- RODRIGUES, Almira. **Cidadania das mulheres e igualdade de gênero**. 2003.
- VARIKAS, Eleni. **Pensar o sexo e o gênero**. Tradução de Paulo Sérgio de Souza. São Paulo: Editora Unicamp, 2016.
- VAZ, Gislene de Almeida. **A participação da mulher na política brasileira [manuscrito]: a lei de cotas**. 2008. 65 f. Monografia (especialização) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados, Curso de Especialização em Processo Legislativo, 2008.

CAPÍTULO XXV

Apontamentos sobre a ausência de personalidade jurídica do condomínio edilício

*Abraão Cícero Carneiro**

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Ente despersonalizado, sujeito processual e patrimônio. 3. Da possibilidade de instituir personalidade jurídica ao condomínio. 3.1 Associação. 3.2 Sociedade. 3.3. Fundação. 3.4. Inclusão de mais um inciso ao artigo 44 do Código Civil. 4. Considerações Finais. Referências bibliográficas.

PALAVRAS-CHAVE: Condomínio Edilício. Ente despersonalizado. Repercussões jurídicas. Personalidade Jurídica.

1. INTRODUÇÃO

O condomínio edilício ou horizontal, embora seja apenas espécie, face à rápida urbanização brasileira, tornou-se a figura mais emblemática de um condomínio, sobretudo para a mente do público leigo. Segundo Marcelo Souza (2008), o condomínio edilício ganhou grande adesão no país, meados do século passado, na medida em que permitiu para as classes médias e altas uma sensação de proteção face a crescente insegurança que os grandes centros urbanos produziam.

Não obstante, não havia no Código Civil de 1916 qualquer norma referente aos condomínios edilícios, mas também não haveria razão, haja vista que o mesmo refletia em parte a sociedade agrária do século XIX

(*) Advogado. Bacharel em Direito pela UNEB – Universidade do Estado da Bahia. Pós-graduado em Gestão Pública Municipal pela UFBA -Universidade Federal da Bahia.

(RIZZARDO, 2017). Desse modo, os condomínios edilícios inicialmente foram disciplinados em 1928, pelo Decreto-lei 5481, posteriormente em 1964 pela Lei 4.591, sendo após a edição do Código Civil de 2002, regulamentados no Capítulo II do Título III que trata da propriedade. Porém, segundo Arnaldo Rizzardo (2017), a Lei 4.591/64 não foi totalmente revogada, mas adquiriu caráter residual em face as omissões do Código Civil.

Neste sentido, o condomínio edilício se caracteriza por suas feições peculiares, pois em um mesmo espaço há a fração particular, correspondente a cada unidade imobiliária, somada com áreas comuns de acesso e custeio por todos aqueles que fazem jus ao seu direito (art. 1.331 e 1.336, I do Código Civil). Em face dessa união de propriedades, o condomínio tem a natureza jurídica de um ente despersonalizado, capaz de gerar direitos e obrigações.

Considerando estimativas que apontam para a existência de cerca de 440 mil condomínios edilícios no país (BRANCO, 2012), o presente *paper* ganha relevância acadêmica na medida em que se investiga um fenômeno comum em nossa sociedade e, assim, poder contribuir para lançar, sem esgotar o tema, reflexões sobre a ausência de personalidade jurídica, bem como a viabilidade de se atribuir uma aos condomínios horizontais. Ademais, é perceptível a importância social da pesquisa na medida em que, tendo em vista o forte potencial conflitivo da convivência condominial, auxiliar na resolução e prevenção de litígios.

2. ENTE DESPERSONALIZADO, SUJEITO PROCESSUAL E PATRIMÔNIO

conforme, adiantamos na introdução, o condomínio edilício tem a natureza jurídica de um ente despersonalizado, ou seja, bens unidos, sem personalidade jurídica, mas capazes de gerar direitos e obrigações. A maior razão de assim sê-lo se explica pela ausência da "*affectio societatis*", ou seja, a união se estabelece entre os patrimônios que o compõe e não sobre as pessoas (VENOSA, 2020).

Porém, não obstante detenha essa natureza jurídica, o condomínio possui capacidade processual ativa e passiva, à luz do art. 75, XI, do

Código de Processo Civil, mediante representação através do administrador ou do síndico.

A natureza jurídica do condomínio edilício é melhor compreendida através da Teoria da Propriedade Integral, segundo a qual perante terceiros cada um dos condôminos atua como proprietário exclusivo, todavia na ordem interna o exercício dos poderes inerentes à propriedade (uso, fruição, disposição e sequela) está limitado pelos poderes dos demais (DE FARIAS, ROSENVALD, 2011).

Não se caracterizando uma pessoa jurídica, não há que se falar num patrimônio próprio, mas na junção de patrimônios individuais que possuem frações ideais num patrimônio comum (art. 1.331). Assim, são os próprios condôminos que contribuem pelas despesas ordinárias (art. 1.336), assim como aquelas contraídas em proveito ou em razão do estado de condomínio (art. 1.317 e 1.318).

A ausência de personalidade jurídica, inexoravelmente, traduz em algumas consequências. Do ponto de vista prático fica inviável para o condomínio exercitar certos direitos de modo independente, atribuir um patrimônio apartado dos demais condôminos, essencial para resguardar o patrimônio individual no cumprimento de obrigações (tributárias, trabalhistas, contratuais etc) e no pagamento de indenizações (CHAVES, ROSENVALD, 2011).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald (2011, p. 578-579) também citam outros problemas como a aquisição patrimonial e dificuldade da execução de dívidas dos condôminos, notadamente quando recair em penhora, vejamos:

A falta de personalidade jurídica é um entrave ao condomínio, pois impede a prática de determinados atos preciosos para a dinâmica do prédio e a conservação da coisa comum. Exemplificando, o condomínio não pode adquirir o terreno vizinho em seu nome, para que se incorpore ao prédio. Será necessário que os condôminos interessados atuem em seu próprio nome – o que muitas vezes não é conveniente a todos – ou constituam uma sociedade para tal finalidade.

Karina Camargo Yamamoto Memoli acrescenta ainda que “outro grande problema enfrentado pelos condôminos, oriundo da falta de personalidade jurídica para a aquisição de bens imóveis, é a

negativa encontrada em juízo ao pedido de arrematação ou adjudicação do bem sobre o qual recaem os débitos condominiais, bem como a recusa imposta pelos Cartórios de Registro de Imóveis para proceder ao registro da carta de arrematação ou adjudicação, nos casos em que o condomínio consegue a autorização judicial para tal procedimento”. Ou seja, mesmo após ter suportado por vários anos os débitos do condômino inadimplente, o condomínio não poderá incorporar a unidade condominial ao seu patrimônio, o que impede a eficácia do resultado do processo.

Em sentido contrário, Arnaldo Rizzardo (2017) critica parte da doutrina que busca dar aos condomínios edilícios a mesma feição dos demais entes despersonalizados como o espólio e a massa falida. Assim, segundo o doutrinador, não haveria nenhum impedimento ao condomínio edilício exercer atos civis como a movimentação bancária, a compra de bens móveis e imóveis, contratar empregados, prestar serviços, emprestar, dá em locação, não obstante, sejam obrigados a obter um número no CNPJ.

No mesmo raciocínio de Rizzardo, posiciona-se o Conselho da Justiça Federal (CJF) na I Jornada de Direito Civil, através do enunciado 90, reconhecendo a personalidade jurídica do condomínio edilício: “Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse”. Posteriormente na III Jornada de Direito Civil com o Enunciado 246 alterou o enunciado 90 para o que se segue: fica alterado o Enunciado n. 90, com supressão da parte final: “nas relações jurídicas inerentes às atividades de seu peculiar interesse”. Prevalece o texto: “Deve ser reconhecida personalidade jurídica ao condomínio edilício”.

As visões díspares acima expostas podem ser decorrentes da dicotomia entre o direito e a *práxis*, enquanto que a visão mais restrita de Cristiano Chaves e Nelson Rosendal advém de uma análise mais legalista da natureza jurídica que os entes despersonalizados possuem, a exemplo da massa falida, do espólio e do condomínio ordinário. A análise de Arnaldo Rizzardo e do CJF, nasce da perspectiva prática dos condomínios edilícios na contemporaneidade com os diversos negócios jurídicos que são praticados cotidianamente.

3. DA POSSIBILIDADE DE INSTITUIR PERSONALIDADE JURÍDICA AO CONDOMÍNIO

Até o momento é possível afirmar que o condomínio edilício, enquanto ente despersonalizado, possui características singulares que o distancia das outras espécies no direito pátrio. Assim, embora os entes despersonalizados traduzam uma realidade reconhecida pelo direito, contudo por ela não é incentivada, pelo contrário, o seu caráter confuso e a potencialidade de gerar conflitos, tem sempre a expectativa de pronta extinção (VENOSA, 2020). No condomínio edilício, a seu turno, embora ainda mais complexo por envolver o direito à moradia e/ou fluxo empresarial (lojas, transações imobiliárias, escritórios, aluguéis etc), o objetivo está na perenidade (AGHIARIAM, 2015).

Isto posto, urge refletir, hipoteticamente, como poderia o condomínio edilício adquirir a personalidade jurídica e de que maneira seriam contemplados no ordenamento jurídico?

Tal questionamento chegou à Câmara dos Deputados Federais por intermédio da proposta de Lei (PL) que tramitou sob nº 80 de 2011, bem como no PL nº 3.461 de 2019 que até o fechamento da presente pesquisa se encontrava aguardando a definição de relator na Comissão de Comissão e Justiça e Cidadania na Câmara Federal.

O PL nº 80/2011 em sua proposta facultava aos Condomínios a possibilidade de adquirir personalidade jurídica, mediante registro civil e com a aprovação de 2/3 dos proprietários, estendendo a prerrogativa aos condomínios em desmembramento e os loteamentos urbanos (art. 1º, §1º, 2º).

Segundo a exposição de motivos, inspirado em legislações da França, Argentina e Chile, o projeto de lei nº 80/2011 visava “*vencer as dificuldades práticas que têm enfrentado ordinariamente, seja nas suas relações internas, seja naquelas com terceiros*”, vejamos:

Ao permitir aos condomínios edifícios a aquisição de personalidade jurídica de direito privado, estabelecendo a forma e o órgão competente para o respectivo registro, o legislador estará indicando solução para inúmeras questões, que vem abarrotando o Judiciário, como as que envolvem a representação do condomínio em edificações, especialmente na cobrança e execução de cotas atrasadas,

com discussões em torno de quem deveria figurar como autor, se o condomínio, representado pelo síndico, ou o próprio síndico, por não ter o condomínio personalidade jurídica. Em caso de adjudicação, muitas vezes se exige a apresentação de relação dos condôminos ao juízo para permitir a expedição da carta em nome dos proprietários.

(...)

Enfim, os condomínios exercem funções que vão muito além da antiga missão de apenas arrecadar as taxas condominiais para frente às despesas com a manutenção do prédio. A realidade dos negócios jurídicos e a complexidade das relações civis impõem uma conclusão distinta das visões tradicionais da natureza jurídica do condomínio e, portanto, a sua admissão como pessoa distinta dos condôminos.

O referido projeto de lei sofreu dura resistência do mercado imobiliário. Hurber Gebara [2011?], representando interesses do setor, apresentou em audiência pública suas razões contrárias, alicerçando-se, sobretudo, na ausência da “*affectio societatis*” dos condomínios, na solidez do Código Civil para tratar o tema, na dificuldade de deliberação de uma sociedade, bem como no silêncio a respeito do projeto de lei se seriam associações ou sociedades. Segue abaixo parte dos questionamentos lançados por GEBARA [2011?]:

Neste particular, o projeto traz como uma das justificativas a “necessidade de assentar ou pacificar a representação do condomínio para afastar indefinições em torno de quem deveria figurar como autor, por exemplo, na cobrança de cotas condominiais (se o condomínio representado pelo síndico ou o próprio síndico).

Na prática tal dificuldade não existe, posto que, há tempos, o instituto condomínio edilício encontra-se devidamente delineado na legislação brasileira.

E, a despeito de não ter personalidade jurídica, o condomínio goza de capacidade processual, também conhecida como personalidade judiciária, isto é, a possibilidade de estar em juízo nos polos ativo e passivo, em defesa dos interesses dos condôminos coletivamente considerados, conforme disposição expressa dos artigos 12, inciso 9, do Código de Processo Civil e 1.348, inciso 2, do Código Civil.

O Projeto de Lei não resistiu a pressão e foi rejeitado na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, sob o argumento de que aumentaria o conflito, indo de encontro ao objetivo da norma, vejamos *in litteris*:

Ao propor no seu artigo 5º, a solidariedade entre condôminos quanto às obrigações assumidas pelo condomínio, o PL nº. 80/2011 acarretará efeitos nocivos aos condôminos, posto que o acervo do condomínio passará a ser constituído também pelos recursos daqueles, gerando verdadeira confusão patrimonial a ensejar reflexos perniciosos no direito de propriedade dos donos das unidades condominiais, interferindo por conseguinte em questões do direito de família e sucessórias.

De fato o PL em seu artigo 5º estabelece que: “Os condôminos são solidariamente responsáveis pelas obrigações assumidas pelo condomínio” e isto pode soar como um risco patrimonial. Contudo, atualmente, com base na jurisprudência, o patrimônio individual do condômino pode ser penhorado para pagar as dívidas contraídas em favor da coletividade. Pensa-se que o artigo 5º do PL poderia ter atribuído uma responsabilidade subsidiária, de modo a garantir uma proteção maior ao condômino.

Assim o debate legislativo centrou na possibilidade de garantir maior capacidade processual para realizar a cobrança de taxas condominiais, enquanto que o mercado imobiliário centrou a suas preocupações na desnecessidade do instituto, o que acabou perdendo a oportunidade de trazer um delineamento legal dos patrimônios (comum e individual) e seus reflexos, sobretudo, no campo da responsabilização civil.

O debate foi retomado na Câmara Federal através do PL 3.461/2019 e por se tratar de um feito extremamente recente ainda será preciso a observação da sua tramitação para acompanhar os debates jurídicos, políticos e no mercado imobiliário. Mas de antemão é possível verificar a partir da leitura da proposta inicial feita pelo Sen. Bezerra Coelho que não há previsão de obrigação solidária entre a pessoa jurídica e os condôminos. Ademais, segundo a proposição que incluirá o artigo 1.332 -A ao Código Civil, a aquisição de personalidade jurídica será uma faculdade:

Art. 1.332-A. O condomínio edilício **poderá** adquirir personalidade jurídica com o registro, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas, de todos os seguintes documentos:

I – o ato previsto no art. 1.332;

II – a convenção a que se refere o art. 1.333;

III – a ata que registra a decisão pela constituição da pessoa jurídica com o voto favorável dos titulares de, no mínimo, dois terços das frações ideais. (Grifo nosso).

Feitos os registros, a partir deste momento a presente pesquisa analisará qual das pessoas jurídicas ventiladas pelo Código Civil (associações, sociedade e fundações) se adaptaria melhor aos Condomínios Edifícios.

3.1. Associação

Uma das espécies de pessoa jurídica que mais se aventa para os condomínios se trata da associação. Segundo dispõe o artigo 53 do Código Civil: “Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos”.

Alguns elementos da associação de certa forma se assemelham ao condomínio edifício, como estatuto, órgãos deliberativos, gestão administrativa, prestação de contas etc (art.54 do CC-02).

Mas é com relação à possibilidade de exclusão de um associado (art. 54, II, CC-02) um ponto bastante interessante para os condomínios, dado que referente a este tema a legislação nada se manifestou. Na realidade o que há na norma é a possibilidade de aplicação de multa até o quádruplo do valor atribuído a título de contribuição condominial conforme a gravidade do ato do condômino antissocial (art. 1.337 CC-02). Sendo que, naquelas situações cuja convivência se tornasse insuportável de tal ordem, o Código Civil prevê o aumento da multa para o décuplo do valor da contribuição das despesas condominiais (art. 1.337, p.u, CC-02).

Contudo, a mera aplicação de multa pode se tornar infrutífera quando os atos ilícitos perpetuam e o valor da penalidade se torna meramente simbólico considerando o poder econômico do infrator contumaz. E, diante destes conflitos, é que o judiciário já tem se inclinado, bem verdade em raras situações e respeitados os direitos do contraditório e da ampla defesa, em deferir pela exclusão do condômino antissocial. No julgado abaixo do Tribunal de Justiça de 2019 há menção, ainda que indireta, a respeito da possibilidade de exclusão de condômino antissocial, vejamos:

CONDOMÍNIO. EXPULSÃO DE CONDÔMINO ANTISSOCIAL. ART. 1.337 DO CÓDIGO CIVIL. DEVIDO PROCESSO LEGAL E CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. CONDUTAS REITERADAS E APLICAÇÃO DE SANÇÕES PECUNIÁRIAS ANTERIORES. NÃO COMPROVAÇÃO. PROBABILIDADE DO DIREITO ALEGADO E PERIGO DE DANO PRESENTES. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA REFORMADA. RECURSO

CONHECIDO E PROVIDO. 1. Insurge-se a agravante contra a decisão interlocutória que indeferiu o pedido de tutela de urgência para que seja permitido o seu ingresso no condomínio, assim como para que o agravado se abstenha de causar qualquer impedimento ou dificuldade para o exercício de seu direito de propriedade. 2. **A expulsão de condômino antissocial, apesar de ausência de previsão legal, é medida excepcional admitida pela doutrina e jurisprudência pátrias, quando houver condutas reiteradas e as sanções pecuniárias não se reputarem eficazes, devendo ser a sua aplicação igualmente precedida de procedimento que garanta o contraditório e a ampla defesa.** 3. Não há indícios nos presentes autos de que a aplicação da sanção de retirada do condômino foi baseada em procedimento no qual se garantiu à parte agravante o exercício do contraditório e da ampla defesa. 4. Verifica-se a existência da probabilidade do direito alegado pela parte agravante, na medida em que não restou comprovado o devido processo legal que fundamente a aplicação de severa penalidade à condômina, além do perigo de dano, vez que a parte agravante encontra-se impedida de exercer os poderes inerentes à propriedade em sua completude. Demonstrada a presença dos requisitos legais, a reforma da decisão interlocutória é medida que se impõe. 5. Agravo de instrumento conhecido e provido. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 4ª Câmara Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do Agravo de Instrumento, para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator. Fortaleza, 09 de julho de 2019. (Grifo próprio).

Nos condomínios a expulsão de um condômino é, portanto, medida excepcional que exige manifestação judicial. Todavia, em relação às associações a expulsão de um de seus membros é ato previsto em lei e tomada pela via de um procedimento administrativo tornando, assim, o rito mais célere do que o judicial.

Do ponto de vista prático, não tem como não mencionar a experiência dos loteamentos fechados, fisicamente semelhantes aos condomínios, pois estes, visando dar maior segurança aos seus moradores, sob autorização do poder público, realizaram o fechamento de ruas e até quarteirões inteiros desde que as despesas, até então públicas, ficassem ao encargo da vizinhança. Assim, surgiu a necessidade de custear, de maneira coletiva, os serviços que são de incumbência do erário, como a coleta de lixo, limpeza, vigilância, jardinagem, manutenção dos equipamentos

públicos entre outros. Mas, aqui surgiu um novo questionamento, como fazê-lo? Coercitiva ou cooperativamente?

A solução encontrada na prática se firmou na criação de uma associação de moradores com a finalidade de administrar e cobrar pelas taxas de manutenção dos “espaços comuns”. Contudo, a grande celeuma que persiste atualmente é se é lícita a cobrança da referida contribuição daqueles moradores que não quiseram se associar ou que deixaram de participar da associação num claro conflito entre o direito constitucional da liberdade associativa (art. 5º XX, Constituição Federal) e o enriquecimento ilícito (art. 884 do CC-02).

É que, de fato, a Constituição não obriga ninguém a se associar ou permanecer associado, contudo, usufruir de serviços prestados pela associação em favor da comunidade sem uma contraprestação individual flagrantemente caracteriza enriquecimento ilícito. Segundo Ricardo Nicotra (2015), há um claro desrespeito a Constituição, todavia, pondera que o morador que utiliza dos serviços prestados tem o dever de contribuir.

Recentemente, o STF, em julgamento de Recurso Extraordinário com repercussão geral, firmou o entendimento de que é lícita a cobrança de taxa de manutenção e conservação do loteamento imobiliário após a Lei 13.465/17, ou de lei municipal que disciplinasse a matéria. Vejamos a tese assentada pela Corte Suprema:

É inconstitucional a cobrança por parte de associação de taxa de manutenção e conservação de loteamento imobiliário urbano de proprietário não associado até o advento da Lei nº 13.465/17, ou de anterior lei municipal que discipline a questão, a partir da qual se torna possível a cotização dos proprietários de imóveis, titulares de direitos ou moradores em loteamentos de acesso controlado, que i) já possuindo lote, adiram ao ato constitutivo das entidades equiparadas a administradoras de imóveis ou (ii) sendo novos adquirentes de lotes, o ato constitutivo da obrigação esteja registrado no competente Registro de Imóveis”

Assim, foi fixado um marco temporal sobre a possibilidade da cobrança, alicerçada na Lei 13. 465/17, considerado o caráter público da obrigação do ato constitutivo do condomínio no Cartório de Registro de Imóveis, esta obrigação se torna *erga omni*, vinculado ao imóvel, pela qual não pode se eximir o morador.

Ou seja, o que a princípio poderia se tornar uma solução com aquisição de personalidade jurídica aos condomínios horizontais, pelo menos no formato de uma associação, tem um alto potencial de gerar ainda mais conflitos tendo em vista os pontos controversos das associações de moradores.

Ressalta-se que entre aqueles contrários a instituição de associação aos condomínios assiste certa razão, visto que a união de pessoas é o alicerce desta espécie de pessoa jurídica. Ora, considerando que os condomínios se fundam na junção de propriedades individuais com áreas comuns e não de pessoas (proprietários/possuidores), resta, de fato, impossibilitada esta via.

Nos condomínios a relação jurídica é de natureza real com obrigações *propter rem* inerentes ao bem, enquanto que na relação associativa é pessoal, vinculando somente às partes que dela participam. Assim, por exemplo, um futuro morador poderia ao adquirir um apartamento se eximir de cumprir regras estabelecidas no regimento por ela não ter anuído originalmente.

3.2. Sociedade

Outra possibilidade de pessoa jurídica se encontra nas sociedades. Aduz o art. 981 do Código Reale que as mesmas são instituídas mediante contrato: “ (...) pessoas que reciprocamente se obrigam a constituir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Sendo que o art. 982 define atividade empresária como: “ (...) a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais”. Por sua vez, considera-se empresário (art. 966): “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou serviço”.

Feitos estes registros, torna-se ainda mais difícil atribuir personalidade jurídica aos condomínios edifícios, pelo menos enquanto sociedade, haja vista que nestas exige pessoas reciprocamente unidas que exerçam a atividade empresária, o que é de difícil visualização no caso concreto. O que há de fato são administradoras de condomínio cujo objetivo é

prestar o serviço de administração profissional de vários condomínios, o que no caso demandaria a sua constituição de modo a exercer seus negócios jurídicos.

3.3. FUNDAÇÃO

No que diz respeito a fundação, o art. 62 do Código Civil estabelece os requisitos para a sua criação:

Art. 62. Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la.

Se fosse apenas pela leitura do artigo 62 estaria resolvida a questão da inexistência da “*affectio societatis*” dos condomínios edilícios, dado que o liame jurídico da fundação não está na agregação de pessoas, mas de um patrimônio que concorre para um fim. Todavia, a partir da leitura dos artigos seguintes e do próprio parágrafo único do art. 62, percebe-se que a intenção do legislador está na promoção de atividades do terceiro setor e religiosos: “ Art .62. (...) Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência”.

O caráter público da fundação se mostra ainda mais nítido quando impõe o *Codex* ao Ministério Público o dever de velar pelo devido cumprimento das finalidades estatutárias desta pessoa jurídica (art. 66 CC-02). Devendo promover até a sua extinção quando houver ilicitude ou impossibilidade de continuidade (art. 69 CC-02). Assim, é inviável imaginar tal sistemática para os condomínios edilícios.

3.4. Inclusão de mais um inciso ao artigo.44 Do código civil

Chama-nos a atenção o artigo 44 do Código Civil, visto que além das três pessoas jurídicas de direito privado (associação, sociedade e fundação), alterações ocorridas em 2003 com a Lei n. 10.825 e em 2011 com a Lei n.12.441 incluíram mais incisos no supracitado artigo. Neste sentido, o Código passou a prever mais três pessoas, quais sejam:

- IV – as organizações religiosas;
- V – os partidos políticos; e
- VI – as empresas individuais de responsabilidade limitada.

Em razão de seus atributos singulares, com forte proteção constitucional, os partidos políticos e as organizações religiosas passaram a serem consideradas como pessoas jurídicas, mas dentro de regramentos específicos que conferem uma maior proteção e liberdade, seja de culto, seja de militância, àqueles que os compõe.

Perquirindo a mesma lógica, pensa-se que o legislador poderia incluir mais um inciso ao artigo 44 para contemplar os condomínios edilícios com a remissão ao código civil e a lei 4.591/64. Requerendo, não obstante, mudança no Código de Processo Civil ao garantir legitimidade ativa em nome próprio ao Condomínio.

Acredita-se que os aspectos ímpares dos condomínios edilícios credenciam esta alteração legislativa trazendo, assim, segurança jurídica necessária e o rigor científico almejado. Esta ideia, inclusive, está prevista no artigo 1º do Projeto de Lei nº 3.461/2019 que altera a redação do art. 44 do Código Civil.

Porém, a inclusão de mais um inciso vai endossar ainda mais a crítica aos incisos suplementares do artigo 44 do CC-02. Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho (2010) já consideravam desnecessária a inclusão de outros incisos aos artigos 44 do CC-02 por desvirtuar do rigor técnico-científico do Código Civil, que em seu texto original classificavam as pessoas jurídicas em apenas três. Sendo que os partidos políticos e as instituições religiosas, em suas opiniões, já gozavam de proteção constitucional não carecendo, portanto, de incisos civis especiais.

Trilhando tal raciocínio, não é difícil imaginar parte da doutrina se manifestando pela contrariedade da inclusão de mais um inciso para contemplar os condomínios edilícios. Argumentarão, por óbvio, que os mesmos já possuem tratamento razoável pelo ordenamento jurídico e que uma nova espécie de pessoa jurídica seria uma aberração.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O condomínio edilício é uma espécie de ornitorrinco jurídico, ou seja, uma figura existente na natureza cuja definição científica é de difícil elaboração, haja vista que se parece um pouco com tudo, embora nenhuma das classificações da ciência do direito se adapte com perfeição.

Assim, ainda que seja um ente despersonalizado, o condomínio edilício se afasta das demais espécies presentes no ordenamento jurídico, vez que objetiva pela perpetuação no tempo em contraposição com os demais que tem pronta expectativa de extinção. O mesmo se afirma quando o compara com as demais categorias de condomínio, pois se trata de uma realidade mais complexa, capaz de exercer mais negócios jurídicos e com reflexos muito maiores na sociedade.

Não por menos que muitos, querendo suplantar este limbo jurídico, sentiram a necessidade de se atribuir uma personalidade jurídica aos condomínios. Talvez nem tanto para se dotar de capacidade para realizar atos da vida civil ou de representação jurídica processual, pois estes de certo modo já exercem, mas para conferir um delineamento jurídico mais claro, mais próximo do que de fato se apresenta na sociedade: uma pessoa jurídica.

Contudo, ao analisar o Projeto de Lei nº 80 de 2011, percebeu-se uma contrariedade não apenas da comunidade jurídica, o que é natural, porém do próprio mercado imobiliário. Bem verdade que o projeto de lei em vez de trazer segurança, punha ainda mais dúvida, pois nem sequer a espécie de pessoa jurídica foi apresentada. O regramento muito simples pode ter sido uma das razões pelo fracasso do PL.

Partindo para a análise de qual das pessoas jurídicas (associação – sociedade – fundação) melhor se adaptaria ao caso dos condomínios, percebeu-se certa dificuldade de adequação aos modelos desenhados pelo Código Civil. Desse modo, sugere-se, tomando como exemplo os partidos públicos e as instituições religiosas, pela inclusão de mais um inciso ao art. 44 do Código Civil para contemplar especificamente o Condomínio Edilício como uma espécie de pessoa jurídica. Registra-se de antemão que parte da doutrina poderá se posicionar contrariamente a esta medida considerando-a atécnica.

Assim, por tudo o quanto exposto durante a pesquisa se vê que o condomínio edilício se configura como um ente despersonalizado, mas com feições muito aproximadas de uma pessoa jurídica, sendo ainda conflitantes as posições doutrinárias, não sendo possível ainda ao legislador traçar um contorno possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGHIRIAM, Hercules. **Curso de Direito Imobiliário**. 12^a Edição. Grupo Gen. São Paulo. 2015.
- BRANCO, Robson. **Estimativa de 5,4 bilhões de reais mensalmente em Ativo Circulante em Condomínios no Brasil**. 2012. Disponível: <https://base-soft.com.br/blog/2012/03/05/estimativa-de-54-bilhoes-de-reais-mensalmente-em-ativo-circulante-em-condominios-no-brasil/#:~:text=Pode-mos%20estimar%20que%20hoje%20exista,que%20divididos%2C%20segundo%20uma%20m%C3%A9dia>. Acesso em 11 de dezembro de 2020.
- BRASIL. **Código Civil. LEI n° 10.406, DE 10 DE JANEIRO DE 2002. Insti-tui o Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 23 de novembro de 2020.
- _____. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 03 de dezembro de 2020
- _____. **Parecer do Relator da CCJC sobre a PL nº80/2011**. https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1118674&filename=Tramitacao-PL+80/2011. Acesso em 17 de novembro de 2020.
- _____. **Projeto de Lei nº 80/2011**. Câmara Dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491025>. Acesso em 14 de novembro de 2020.
- _____. **Projeto de Lei nº 3461, de 2019**. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137247>. Acesso em 08 de maio de 2021.
- _____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4262142&numeroProcesso=695911&classeProcesso=RE&numeroTema=492#>. Acesso em 22 de dezembro de 2020.
- _____. **Conselho da Justiça Federal**. Disponível: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em 07 de maio de 2021.
- DE FARIAS, Cristiano Chaves. ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais**. 7^a Edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2011.

- GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Parte Geral. 12ª Edição. Volume I. Editora Saraiva. São Paulo. 2010.
- GEBARA, Hubert. **Pronunciamento proferido em Audiência Pública**. [2011?] Disponível em: <http://old.secovi.com.br/files/Arquivos/pronunciamento-hubert-gebara.pdf>. Acesso em 16 de novembro de 2020.
- NICOTRA, Ricardo. **As taxas associativas em loteamentos fechados e a lei 13.465/17**. Migalhas. 2018. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/depeso/274130/as-taxas-associativas-em-loteamentos-fechados-e-a-lei-13-465-17>. Acesso em 03 de dezembro de 2020.
- RIZZARDO, Arnaldo. **Condomínio Edifício e Incorporação Imobiliária**. 5ª edição. Editora Forense/Gen Jurídico. Rio de Janeiro. 2017.
- SOUZA, Marcelo Lopes. **Fobópole: o Medo Generalizado e a Militarização da Questão Urbana**. 2008 – Bertrand Brasil. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6011967/mod_resource/content/1/FOB%C3%93POLE%20-%20Marcelo%20Lopes%20de%20Souza.pdf. Acesso em 07 de maio de 2021.
- VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil. Parte Geral**. Vol.1 Grupo Gen. São Paulo. 2020.

Usucapião com indisponibilidade: aquisição originária que carrega os ônus do proprietário anterior

*Kamila Santos Silva**

PALAVRAS-CHAVE: Usucapião. Indisponibilidade. Aquisição da propriedade.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Formas de aquisição da propriedade e usucapião; 3. Situações de indisponibilidade e usucapião em bens indisponíveis; 4. Aquisição originária de bem indisponível que carrega o ônus do proprietário anterior; 5. Conclusão; referências.

1. INTRODUÇÃO

Hodiernamente, há numerosas demandas no nosso ordenamento jurídico discutindo formas de obtenção da propriedade na mesma proporção em que há a aplicação do instituto da indisponibilidade, como forma de prevenção do resultado processual, bem como, garantia de ressarcimento do dano. A indisponibilidade, como medida processual cautelar, causa uma limitação ao uso da propriedade impedindo a alienação do bem constricto. Por outro lado, a usucapião, como forma originária de aquisição da propriedade, possibilita que o sujeito adquira um bem sem que este possua vínculo com seu histórico registral ou tributário.

A presente pesquisa busca sanar inquietações sobre: de que forma pode ocorrer uma aquisição originária na qual carrega o ônus do

(*) Bacharela em Direito, Faculdade Nobre de Feira de Santana (FAN), kamilasdir@gmail.com

proprietário anterior? Diante das inquietações perquiridas, o presente artigo busca como objetivo geral, verificar a possibilidade de aquisição originária com efeitos da derivada na usucapião com indisponibilidade. Como objetivos específicos, o presente artigo aborda sobre:

- a) Evidenciar quais os tipos de aquisição de propriedade;
- b) Identificar o que é usucapião e a indisponibilidade;
- c) Verificar a possibilidade da ocorrência da usucapião em bens indisponíveis;
- d) Investigar a possibilidade de aquisição originária de bem indisponível que carrega o ônus do proprietário anterior.

O presente em destaque, a partir da análise de artigos científicos, leis, provimentos, teses, livros, dissertações e demais arquivos de acesso público, revestidos de caráter científico com autores que discutem sobre o instrumento em análise e expõem seu posicionamento, concerne em uma pesquisa bibliográfica e documental, como metodologia. Utiliza-se também o método qualitativo, pois possibilita a coleta de informações pertinentes, através de artigos bibliográficos sobre a usucapião, a ferramenta da indisponibilidade e suas implicações no âmbito cível.

2. FORMAS DE AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE E USUCAPIÃO

Inicialmente, deve-se ressaltar que a propriedade pode ser adquirida pela via originária, onde o indivíduo tem um contato direto com o bem, ou pela derivada que possui uma intermediação de forma subjetiva entre o sujeito e a coisa. Nas vias originárias tem-se a usucapião e acessões- aluvião, álveo abandonado, ilhas e outros-, pela derivada, a título de exemplo, remete-se a sucessão hereditária e o registro imobiliário (TAUTUCE, 2017).

Neste diapasão, essencial é a distinção entre as formas de aquisição da propriedade, uma vez, que os efeitos delas são distintos. Na originária, ao adquirir a propriedade enseja em um rompimento entre o histórico da propriedade e o seu momento pós-aquisição, ou seja, há

um rompimento na linha histórica do bem, o novo proprietário recebe-o do zero, sem as características do proprietário anterior. Resumindo, no caso da usucapião, por exemplo, o novo proprietário não será obrigado a adimplir com os tributos do proprietário anterior (TARTUCE, 2017).

Pela via derivada, é diferente, o bem obtido segue um sentido de continuidade, ou seja, o adquirente é responsável pelos tributos decorrentes da coisa. Como ocorre na compra e venda de um imóvel. Cumpre salientar, que a usucapião também conhecida como prescrição aquisitiva, é uma forma de aquisição da propriedade pela via originária, isso traduz que o bem é obtido sem vínculo com seu histórico anterior. É uma forma de adquirir o domínio do bem ou até mesmo outro direito real, como usufruto, e este se justifica pela posse duradoura (GONÇALVES, 2017; TARTUCE, 2017).

O instituto garante o cumprimento do princípio da função social da propriedade, oferecendo ao adquirente o bem quando atinge um certo tempo com este em posse. O princípio busca dar funcionalidade a propriedade e segurança, bem como, tornar menos dificultoso a aquisição e a prova do domínio (GONÇALVES, 2017; TARTUCE, 2017).

O Código Civil (CC), elenca em seu art. os requisitos necessários para usucapir uma coisa. Primeiramente, é necessário destacar que o detentor da posse deve possuir o bem com intenção de dono (*animus domini*), por sua vez, não advém em decorrência de um contrato, comodato ou locação e sim da intenção e comportamento de dono que aquele indivíduo tem no momento em que possui o bem em sua retenção (TARTUCE, 2017).

É importante que a posse exercida seja mansa e pacífica, ou seja, que não haja interferência do legítimo dono. A posse deve ser contínua, duradoura e um determinado tempo, em resumo, deve-se respeitar os prazos estabelecidos em lei e não deve haver interrupções. Não se pode dispensar o requisito da posse justa, para caracterizá-la, não deve haver clandestinidade, violência ou precariedade (art. 1.208, do CC). Salienta-se, essencial que a posse seja de boa-fé e com justo título – via de regra – exigidos para a usucapião originária, requisitos estabelecidos nos arts. 1.242 e 1.260 do CC. Em algumas modalidades da usucapião os requisitos são dispensáveis, comportando presunção absoluta (TARTUCE, 2017).

A usucapião possui três espécies, que são: extraordinária, ordinária e a especial ou constitucional que por sua vez é dividida entre urbana e rural. A usucapião extraordinária é regulada pelo art. 1.238 do CC, o qual estabelece uma posse de quinze anos de forma contínua, pacífica e mansa, exercida animo de dono. Ademais, para esta modalidade são dispensados o justo título e a boa-fé. Cabe ressaltar, que o prazo de quinze anos é reduzido para dez anos caso o possuidor tiver o imóvel como sua moradia habitual ou realizado algumas obras ou serviços de caráter produtivo, é a chamada posse-trabalho.

Conforme o art. 1.242 do CC, para usucapir um bem pela via ordinária é necessário cumprir dez anos de posse exercida com animo de dono, que seja de forma contínua, pacífica e mansa. Necessário que haja o justo título e a boa-fé para esta modalidade. Nesta, o prazo também será reduzido se o possuidor tiver se estabelecido no imóvel como sua moradia habitual ou realizado obras ou serviços de caráter produtivo (TARTUCE, 2017).

A usucapião especial, também chamada de constitucional, consagrada no arts. 1.239 e 1.240 do CC e arts. 191 e 183 da Constituição Federal de 1988 (CF/88), pode ocorrer pela usucapião especial rural -pro labore- e pela usucapião especial urbana - pró-moradia-. A usucapião especial rural não se justifica somente com a simples posse, é necessária uma ocupação produtiva, ou seja, aquele que possui o domínio além de morar deve trabalhar no bem. Seus requisitos são bem distintos das já mencionadas, é necessário que o possuidor não tenha nenhum imóvel rural ou urbano, deve ter animo de dono, ter a propriedade por cinco anos ininterruptos, sem oposição e a área a ser usucapida não pode exceder a cinquenta hectares. Salienta-se que no imóvel deve ter estabelecido a sua moradia e tornado o bem produtivo (GONÇALVES, 2017).

Por conseguinte, na usucapião especial urbana, a área do imóvel deve ser de até duzentos e cinquenta metros quadrados, ter animo de dono, o prazo é de cinco anos e deve ser exercido de forma ininterrupta e sem oposição. Nele, deve ter estabelecido a sua moradia e não pode ser proprietário de outro imóvel, seja ele urbano ou rural (GONÇALVES, 2017).

3. SITUAÇÕES DE INDISPONIBILIDADE E USUCAPIÃO EM BENS INDISPONÍVEIS

Mister se faz assinalar, que a lei concede algumas liberdades ao proprietário no que tange ao uso da propriedade. O Código Civil expõe um rol de direitos em que o proprietário de um bem possui, nada mais que evidencia um dos elementos mais nobre dos Direitos reais, a propriedade, em seu art. 1.228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha” (GONÇALVES, 2017; HENZEL, 2008).

Conforme o artigo acima transcrito, elenca vários direitos a aquele que é proprietário de um bem, sendo assim, se pode usar, gozar, dispor e reaver a coisa quando alguém a possui-la ou detê-la de forma injusta. O autor Henzel (2008, p. 42), afirma que: “A faculdade de dispor física e juridicamente da coisa, desfazer-se dela, transmiti-la, exprime um dos direitos inerentes a propriedade”.

Cumpra salientar, que mesmo com essa liberdade de agir, existem algumas situações que impedem ações e/ou às limitam. Na indisponibilidade, o proprietário perde o direito de dispor do bem, ou seja, trata-se de uma limitação do poder que o titular possui, impedindo ou impossibilitando que venda ou onere a coisa. Por sua vez, a indisponibilidade pode se dar por meio de uma determinação judicial, legal ou administrativa (VERDE, 2019).

Por oportuno, a indisponibilidade está prevista em diversas áreas da legislação brasileira, como na Lei de Recuperação e Falência 11.101/05 em seu art. 82, §2º, no art. 7º da lei 8.429/92- quanto a improbidade administrativa- e no CPC/15, no art. 828 e 854. No que tange aos bens imóveis, tem-se a lei 6.015/73 que é a Lei de Registros Públicos e está previsto no art. 247.

Salienta-se que o Tribunal de Justiça do Paraná, já se posicionou quanto a indisponibilidade de bens em uma Ação Civil Pública, onde reafirmaram que a indisponibilidade de bens deve ser determinada quando houver comprovadamente uma situação de perigo, por ser uma medida de caráter excepcional. Vejamos:

EMENTA1) DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

INDISPONIBILIDADE DE BENS. MEDIDA DE CARÁTER EXCEPCIONAL, QUE SE FAZ NECESSÁRIA SOMENTE EM CASOS DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO E PREJUÍZO AO ERÁRIO (ART. 7º, LEI 8.429/92). AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Não havendo indícios suficientes de que tenha havido prejuízo ao erário, nem prova de enriquecimento ilícito dos Agravantes, não há fala-se em decretação de indisponibilidade de bens dos Agravantes, vez que tal medida é excepcional. 20 ADRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. (TJPR- 5ª CÍVEL – AL – 1176757-2- São Miguel do Iguacu – Rel.: Desembargador Leonel Cunha – Unânime – J. 05.08.2014)

(TJ- PR – AI: 11767572 PR 1176757-2 (Acórdão), Relator: Desembargador Leonel Cunha, Data de Julgamento: 05/08/2014, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1392 14/08/2014). (BRASIL, 2014)

Por sua vez, a indisponibilidade pode ser suscitada como medida para evitar a dilapidação patrimonial- art. 82 da lei 11.101/05-, assim, o devedor ficará impossibilitado de alienar os bens determinados como indisponíveis até o julgamento da demanda. Outra observação, é quanto ao ato de improbidade esmiuçado pela lei 8.429/92 em seu art. 7º, elucidada que o indivíduo poderá ter seus bens mantidos como indisponíveis quando o ato causar lesão ou enriquecimento ilícito.

Vale ressaltar, que é na matrícula do imóvel que se encontra registrado todo seu histórico de existência, ou seja, se já foi alienado, inventariado, se é um bem de família e inclui-se a indisponibilidade (VERDE, 2019).

Hoje, há uma maior facilidade em encontrar o histórico de um bem e se esse bem está indisponível ou não. Através do Provimento 39 de 2014 que dispõe sobre o funcionamento da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB, é possível consultar de maneira mais prática e rápida as decretações de indisponibilidades pelas Autoridades.

Impende mencionar, que a indisponibilidade pode atingir todos os bens do sujeito ou parcela dele, depende então do que fora determinado. Ademais, no caso de um bem de família, recai a indisponibilidade por ato do indivíduo, uma vez, que por sua escolha deixa o bem impossível de ser negociado pois visa a preservação e maior segurança da coisa, assim diminui a possibilidade de perda, conforme art. 1.717 do CC. Fora exposto, que a indisponibilidade pode ocorrer em diversas situações e que a mesma impede a negociação do bem declarado indisponível, como expõe o art. 53, §1º da lei 8.212/91, tratando da penhora de bens.

Ressalta-se, que não se trata de um mero ato de aquisição e sim de uma alteração no registro do bem.

No caso da usucapião, se cabe um asterisco como sinal de observação, para isso, analisa-se acerca da posição da 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo, processo de nº 1094332-06.2018.8.26.0100, quanto a possibilidade de ocorrência da usucapião em bens indisponíveis. No caso em questão, tratou-se de uma dúvida pelo oficial a requerimento da parte, sobre a possibilidade da ocorrência da usucapião em um bem indisponível, uma vez, que anteriormente houve a negativa de usucapião extrajudicial. Um dos pontos colocados em discussão tratava-se da impossibilidade do pedido de usucapião pois um bem em questão estava indisponível e esta não se encontrava registrada.

Ora, se compreende que a usucapião é modo originário de aquisição de um bem, de certo que todo histórico que acompanhava a coisa quando usucapida, deixa de existir. Dessa forma, é possível que um bem indisponível possa ser usucapido, por não se estender ao sujeito que está adquirindo. Fora apontado baseado nos artigos da Lei de Registros Públicos- LRP, que a indisponibilidade não torna inviável o pedido de usucapião extrajudicial e não impede a sua ocorrência, mesmo que esta não esteja registrada.

No caso da extrajudicial, não é requisito a boa-fé, mas na sua falta o Oficial poderia indeferir o registro pleiteado. Ademais, recomentou-se a realização de solicitação por meio de ofício para os juízes que determinaram a indisponibilidade, informando sobre o deferimento da usucapião e conseqüentemente, o cancelamento da indisponibilidade.

A ocorrência da usucapião, gera uma espécie de cancelamento da indisponibilidade, sendo assim, deve seguir os termos do art. 250 da LRP, o qual poderá ocorrer em cumprimento de uma decisão judicial transitada em julgado, a requerimento das partes ou do interessado e também da Fazenda Pública. Ademais, conforme art. 252 da lei 6.015/91, esse registro de cancelamento se faz necessário pois, enquanto não ocorre continua produzindo os efeitos integralmente, mesmo que possa ser comprovado de outra forma que a indisponibilidade -por exemplo- foi extinta. Dessa forma, suscita-se a necessidade da solicitação de cancelamento de forma clara.

4. AQUISIÇÃO ORIGINÁRIA DE BEM INDISPONÍVEL QUE CARREGA O ÔNUS DO PROPRIETÁRIO ANTERIOR

Cumpra salientar, que o instituto da indisponibilidade não é muito debatido, o que traz várias dúvidas quanto a sua natureza, aplicabilidade e seus efeitos. O autor Henzel (2008), aduz que o *jus disponiendi* é um atributo da propriedade de grande relevância, pois, a faculdade de dispor do bem, transmiti-la ou desfaze-la, são alguns dos direitos plenamente intrínsecos a propriedade. Aduz ainda, que desde os primórdios fundou-se a propriedade na possibilidade de transferência, vedando, portanto, a intransmissibilidade perpetua e possibilitando a sua transferência temporária. Essa capacidade de transmitir o bem a outrem pode ser facilmente contida pela indisponibilidade.

Por oportuno, indispensável tratar sobre os efeitos da indisponibilidade. Além de impossibilitar a alienação do bem, nota-se que a indisponibilidade atua por meio de atos, ou seja, sua decretação precisa estar averbada na matrícula, é o que traduz o art. 247 da Lei 6.015/73. É através da indisponibilidade que obsta a transmissão do bem, ou seja, uma constrição, retirando a coisa do mercado comercial ou no caso de uma indisponibilidade voluntária, como por exemplo um bem de família, impede que futuramente esse bem seja um objeto de penhora, arresto e outros (VERDE, 2019).

Em sede de recurso especial nº 1040254/CE, o STJ com base na lei de improbidade administrativa, afirmou que a indisponibilidade de bens é uma medida de natureza jurídica acautelatória, uma vez, que objetiva assegurar o ressarcimento do dano ao erário público (BRASIL, 2008). Partindo do pressuposto sob o qual a indisponibilidade é aplicada como medida preventiva, ou seja, para resguardar o resultado do processo ou em caso voluntário, evitar que o bem sofra posteriormente uma constrição, não resta dúvidas que se trata de uma medida de caráter cautelar.

Destarte, no que tange a Lei 8.429/92 que aduz sobre a Improbidade Administrativa atribui algumas medidas afim de recomposição do dano causado pelo agente. Consta no art. 7º da supracitada lei, que a indisponibilidade é tratada no caso do ato que gerar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, ou seja, trata-se de uma medida de

construção preventiva possibilitando a proibição de uma futura alienação do bem cuja indisponibilidade recaiu.

Mas na usucapião em que incidiu uma indisponibilidade no futuro por causa de um ato de improbidade administrativa, observando se esta usucapião é fundada ou não em justo título, é possível a sua invalidação? O justo título nada mais é que um instrumento que proporciona a comprovação da transferência da propriedade em uma relação negocial, transformando o possuidor em um proprietário (LEMES, 2018; OLIVEIRA, 2018).

O enunciado 303 da IV Jornada de Direito Civil (2007), aduz que: “Considera-se justo título, para a presunção relativa da boa-fé do possuidor, o justo motivo que lhe autoriza a aquisição derivada da posse, esteja ou não materializado em instrumento público ou particular”. Nesse interim, a boa-fé é indispensável para proporcionar a aquisição da posse de forma legítima e lícita.

Reafirma o enunciado 86 da I Jornada de Direito Civil (2007), que o justo título dos artigos 1.242 e 1.260 do Código Civil agrega todo e qualquer título que possibilite a transferência da propriedade, sem a necessidade de registro. Via de regra, o justo título pressupõe uma boa-fé, ou seja, presume-se que aquele título não possui defeitos que possam acarretar uma anulação. No que tange a má-fé, os efeitos dessa tornarão o título inválido, impossibilitando a transferência da propriedade, conforme Rosendal (2014 apud LEMES, 2018).

Impende mencionar, que para a ocorrência da usucapião são necessários o preenchimento de alguns requisitos. Para esta, é indispensável a existência de coisa suscetível a aquisição, posse (mansa e pacífica) e o tempo, esses são requisitos indispensáveis as espécies de usucapião disponíveis. O justo título e boa-fé são requisitos da usucapião originária (GONÇALVES, 2017).

No caso de um justo título em que se encontra presente a má-fé, mesmo que preenchido todos os requisitos exigidos para ocorrência da usucapião, advindo uma indisponibilidade por ato de improbidade administrativa identificando a má-fé não se pode cogitar na possibilidade de convaler a usucapião, uma vez que o título estará eivado de vício, sendo assim, estaria inapto para a usucapião e recairia a indisponibilidade.

Mesmo a usucapião sendo um modo de aquisição que rompe o histórico do bem, ou seja, nasce do zero, estando o ato eivado de vício, estaria vulnerável a indisponibilidade. Vale ressaltar que para esta hipótese é para a usucapião ordinária, em que o tempo são de 10 anos podendo reduzir para 5 anos se estabelecida moradia ou realizado investimentos, uma vez que a usucapião extraordinária é necessária o tempo de 15 anos independente de boa-fé e justo título, cabendo também a redução para 10 anos desde que observado as exigências, conforme arts. 1.238 e 1.242 do CC.

Ademais, é possível a aquisição originária de bem indisponível que carrega o ônus do proprietário anterior? Na hipótese de um bem que possua uma servidão, sendo mais específica, uma servidão de passagem forçada (art. 1.285 do CC) a qual decorre do direito de vizinhança, a usucapião quando registrada carregará essa característica, até porque o usucapiente não poderá abrir mão dessa condição. Mesmo o bem encontrando-se indisponível, essa é uma peculiaridade que poderá ser superada desde que esteja preenchido os requisitos da usucapião. A superveniência de uma indisponibilidade não obstará a aquisição do bem nessa modalidade e ainda carregará um ônus que era suportado pelo proprietário anterior.

5. CONCLUSÃO

Prefacialmente, cabe ressaltar que no ordenamento jurídico a propriedade pode ser adquirida pela via ordinária e derivada. Na primeira, no momento de aquisição do bem o adquirente recebe a coisa do zero, sem a obrigação de cumprir com os encargos do proprietário anterior. Essa forma de aquisição rompe o histórico do bem, fazendo com que não possua ligação com os ônus suportados pelo proprietário anterior.

Na segunda forma de aquisição, o bem é obtido carregando o seu histórico e o adquirente continua sendo responsável pelos ônus do antigo dono, é o que acontece na compra e venda de um imóvel. Reputada como prescrição aquisitiva a usucapião é uma forma de aquisição da propriedade pela via originária, assim o bem é adquirido como se novo fosse, sem vínculo com seu histórico anterior.

Cumpra salientar, que o proprietário possui a liberdade de agir, porém essa autonomia sofre algumas limitações, como no caso da indisponibilidade, onde o dono perde o direito de dispor do bem, ou seja, impossibilita que venda ou onere a coisa.

Entende-se que a usucapião é modo originário de aquisição de bem, o histórico da coisa quando usucapida deixa de existir, desvinculando totalmente do proprietário anterior. Dessa forma, desde que cumprindo com os requisitos exigidos da usucapião é possível que um bem indisponível seja usucapido, uma vez que a condição de constrição não atinge o sujeito que está adquirindo, gerando uma espécie de cancelamento da indisponibilidade.

Destarte, se conclui que é possível a aquisição de um bem indisponível por meio da usucapião que é uma forma de aquisição originária da propriedade bem como é possível que carregue características do proprietário anterior quando a particularidade esteja inerente a coisa, como no caso da passagem forçada. Um ônus que deverá ser suportado pelo novo proprietário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 8 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. **Diário Oficial da União**, Brasília, 9 fev. 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. **Diário Oficial da**

- União**, Brasília, 2 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social institui Plano de Custeio, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 24 de jul. 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18212cons.htm. Acesso em: 6 abr. 2021.
- BRASIL. Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm. Acesso em: 5 abr. 2021.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 maio 2020.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 86. I Jornada de Direito Civil. Brasília, 2007. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/compilacaoenunciadosaprovados-jornadas-1-3-4.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 303. IV Jornada de Direito Civil. Brasília, 2007. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/IV%20Jornada%20volume%20I.pdf>. Acesso em: 15 jun. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Acórdão: 11767572**. Agravante: Charles Winicius Zilio. Agravado: Ministério Público. Relator: Desembargador Leonel Cunha. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/838965253/agravo-de-instrumento-ai-11767572-pr-1176757-2-acordao/inteiro-teor-838965263>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: 1.040.254 – CE 2008/0059288-7**. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: AMTS, AMSS, NEEPLTDA, IETLTDA, EEHETLTDA. Relatora: Ministra Denise Arruda. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8592719/recurso-especial-resp-1040254-ce-2008-0059288-7/inteiro-teor-13674927>. Acesso em: 11 abr. 2021.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Processo: 1094332-06.2018.8.26.0100**. Requerente: 14º Oficial de Registro de Imóveis da Capital. Requerido: Vitor Rangel Botelho Martins. Juíza: Tania Mara Ahualli. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/processos/203633039/processo-n-1094332-0620188260100-do-tj-sp>. Acesso em: 10 abr. 2021.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Provimento 39**, de 25 de julho de 201. Dispõe sobre a instituição e funcionamento da Central Nacional de

- Indisponibilidade de Bens- CNIB, destinada a recepcionar comunicações de indisponibilidade de bens imóveis não individualizados. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2049>. Acesso em: 20 maio 2021.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. Direito das Coisas*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 5.
- HENZEL, Luiz Fernando Bonn. **A indisponibilidade dos bens do devedor no processo de execução como forma de efetividade das decisões judiciais trabalhistas**. 2008. Dissertação de Mestrado (Mestrado Profissionalizante em Poder Judiciário) - Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2008.
- LEMES, Bruno Nunes. **Usucapião Extrajudicial em Análise**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, 2018.
- OLIVEIRA, Yuri Shimada. **Usucapião Extrajudicial: Uma Análise da sua Efetividade a partir da Lei nº 13.465/2017**. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 7. ed. São Paulo: Método, 2017. Volume Único.
- VERDE, Kleber Carlos. A importância da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://feliipesd.jusbrasil.com.br/artigos/663914293/o-que-e-indisponibilidade-de-bens-imoveis#:~:text=I%20%2D%20%20que%20%C3%A9%20indisponibilidade,inclusive%20receber%20alugueis%20pela%20loca%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 10 mar. 2021.

CAPÍTULO XXVII

Jovem advocacia em tempos de crise: a reinvenção da atuação do advogado

*Mariana Nascimento do Rosário**

SUMÁRIO: Introdução; 1. Atuação do advogado no tempo; 1.1. Voltando as raízes; 1.2. A busca pela desjudicialização; 2. A mediação e a conciliação: novas possibilidades; 2.1. O advogado; 2.2. O Poder Judiciário. Conclusão. Refêrencias bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Ser Advogado no Brasil é possuir um papel de prestígio social de extrema importância, desde o Brasil Império que a função era vista como peça fundamental ao desenvolvimento nacional, não bastava mais importar bacharéis de Portugal. Formar Brasileiros em solo pátrio foi fundamental para influência do Estado Nacional.

Ao logo do passar das décadas, a função continua preservada, tanto que a atual Constituição Federal de 1988 em seu artigo 133 preceitua: “O Advogado é indispensável à administração da justiça (...)”. Na contemporaneidade, a inclusão tecnológica e as mudanças sociais moldaram de modo significativo o que é ser Advogado e como é a prática do exercício da profissão.

Neste sentido, como conceituar e delimitar a atuação do advogado no lapso temporal? Podemos dizer que esta atuação de extrema

(*) Advogada atuante no Estado da Bahia. Bacharel em Direito Pela Universidade Católica do Salvador (UCSal), 2016.2. Pós Graduada em Processo Civil pela Universidade Católica do Salvador (UCSal).

importância e rigor técnico continua sendo exercida da mesma maneira a qual foi pensada na Constituição Federal ou até mesmo nas criações das primeiras faculdades de Direito do país?

Notoriamente é vislumbrado que o cenário atual, por diversas circunstâncias, encontra-se em momentos decisivos para estes profissionais, portanto, podemos dizer que há uma crise em uma das funções essenciais à justiça Brasileira?

A análise de dados estatísticos e juntamente com a interpretação do Código de Processo Civil de 2015, demonstração cada vez mais a força da doutrina em apontar a necessidade mudança de visão e comportamento em executar do processo, juntamente com a importância da dejudicialização na atualidade. Carece a modificação do paradigma social para estabelecer que: O acesso à Justiça não se confunde com o acesso ao Judiciário.

A autocomposição, em especial a figura da Conciliação e da Mediação tornou-se uma grande ferramenta de trabalho de todo judiciário brasileiro, onde o verdadeiro acesso à justiça não apenas previne impasses, mais também busca de forma harmoniza solucionar os conflitos existentes.

A metodologia aplicada consiste em revisão bibliográfica com diversos autores de livros e artigos relacionados sobre o tema. Arquiteto em dois capítulos, o primeiro da atuação do advogado na linha do tempo, resumidamente desde do Brasil Império até a modernidade na vigência da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2015, o segundo trás a figura da autocomposição no cenário atual, a visão do Advogado e do Poder Judiciário sobre a Conciliação e a Mediação como novas possibilidades.

1. A ATUAÇÃO DO ADVOGADO NO TEMPO

1.1. Voltando às raízes

Ao longo do Brasil Colônia, os operadores do direito eram exportados de Portugal, mais precisamente da renomada Faculdade de Coimbra. Apenas com a vinda da família real para o Brasil em 1808, iniciaram-se

os avanços acadêmicos no país, contudo, havia uma grande resistência na formação nacional de bacharéis em direito, tendo em vista que uma forma de controle ideológico eficiente. (KOZIMA, *apud*, WOLKMER. 2012. *passim*)

A formação de juristas não era urgente. A Universidade de Coimbra forneceu-nos bacharéis de Direito em número suficiente (...). A relação de nossos estadistas, magistrados e professores é toda de bacharéis de Coimbra. Todo o Brasil político e intelectual foi formado em Coimbra, único centro formador do mundo português. Era um ponto básico da orientação da Metrópole essa formação centralizada. (KOZINA. *Op. Cit.* p. 471).

Vislumbrando a necessidade da formação do Estado Nacional, não bastava criar as normas nacionais, era preciso haver brasileiros hábeis para interpretá-las. Apenas em 1827, após a declaração de independência do Brasil, houve então a implementação de cursos jurídicos nas cidades de Olinda e São Paulo.

Ao passo que as faculdades de São Paulo e Recife, foram verdadeiros centros de formação ideológica para a elite do Brasil Império. Criando assim a “Cultura do Bacharelismo¹” que se intensificou no principalmente no Segundo Reinado, um verdadeiro prestígio sociológico pertencer à classe dos bacharéis.

Por conseguinte, ser um bacharel significava além de prestígio social, um perfil cultural de literária, possuindo uma retórica rebuscada e privilegiada, tornando-se muitas vezes distante da realidade ou até mesmo perdendo o valor por ausência de conteúdo sustentável. O discurso jurídico prestou-se de esconder objeto, ao invés de revelá-lo.

Desde então a forma de exercer a Advocacia já passou por diversas modificações, revoluções e expansões no mercado de atuação. Na modernidade, ser Advogado é um papel muito mais complexo de apenas obter o conhecimento das leis e retórica difícil.

Aos olhos do Ilustríssimo e atual presidente do Supremo Tribunal de Justiça (NORONHA, João. 1999), observou que a forma de praticar

1. Entende-se por “Cultura do Bacharelismo” a situação caracterizada pela predominância de bacharéis na vida política e social do país, ocupavam cargos de influência pública e política no país.

a Advocacia vem passando por grandes mudanças em um curto lapso temporal.

Se década de setenta tinha-se um perfil meticuloso, com longas peças processuais, contendo grandes citações jurídicas, sendo em parte um trabalho quase artesanal e, conseqüentemente, de pouco vulto. Após a democratização do Acesso à Justiça, através da promulgação da Constituição de 1988, foi notória a real mudança na forma de trabalho do advogado.

Com o inevitável aumento das demandas propostas, tornou-se necessário haver uma reformulação nas petições apresentadas em juízo, para melhor adequação, foram essenciais que as mesmas fossem mais objetivas e claras no seu propósito.

As mudanças na contemporaneidade estão cada vez mais nítidas, a chegada do processo digital, mudanças legislativas e, principalmente, de interpretações das normas, são apenas alguns dos exemplos existentes que interferem de maneira objetivo no papel do advogado.

1.2. A busca pela desjudicialização

O Advogado possui com um cliente uma relação de confiança, através do instrumento específico da Procuração², possuindo uma responsabilidade de meio e não de resultado. Ou seja, devendo fazer o possível, da melhor forma técnica, para defender os interesses daquele que representa. (VENOSSA, Silvo. 2013)

Atualmente o advogado não apenas defende seu cliente em juízo, mas agregou a função de assessoramento, direção e consultoria. Legalmente estabelecido no artigo 1º, II do Código de Ética da OAB.

No contexto em que se encontra a Justiça brasileira, na qual “(...) 99,7 milhões de processos que tramitaram no Judiciário brasileiro no ano de 2014, 91,9 milhões encontravam-se no primeiro grau, o que corresponde a 92% do total.” (CNJ. 2015).

2. Artigo. 104 do Código de Processo Civil: O advogado não será admitido a postular em juízo sem procuração, salvo para evitar preclusão, decadência ou prescrição, ou para praticar ato considerado urgente.

Nota-se que a grande quantidade de demanda interfere na produtividade e resoluções dos conflitos apresentados. Consequentemente, esta demora transfere um sentimento de frustração às pessoas, físicas ou jurídicas, que buscam o Judiciário para solucionar diversas questões, desde a “simples” reclamação do consumidor à processos milionários, e questões delicadas do direito de família.

Revelam também que o primeiro grau baixou 24,3 milhões de processos, a demonstrar que sua capacidade produtiva anual é de apenas 27% da demanda (casos novos + acervo) imposta à sua apreciação. Isso demonstra que para dar vazão ao estoque de processos seria necessário cessar a distribuição por quase 4 anos e, nesse período, baixar anualmente o mesmo número de processos de 2014.

O problema maior está concentrado no primeiro grau da Justiça Estadual, no qual tramitaram em 2014 cerca de 70,8 milhões de processos, com baixa de 17,3 milhões, ou seja, 24,5% do total.

[...] O fenômeno da maior sobrecarga de trabalho no primeiro grau se repete em todos os segmentos do Judiciário, embora seja menor na Justiça Federal, cuja taxa de congestionamento é mais equilibrada entre primeiro e segundo graus (excluídos os juizados especiais e turmas recursais): 78% e 66%, respectivamente. (CNJ. 2015)

Esta “bola de neve” resultou em Servidores, Juízes, partes, Sociedade e não diferentes destes, Advogados insatisfeitos com os passos dados pela máquina judicial. Neste sentido era notório que era preciso repensar as formas de solução de conflitos no país.

Os dados cada vez mais alarmantes apenas comprovavam o sentimento de frustração e impotência no qual todos aqueles que de forma direta ou indireta, participavam da máquina judiciária. Era e ainda é necessário trazer soluções efetivas. Neste aspecto em especial, o advogado como peça especial do sistema, como poderia melhorar a sistemática sem prejudicar seus ganhos ou seu papel?

Ressalta-se que principalmente nos tempos atuais, onde há mudanças cada vez mais velozes, em demandas, jurisprudências e especialidades. Ser Advogado não é mais o privilégio da elite, pergunta-se: qual é a essência da do sucesso?

Para aqueles que possuem ouvidos atentos, a possível resposta rodeia o cliente desta relação. (NORONHA, João. 1999) “A profissão

de advogado requer, antes de tudo, para que ela seja um sucesso, relacionamento. Advogado que não se relaciona é um advogado fadado ao insucesso.”

Neste sentido notou-se que ir aos braços do judiciário brasileiro é mais desgastante que vantajoso para as partes, posto isto, nasceu à necessidade de apresentação de outras vertentes, fomentando assim o exercício da Conciliação, Mediação e Arbitragem. Atividades que fazem que o Advogado “saia de sua zona de conforto” a qual foi ensino nas faculdades de Direito.

A formação das faculdades de Direito ainda prioriza o tratamento contencioso dos conflitos e no mercado de trabalho prevalecem critérios de cobrança a partir de referências litigiosas. Além disso, na tradição brasileira de conciliações (sobretudo em juízo) é comum que se defina que cada parte arcará com os honorários de seu advogado, o que pode reduzir o quantum esperado pelo advogado em termos de ganho com a demanda. (...)

A percepção sobre a zona de conforto passa pela falta conhecimento; a maior parte dos bacharéis brasileiros apenas tem informações na graduação sobre o processo civil em sua vertente contenciosa, concebendo sua prática apenas a partir de tal diretriz. (TARTUCE, Fernanda. 2012. *passim*).

Noutro giro apresentado, as recentes atualizações legislativas incentivam cada vez mais a autocomposição e novas maneiras de soluções para os conflitos. Ressalta-se a importância neste aspecto do novo Código de Processo Civil, que em seu artigo 1º, §3º que concretizou a nova visão sob a lide.

2. A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO: NOVAS POSSIBILIDADES

2.1. O Advogado

Quando o cliente traz a problemática para o escritório, o Advogado é o primeiro ao analisar, mensurando o risco atual ou em potencial, na qual este se encontra. Será o profissional que irá escutar, assessorar e aconselhar na trajetória para a melhor solução. Neste ponto, deve possuir recursos suficientes para assumir as mais diversas responsabilidades,

não obstante, deve expandir seu perfil gerenciador-negociador, em prol do melhor interesse do seu cliente. (TARTUCE, Fernanda. 2012. *Passim*).

Dessarte a existência de novas possibilidades no campo de atuação dos profissionais, notadamente com a forte influência de sua formação acadêmica, há uma resistência em trilhar novas soluções consensuais de conflitos. Há um pensamento coletivo no sentido de que:

[...] 1. as partes são adversárias e, se um ganhar, o outro deve perder; 2. as disputas devem ser resolvidas pela aplicação de alguma lei abstrata e geral por um terceiro. Como se pode facilmente constatar, esses pressupostos são absolutamente contrários às premissas da mediação, segundo as quais:

- a) todos os envolvidos podem ganhar com a criação de uma solução alternativa;
- b) a disputa é única, não sendo necessariamente governada por uma solução pré-definida. (*Ibid*, p. 06).

A construção do pensamento “ganhador-perdedor” é vislumbrada desde as raízes da profissão. As formações acadêmicas atuais continuam a ensinar modelos de resolução de conflito pela decisão de um terceiro, neste caso o Magistrado. Percebe-se que não havia tanto esforços das partes, assim como da própria máquina Estatal na efetiva resolução. A concretização deste pensamento ocorre no momento da sentença, havendo a figura da responsabilização e da compensação dos danos causados.

Ressalta-se ainda que há profissionais atuantes no mercado que sequer sabem a distinção entre as formas de autocomposição (*Ibid*, p. 06). Não se esquecendo ainda, que cabe ao Advogado traduzir a vontade do cliente em pedidos reais, baseando-se em leis abstratas, deve trazer do mundo jurídico à realidade fática o pedido. Na modernidade, muitas vezes significada colocar valores nos atos-fatos ocorridos.

Vale diante do exposto, fazer uma breve distinção entre a Conciliação e Mediação (*Idem*. 2016. *Passim*), apesar de serem bastante próximas, há diferenças importantes entre elas. A Conciliação funda-se na colaboração entre as partes, ocorre quando não há ligação prévia entre os litigantes, neste caso, a figura do terceiro imparcial é menos formal e mais livre, podendo sugerir opções e propostas para os envolvidos.

Diferentemente do que ocorre na Mediação, o terceiro imparcial faz uma espécie de “ponte” entre as partes, normalmente utilizada quando há ligação jurídica prévia entre os litigantes, apenas possui o papel de coordenação, possuindo um perfil mais qualificado e que mantém distanciamento, devendo os envolvidos por si mesmos, vislumbrarem respostas ao ocorrido.

Frisa-se que em diversas situações que a redução da vontade do cliente à simples valores monetários, em muitas vezes, não traduz o real desejo. Sendo realmente essencial a construção de um relacionamento claro e verdadeiro com o cliente, para assim buscar a melhor solução (*Idem*. 2012. *passim*). A título de exemplo há existência do desejo de um pedido de retratação da parte adversa, reconhecimento público do erro... São amplas as possibilidades que podem ser exploradas, devendo analisar especificamente cada caso.

Ressalta-se ainda que o cliente em verdade quer a satisfação de sua necessidade, a resolução do seu conflito, não interessa à ele as brilhantes citações e longas doutrinas acerca do assunto. Há uma valorização pela eficiência das propostas e caminhos apresentados, evidencia-se o poder da comunicação.

2.2. O Poder Judiciário

O Novo Código de Processo Civil possui papel fundamental em modificar a estrutura burocrática e o pensamento infundido do “ganhador-perdedor” no ordenamento jurídico atual, possuindo diversas menções ao fomento de formas de autocomposição. Destaque-se assim o os princípios que devem ser trazidos pela própria legislação.

Art. 166. A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Neste sentido, há uma mudança na visualização processual, havendo uma nova leitura da relação tríplice (autor, réu e juiz) existente. Assim, existe dissenso doutrinário sobre qual é a natureza desta relação; triangular ou angular. Sendo a primeira hipótese havendo uma relação direta entre os sujeitos, inclusive a parte e autora e ré, enquanto na segunda

hipótese, a relação entre os litigantes (autor e réu) dar-se de forma indireta, passando sempre pelo Juiz. (NEVES, Daniel. 2018. p. 161).

O princípio da Cooperação, instituído no art. 6º do CPC³, preceitua que todos os sujeitos processuais devem laborar entre si, em busca de uma decisão de mérito justa, efetiva e proferida em tempo razoável (*Ibid*, p. 205). Na prática, requer uma participação mais ativa das partes, incluindo o Magistrado, que se coloca no centro do debate e mais próximo dos litigantes.

É essencial entender que existe uma diferença tênue entre a Conciliação e a Mediação extrajudicial e a Judicial. Na máquina Judiciária há necessidade de certo grau de formalismo e procedimentos, na qual na vigência do CPC de 1973 sequer existia para a autocomposição, apenas com o CPC 2015 foi colocado de forma expressa do ordenamento Jurídico. Portanto, eleva-se à status de etapa processual, deixando de ser apenas uma possibilidade extrajudicial que as partes possam efetivamente realizar.

Do mesmo modo, as definições do que sejam mediação judicial e mediação extrajudicial parecem estar mais delimitadas pelas instituições que aplicam seus princípios. Assim sendo, a mediação judicial está associada aos princípios colocados em prática no interior das instituições judiciais, ou seja, quando partes em conflito são encaminhadas por um juiz para sessões de mediação, no contexto do processo judicial; e, por oposição, a mediação extrajudicial está ligada ao que ocorre fora dos muros dessas instituições e dos processos judiciais propriamente ditos. (MELLO, Kátia e BAPTISTA, Bárbara. 2011. p. 03)

A angulação da formação processual é importante aos olhos da autocomposição, uma vez que as partes têm função principal na resolução dos seus próprios conflitos. O mediador, assim como o Magistrado, é um terceiro imparcial na lide, contudo, sua relação com estes é diferenciada:

Ele é um *tercius* que age como facilitador do resgate da comunicação entre as partes em conflito. Dessa forma, assumindo uma posição mais igualitária em relação às partes do que aquela assumida por um juiz, a figura do mediador parece romper com a centralidade da

3. Art. 6o. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

pessoa externa que teria o poder decisório da resolução do conflito, como é o caso do juiz. (*Ibid.* p. 11).

À luz do CPC de 2015, em especial o artigo 165, trouxe a necessidade da criação de centros de resoluções de conflitos, de competência dos Tribunais de Justiça Estaduais, com a realização de audiências e sessões de autocomposição. Vislumbrando que a peça exordial está apta, deverá o ser designada a audiência, com antecedência de vinte dias (art. 334).

Contudo apesar dos avanços da legislação, os personagens do requeinte ou requerido, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas, o seu comparecimento pode ser realizado através do Advogado e Representante, desde que tenham poderes específicos para negociar e transigir. (Art. 334, §10). Todavia, o comparecimento apenas dos Advogados inviabiliza uma negociação profunda, fulminando o propósito da autocomposição.

Porém, pela observação de uma audiência conciliatória em uma das 50 Varas Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, verificamos que o discurso não é compatível com a prática. As partes, em geral, sequer comparecem à audiência, sendo representadas por seus advogados, que, através de procuração, manifestam terem poderes para transigir. Mas, de fato, em geral, não chegam a um consenso, até mesmo porque quando desejam efetivamente entrar em acordo, fazem-no extrajudicialmente, em seus respectivos escritórios, e levam ao juiz a petição do acordo já efetivado para mera homologação. (MELLO, Kátia e BAPTISTA, Bárbara. 2011. p. 13).

Percebe-se que para que haja efetivação nas medidas de autocomposição, todos aqueles que participam diretamente do processo devem possuir sua cota parte de responsabilização, seja ele Advogado, cliente, Magistrado ou Conciliador/Mediador. Na maioria das situações apresentadas ao Judiciário apenas a protelação da Sentença não é suficiente resolver o conflito.

Por versar sobre uma problemática estrutural baseada na Cultura da Litigiosidade, o “perdedor” inconformado, levará o esgotamento de todas as vias recursais possíveis para tornar-se o “ganhador” da lide. Este caminho é moroso e custoso, tanto para as partes como para o próprio Judiciário, que obrigatoriamente disponibiliza força de trabalho e recursos para os julgamentos.

Verifica-se, portanto, uma crença do sistema de que as pessoas são demasiado litigiosas e que esta cultura é a causa do esgotamento dos tribunais. A assertiva deixa de considerar, por exemplo, a forma como o campo jurídico se constitui. Nele, toda regra tem exceção, quer dizer, para toda regra posta há sempre correntes doutrinárias com interpretações diversas. Isso leva as pessoas a acreditar que sempre poderão, em alguma instância judicial, encontrar algum julgador que acolha sua tese, de modo que litigar, nesse sistema, é alimentá-lo, pois ele foi constituído de forma a sempre permitir teses necessariamente opostas para um mesmo dispositivo jurídico. (...)

Nesse sentido, sob diversos aspectos, a estrutura do processo brasileiro parece obstaculizar formas de resolução consensual dos conflitos sob julgamento, de modo que pensar na internalização da mediação e da conciliação em um processo fulcrado nessas premissas (do contraditório) nos parece, por si só, paradoxal ou, talvez, inovador a tal ponto que sua efetividade encontraria barreiras e se chocaria com a tradição. (*Ibid.* passim).

Alimentando-se sempre do próprio sistema de “guerra entre as partes”, os processos, em sua maioria, arrastam-se por anos para terem seu Transito em Julgado e iniciar a saga da execução. É notório que quando é feito um acordo, seja ele de natureza Judicial ou Extrajudicial, as partes se possuírem boa-fé terão uma maior facilidade de receber aquilo que é devido, diferentemente de uma execução forçada, na qual o executado busca o possível para não satisfazer sua obrigação.

Portanto, trata-se de uma cultura enraizada nos operadores do Direito que não evoluiu com o passar do tempo, trazendo conseqüências cada vez mais difíceis de conviver. Sendo necessário uma reestrutura comportamental a serem percebidas por todos.

CONCLUSÃO

Nota-se que com o passar das décadas o papel do Advogado continua sendo de grande importância para o país, contudo, vislumbra-se a mudança de atuação não é recente, foram deixadas de lado as longas peças e a linguagem extremamente técnica para ser assumido um papel de clareza e objetividade às demandas ofertadas ao Judiciário.

Contudo mesmo com a mudança na forma de fazer e pensar o processo, não foram suficientes para diminuir a grande filas de processos existentes no país, nota-se que é fundamental maior engajamento destes profissionais em medidas alternativas à litigiosidade. As formas de autocomposição deixaram de ser apenas uma alternativa às demandas, para ganharem status de fase processuais.

Portanto, é visível que todos os operantes da máquina judiciária brasileira devem repensar a sua forma de atuação, diariamente, desde a reciclagem dos ensinamentos das faculdades de Direito, que devem quebrar a cultura do “ganhador-perdedor” e incentivar a Conciliação e a Mediação nos conflitos da sociedade.

Portanto, deve ser uma tarefa assumida por magistrados, advogados, professores e clientes, na busca de resolver da melhor forma o conflito e evitar que os litígios arrastem-se por anos à fio, sendo custoso para todos os envilvimentos, em especial ao Poder Judiciário.

Ressalta-se ainda o poder reinvenção da classe de Advogados, pois apesar de todas as mudanças sociais que já ocorreram no país sempre foram essenciais para a ordem nacional, portanto, apesar das crises dos números de afogamento de processos em andamento, não há crise da Advocacia, e sim mudança de paradigma de fazer e pensar no processo e cliente da forma atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. **Antigo Código de Processo Civil**. 11 de Janeiro de 1973. Planalto. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm > Acesso em 08 de Agosto de 2018.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. 16 de Março de 2015. Planalto. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm >. Acesso em 08 de Agosto de 2018.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 05 de Outubro de 1988. Planalto. Institui a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 08 de Agosto de 2018.
- Conselho Nacional de Justiça (CNJ). 2015. **Dados Estatísticos**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/politica-nacional-de-priori->

- zacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em: 11 de Agosto de 2018.
- MELLO, Kátia Sento Sé e BAPTISTA, Bárbara Gomes Lupetti. **Mediação e Conciliação no Judiciário: Dilemas e significados**. 2011. p. 97-122. Artigo. Revista de Estudos de Conflito e Controle Social - Vol. 4 – nº 1.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual - Volume Único**. 10 Edição. Salvador-BA. Editora JusPodivm, 2018.
- NORONHA, João Otávio. **Atividades Extrajudiciais Dos Advogados**. 1999. Texto extraído de gravação, sem revisão do autor. Anais da XVII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil: Justiça: Realidade e Utopia, Rio de Janeiro, 29 de agosto a 02 de setembro de 1999. Disponível em: < <https://core.ac.uk/download/pdf/79068514.pdf> >. Acesso em 11 de Agosto de 2018.
- TATUCE, Fernanda. **Advocacia E Meios Consensuais: Novas Visões, Novos Ganhos**. 2017. p. 125-146. A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça. Artigo. (Doutora e Mestre em Processo Civil pela USP). São Paulo.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação No Novo CPC: Questionamentos Reflexivos**. 2013. Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre. Artigo. (Doutora e Mestre em Processo Civil pela USP). São Paulo.
- VENOZA, Silvo. **Advogados devem responder por erros de desempenho**. 15 de Janeiro de 2003. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2003-jan-15/responsabilidade_civil_advogados_clientes>. Acesso em 11 de agosto de 2018.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do Direito**. 7ª Edição. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2012.

CAPÍTULO XXVIII

O exame de convencionalidade pelo Ministério Público sobre o inquérito policial como forma de evitar ações penais indevidas

*Wallace Nascimento Bispo**

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos; 3. Breves considerações acerca do exame de convencionalidade; 4. Exame de convencionalidade pelo ministério público sobre o inquérito policial no exercício do controle externo; 5. Casos e o necessário exame de convencionalidade na persecução penal.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; Exame de convencionalidade; Inquérito policial; Ministério Público; Ação penal.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil, cada vez mais, vem à tona o tema da convencionalidade das leis internas face aos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos. Tal exame e, sobretudo o controle, é comumente realizado pelo Poder Judiciário, pois a ele são direcionadas as demandas sociais que necessitam de uma solução definitiva.

O Ministério Público da União e Estadual, por outro lado, detém importante função e *status* conferido pela Constituição da República

(*) Graduando em Direito pela Universidade do Estado da Bahia (UNEB). Integrante do Grupo de Estudos em Ciências Criminais do Conselho Consultivo da Jovem Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Estado da Bahia, em parceria com a Escola Superior da Advocacia (ESA) e a Liga Acadêmica de Estudos Jurídicos da Bahia (LAEJU-BA). Endereço eletrônico: wallacensb21@gmail.com

de 1988 na proteção de direitos fundamentais e direitos humanos também na persecução penal. Reforçando tal entendimento, as jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos têm sido fundamentais.

Neste cenário, insere-se ainda o inquérito policial, pois trata-se de um importante instrumento de investigação que colabora para formar a convicção do órgão ministerial e, conseqüentemente, sustentar eventual denúncia a ser levada por ele ao Poder Judiciário. Em razão disso, as normas internas e internacionais reúnem direitos e garantias imprescindíveis na seara penal.

Assim, o Ministério Público, a quem incumbe a última palavra sobre o oferecimento da denúncia, bem como o controle externo da atividade policial, encontra-se em um contexto em que se faz necessária uma análise dos inquéritos policiais pela ótica “convencional”. Isto poderia evitar, por exemplo, ações penais e condenações penais indevidas e, por outro lado, contribuir para a condenação devida de indivíduos que comprovadamente cometeram infrações penais.

Luigi Ferrajoli (2002), idealizador do garantismo penal com a sua obra “*Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*”, traz diversas análises sobre como deveria ser um direito penal e processual penal adequado e, nesse contexto, também reforça a importância da atuação do Ministério Público no exercício do juízo acusatório.

Casos em que desde a fase de investigação concentram violações aos direitos humanos são capazes de levar inocentes ao cárcere, além de dificultar a punição de transgressores da lei. Contudo, o primeiro caso é ainda pior conforme a parêntese “é melhor absolver-se um culpado do que condenar-se um inocente”.

Inquéritos policiais, denúncias e conseqüentemente sentenças inconsistentes, muitas vezes só são combatidas em Cortes Superiores, como ocorreu no *Habeas Corpus* 598.886 julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, comentado mais adiante.

À vista disso, o tema revela-se imprescindível, dado que, para além do exame legal e constitucional, ao órgão ministerial também incumbe examinar a convencionalidade no inquérito policial para decidir quanto

ao oferecimento da denúncia ou o seu arquivamento¹, evitando-se, na origem, potenciais processos penais indevidos e que podem culminar em condenações violadoras de direitos humanos e fundamentais.

Metodologicamente, serão utilizadas para embasar o presente trabalho as leis, julgados, artigos e obras jurídicas, bem como alguns noticiários e reportagens jornalísticas. Tem-se enquanto obra basilar a de Mazzuoli, Costa e Faria e Oliveira intitulada “*Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público*”.

Assim, serão abordadas as seguintes questões: a distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos; o exame de convencionalidade e seu exercício pelo Ministério Público brasileiro sobre o inquérito policial na realização do controle externo e uma análise sobre o necessário exame de convencionalidade na persecução penal.

2. DISTINÇÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CRFB/88). Ingo Wolfgang Sarlet (2011) a conceitua como sendo “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade [...]”.

Segundo Cunha Júnior (2018) “os direitos fundamentais são aquelas posições jurídicas favoráveis às pessoas que explicitam, direta ou indiretamente, o princípio da dignidade humana”. Encontram-se na Constituição (fundamentalidade formal) ou, em razão do seu conteúdo e importância, são admitidos e equiparados aos direitos formalmente reconhecidos (fundamentalidade material) (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 504).

Mendes, Coelho e Branco (2009) afirmam que os direitos fundamentais, na acepção material, são entendidos como pretensões que se descobrem historicamente a partir da perspectiva do valor da dignidade

1. A redação atual do art. 28 do CPP modificada pelo pacote anticrime (Lei 13.964/19) está suspensa pelo STF (ADI 6305/DF). Assim, aplica-se, até o julgamento final da ação, o texto anterior.

humana. Dessa forma, além de serem fruto de uma determinada época, se relacionam, no mais das vezes, com aqueles direitos essenciais a uma existência humana digna (FONTELES, 2021, p. 19-25).

Não obstante, juridicamente eles se distinguem dos direitos humanos, pois segundo a doutrina majoritária, enquanto estes encontram-se previstos internacionalmente (em tratados e convenções), os direitos fundamentais são aqueles que estão presentes nas constituições internas de cada Estado soberano (MAZZUOLI, 2020, p. 23).

Conforme explica Flávio Martins (2021), embora a própria Constituição mencione a expressão “direitos humanos” em alguns momentos, esta é muito utilizada pelos estudiosos do Direito Internacional, filósofos, sociólogos, entre outros. Conclui afirmando que os “direitos humanos são os direitos previstos em tratados e demais documentos internacionais, que resguardam a pessoa humana de uma série de ingerências que podem ser praticadas pelo Estado ou por outras pessoas” (MARTINS, 2021, p. 639-640).

Apesar disso, os direitos humanos e os direitos fundamentais substancialmente se confundem. Isso quer dizer que, com relação ao conteúdo, são muito próximos ou até idênticos. São exemplos: a liberdade, a igualdade, a educação e a moradia (FONTELES, 2021, p. 16). Em razão disso, alguns doutrinadores utilizam as expressões como sinônimas ou empregam outras nomenclaturas, tal como Alexandre de Moraes (2018) que faz menção aos “direitos humanos fundamentais”.

3. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO EXAME DE CONVENCIONALIDADE

O vocábulo “controle” é normalmente utilizado para se referir à verificação de compatibilidade das leis, atos normativos e omissões estatais com a constituição (controle de constitucionalidade, portanto) e, do mesmo modo, face aos tratados e convenções internacionais incorporados ao Estado brasileiro, mas agora, tratando-se do chamado controle de convencionalidade.

Na dicção de Mazzuoli, Costa e Faria e Oliveira (2021), o controle e a aferição são espécies do gênero exame. Nesse sentido, o exame de

convencionalidade abarca tanto a aferição, que é a análise sobre a (in) compatibilidade das normas brasileiras com os tratados internacionais de direitos humanos sem que se retire a validade delas no caso concreto, quanto o controle, através do qual o órgão controlador as reconhece como inválidas em razão de haver incompatibilidade com as previstas internacionalmente.

Assim, o controle de convencionalidade é a análise da (in)compatibilidade das leis e atos normativos com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos (MARTINS, 2021, p. 483), com a possibilidade de se reconhecer a norma interna como inválida (MAZZUOLI; COSTA E FARIA; OLIVEIRA, 2021, p. 26).

Com relação ao tema, há divergências acerca da posição dos tratados e convenções internacionais no ordenamento quando incorporados ao direito interno e a utilização da nomenclatura. O Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Recurso Extraordinário (RE) 466.343/SP, entendeu que no caso de não aprovação nos moldes do § 3º do art. 5º², ainda que versem sobre direitos humanos, serão normas supralegais (acima das leis) e infraconstitucionais (abaixo da Constituição).

Acompanhando tal posicionamento, Flávio Martins (2021) explica que, em verdade, o controle de convencionalidade é exercido sobre os tratados de direitos humanos supralegais e infraconstitucionais, ao passo que, aqueles aprovados pelo rito do § 3º, art. 5º da CRFB, seriam objeto do controle de constitucionalidade por serem equivalentes à Emenda Constitucional.

Nesse sentido, “querer nomear controle de convencionalidade (concentrado ou difuso) aquele controle cujo parâmetro seja um texto constitucional que um dia foi tratado internacional é uma opção meramente linguística, sem efeitos práticos relevantes” (ABBOUD; SCAVUZZI; FERNANDES, 2017, p. 07).

Contudo, para Valerio Mazzuoli (2019), os tratados de direitos humanos já têm *status* de norma constitucional (sobretudo material),

2. Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (CRFB/88).

conforme o § 2º, art. 5º, da Constituição Federal, ainda que não aprovados pela maioria qualificada prevista no § 3º do mesmo artigo. Ou seja, há controle de convencionalidade sobre os tratados e convenções de direitos humanos formalmente constitucionais ou não. Inclusive, este foi o entendimento vencido no referido RE e a orientação adotada para a realização deste trabalho.

Interessante ainda é o argumento que Flávia Piovesan (2013) traz, afirmando que:

O direito brasileiro faz opção por um sistema misto disciplinador dos tratados, sistema que se caracteriza por combinar regimes jurídicos diferenciados: um regime aplicável aos tratados de direitos humanos e outro aplicável aos tratados tradicionais. Enquanto os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, § 2º – apresentam hierarquia constitucional, os demais tratados internacionais apresentam hierarquia infraconstitucional.

Dessa forma, percebe-se que o tema reúne diversos entendimentos sob variados aspectos. Entretanto, de maneira sucinta, a ideia do exame (controle e aferição) de convencionalidade foi apresentada.

4. EXAME DE CONVENCIONALIDADE PELO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE O INQUÉRITO POLICIAL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO

Passado o breve panorama geral sobre o denominado exame (aferição e controle) de convencionalidade, é necessário explorar alguns pontos fundamentais sobre o tema e que envolvem o Ministério Público (MP) e o inquérito policial (IP).

Segundo a Constituição Federal de 1988, “O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a *defesa da ordem jurídica*, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (CRFB/88, art. 127, *caput*, grifo nosso).

Trata-se, pois, de uma instituição que não está ligada a qualquer dos três poderes, tal como era no passado, e também não constitui um “quarto poder”, embora tenha grande autonomia para atuar e cumprir

as suas funções previstas na Constituição da República (CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 18-22).

Nesse sentido, no âmbito constitucional, já é possível notar através do art. 127 e da mais recente doutrina, que ao MP cabe a guarda (*custos juris*) e não apenas a fiscalização (*custos legis*) da ordem jurídica, incluindo as normas internacionais sobre direitos humanos incorporadas ao ordenamento jurídico. Dessa forma, sendo o MP guardião e fiscal de todo o ordenamento, também lhe é própria a missão de “conhecer, aplicar e exigir a aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigor no Estado” (MAZZUOLI; COSTA E FARIA; OLIVEIRA, 2021, p. 3-4).

Somado a esta constatação, segundo Mazzuoli, Costa e Faria e Oliveira (2021), têm-se importantes jurisprudências da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), a exemplo do caso *Gelman vs. Uruguai* julgado em 2011, através do qual extraiu-se a orientação no sentido de que diversos órgãos internos são competentes e devem realizar prioritariamente o controle de convencionalidade.

Ainda, a Corte IDH, em importante pronunciamento no caso *Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus Membros vs. Honduras* (2015), reforçou a tese de que o controle de convencionalidade tem como paradigma todo o *corpus juris* internacional de proteção dos direitos humanos do sistema global e regional (MAZZUOLI; COSTA E FARIA; OLIVEIRA, 2021, p. 13).

Assim, o Ministério Público e a Defensoria Pública, por exemplo, além do próprio Poder Judiciário devem examinar (aférir e controlar) a convencionalidade das leis e atos normativos, (MAZZUOLI; COSTA E FARIA; OLIVEIRA, 2021, p. 12), incluídos ainda, como será visto, o exame sobre os procedimentos administrativos previstos em lei, a exemplo do inquérito policial.

O Inquérito Policial, por sua vez, é um procedimento administrativo destinado à apuração da materialidade, autoria e as circunstâncias da infração penal (crime e contravenção penal) que prepara a ação penal. Seu principal objetivo é o de levar elementos capazes de formar a conclusão do MP (*opinio delicti*) (NUCCI, 2020, p. 181).

Tecnicamente, por não ser ainda fase processual propriamente dita (PACELLI;-FISCHER, 2021, p. 49), não há contraditório e ampla defesa asseguradas em todas as etapas, pois a Constituição afirma que “aos litigantes, *em processo judicial ou administrativo*, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CRFB/88, art. 5º, LV, grifo nosso). Integra, pois, a persecução penal extrajudicial.

Segundo Guilherme de Souza Nucci (2020) também serve o IP para assegurar ações desnecessárias da Justiça e, por outro lado, para dar segurança ao acusado, evitando que este pudesse ser submetido a um processo e julgamento arbitrário ou com base em elementos frágeis. No entanto, embora seja bastante criticável o modelo do IP no Brasil, pois não raro ocorrem arbitrariedades nesta fase, ainda é o principal meio de investigação utilizado.

Formada a convicção do MP pela existência do crime, ele deverá “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (CRFB/88, art. 129, I). A ação penal, por seu turno, é o direito de exigir do Estado a aplicação do direito penal material ao responsável pela prática da infração penal (MASSON, 2020, p. 751). Processualmente, inicia-se pelo oferecimento da denúncia pelo MP ou queixa pelo particular, ainda que não recebida pelo juiz (NUCCI, 2020, p. 239).

Tal ação pública, explica Luigi Ferrajoli (2002), é obrigatória quando houver elementos suficientes, pois trata-se de “um aspecto ou, se quisermos, um corolário de outras essenciais características estruturais do sistema garantista”, tais como a legalidade e a igualdade penal.

Sendo destinatário dos elementos de convicção da investigação criminal, o MP assume a responsabilidade, enquanto guardião dos direitos humanos e fundamentais, de impedir que qualquer pessoa seja processada criminalmente em situações indevidas (MAZZUOLI; COSTA E FARIA; OLIVEIRA, 2021, p. 108).

Segundo a Constituição, além de competir privativamente ao MP a promoção da ação penal pública, também é sua função o controle externo da atividade policial, *in verbis*: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: VII - exercer o controle externo da atividade policial [...]”. (CRFB/88).

Assim, poderá o MP “controlar todo o desenvolvimento da persecução investigatória, requisitar diligências e, ao final, dar a sua opinião” (NUCCI, 2020, p. 185). O controle externo, portanto, teria como finalidade, dentre outras, a de garantir ao acusado a não violação de direitos fundamentais (CAVALCANTE FILHO, 2017, p. 49) e, com amparo nos ensinamentos doutrinários de Direito Internacional e Constitucional citados, também a não violação aos direitos humanos previstos em tratados e convenções internacionais.

Após o juízo acusatório que o órgão ministerial realiza sobre o inquérito policial, pode ele ter uma conclusão positiva, oferecendo a denúncia, ou negativa, como é o caso do arquivamento nas ações penais públicas (PACELLI; FISCHER, 2021, p. 50).

5. CASOS E O NECESSÁRIO EXAME DE CONVENCIONALIDADE NA PERSECUÇÃO PENAL

A Persecução Penal é o conjunto de atos que integram a investigação criminal com a finalidade de buscar, de maneira isenta, a verdade dos fatos e de emprestar elementos que possam justificar o manejo da ação penal, e as providências processuais necessárias à responsabilização dos autores das infrações penais (MAZZUOLI; COSTA E FARIA; OLIVEIRA, 2021, p. 107). No contexto deste capítulo, o termo refere-se à fase extraprocessual de investigação.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em 2020, julgou o *Habeas Corpus* (HC) 598.886 relacionado a um processo no qual um dos réus havia sido condenado apenas com base no reconhecimento fotográfico. O reconhecimento de pessoas (e não fotográfico, expressamente) é previsto no art. 226 do Código de Processo Penal (CPP) e pode ocorrer ainda na fase do IP.

Parte dos fatos são assim descritos no acórdão dos embargos de declaração do referido HC julgado em 13/04/2021 pelo STJ: O primeiro paciente *foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. [...]* (grifo nosso).

Após compendiosa análise, foi observado que no âmbito recursal o MP manifestou-se pelo não conhecimento do HC, conforme consta do relatório e voto do Min. Relator Rogerio Schietti Cruz (HC 598.886). A Corte Cidadã, não obstante, reconheceu a ilegalidade da condenação. Em conclusão, um inocente fora julgado e condenado arbitrariamente com base apenas no reconhecimento fotográfico.

É possível, assim, vislumbrar que tal processo e todo o seu custo (monetário-estatal e emocional do acusado e seus familiares) poderia ter sido evitado com os controles de legalidade, constitucionalidade e, mais ainda, de convencionalidade. Com relação a este último, afirma a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que: Art. 8. 2: Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Consoante Mazzuoli, Costa e Faria e Oliveira (2021), em todos os casos que envolvem HC e que o MP pode ou deve intervir, caberá à instituição ministerial aferir a convencionalidade das normas do direito interno à luz dos tratados e convenções de direitos humanos, para, dessa forma, garantir direitos individuais do impetrante, bem como para exigir o cumprimento das obrigações Estatais em matéria criminal em atenção aos direitos das vítimas, ou ainda, em busca da proteção objetiva dos direitos humanos.

Um reconhecimento fotográfico desgarrado de quaisquer outros elementos não deve ou não deveria ser capaz de produzir condenações, somado aos fatos de que “a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo” e “as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado” (HC 598886), não seria “convencionalmente” possível submeter alguém a um processo penal e a uma condenação confirmada em duplo grau com estes dados, sob pena de haver violação de direitos humanos. Mas foi o que aconteceu.

Conforme Ávila (2019):

O paradigma do Estado democrático de Direito consiste em um estado de vedação de arbitrariedades. Isso significa que se deve assegurar efetivamente a proteção legal mediante a consciência geral do conteúdo da lei e a previsibilidade dos resultados da violação legal, o que se traduz no princípio da segurança jurídica.

Thiago Pierobom de Ávila (2019) menciona acertadamente a necessidade de se assegurar a efetiva proteção legal. No entanto, indo além, faz-se necessário que em um Estado democrático de Direito o MP (Estado-acusador) assegure a efetiva proteção “convencional” dos acusados. É, em alguns casos, insuficiente a observância da legalidade para coibir arbitrariedades, abrindo-se espaço para o “controle” convencional, efetivamente.

Em comentários ao art. 226 do CPP, Pacelli e Fischer (2021) explicam que “como se trata de situação em que se tem dúvidas quanto à efetiva identificação do acusado, toma-se o cuidado de filtrar o máximo possível a idoneidade do depoimento”.

É fundamental, ainda, os dizeres de Mazzuoli, Costa e Faria e Oliveira (2021) ao recordarem que há uma “prevalência das normas convencionais na orientação dos procedimentos de persecução penal no Brasil”, conforme o CPP: “Art. 1º O processo penal rege-se-á, em todo o território brasileiro, por este Código, ressalvados: I - os tratados, as convenções e regras de direito internacional”.

Além disso, a Constituição afirma que “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II – *prevalência dos direitos humanos*” (CRFB/88, art. 4º, II, grifo nosso).

Em consequência, o controle de convencionalidade a ser exercido pelo membro do MP deve:

Permear e se fazer presente em todo o processo de persecução penal, desde (i) o controle dos atos de instauração de investigação criminais, (ii) a fiscalização dos correspondentes procedimentos de investigação, (iii) o seu eventual arquivamento, (iv) a promoção da ação penal pública e (v) a sua correspondente tramitação (MAZZUOLI; COSTA E FARIA; OLIVEIRA, p. 109).

A propósito, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana contra o Racismo (BRASIL, 2021) que terá equivalência à emenda constitucional (CRFB, art. 5º, § 3º). Casos como o retromencionado podem estar alicerçados na problemática social e criminosa do racismo. Segundo o art. 1. 4 da Convenção “Toda teoria, doutrina, ideologia e conjunto de ideias racistas [...] são cientificamente falsas, moralmente censuráveis, socialmente injustas e contrárias aos princípios fundamentais do Direito Internacional”.

Com relação ao tema em discussão, o programa de televisão “*Show da Vida*” (Fantástico) publicizou importante reportagem sobre pessoas que sem provas eram acusadas da prática de infrações penais e tinham contra si inquéritos policiais, além de condenações e prisões efetivadas. A manchete é impactante ao dizer que “83% dos presos injustamente por reconhecimento fotográfico no Brasil são negros” (G1, 2021). Nesse sentido, e mais uma vez, afirma-se que os inquéritos policiais devem ser controlados convencionalmente pelo órgão ministerial.

Outro exemplo interessante para a exploração do tema relaciona-se com a utilização “inconvencional” do procedimento administrativo do inquérito policial com o objetivo de intimidar outras minorias. Foi o que ocorreu com uma liderança indígena que passou a ser investigada por criticar ações governamentais. O delegado, entretanto, entendeu pelo arquivamento, fato este noticiado com a seguinte manchete “PF pede arquivamento de inquérito que investigaria líder indígena de RO por criticar ações de Bolsonaro” (G1, 2021).

A Convenção, neste contexto, afirma que: “Art. 1.6: Intolerância é um ato ou conjunto de atos ou manifestações que denotam desrespeito, rejeição ou desprezo à dignidade, características, convicções ou opiniões de pessoas por serem diferentes ou contrárias” (CONVENÇÃO INTERAMERICANA CONTRA O RACISMO, A DISCRIMINAÇÃO RACIAL E FORMAS CORRELATAS DE INTOLERÂNCIA, 2013, p. 04).

Observadas as regras atinentes às ações penais (pública condicionada ou incondicionada e privada), em situações como estas (utilização e procedimentos inconvencionais do IP), se o MP constatar “que a atividade de investigação violou direitos e garantias estabelecidos no plano internacional, ensejando inconvencionalidade que, no caso concreto, estão a impedir a promoção da ação penal pública”, deverá a instituição atuar pelo arquivamento (MAZZUOLI; COSTA E FARIA; OLIVEIRA, 2021, p. 177).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, os direitos humanos têm imensa importância para a garantia de um processo justo, imparcial e livre de preconceitos. No entanto, cada Estado-parte dos tratados e convenções internacionais

sobre a matéria devem ter mecanismos capazes de efetivar tais direitos no âmbito interno.

Nesse sentido, valendo-se do importante estudo acerca do exame de convencionalidade pelo MP trazido à baila por Mazzuoli, Costa e Faria e Oliveira na obra “*Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público*” (2021), é notório a importância deste exame sobre os inquéritos policiais para que sejam evitados dois tipos de situações: gastos públicos com a investigação criminal e o processo penal e seus corolários e, sobretudo, o grande impacto emocional e social sobre aquele que é falsamente imputado como autor da prática de infrações penais ou que tem suas garantias legais, constitucionais e convencionais desrespeitadas.

Assim, ao Ministério Público é dada a missão de também fazer valer as normas de direito internacional incorporadas ao Brasil para coibir injustiças, o racismo e a intolerância institucionais e sociais, bem como barrar eventuais processos de investigação criminal e processos penais totalmente incompatíveis com o Estado democrático de Direito.

Dessa forma, foi possível perceber no presente trabalho a necessidade desse debate entre as instituições essenciais à justiça, os órgãos de investigação, o Poder Judiciário e os estudiosos das leis no país. Por fim, abre-se novamente o caminho para a discussão sobre um “estado de coisas inconventionais” no país em diversas áreas e sob variados ângulos. Tal modelo de Estado não é harmonizável com as normas internacionais, muito menos com a Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; SCAVUZZI, Maira Bianca; FERNANDES, Ricardo Yamin. Controle de Convencionalidade e Direitos Fundamentais. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 42, n. 268, jun. 2017.
- ÁVILA, Thiago Pierobom de. O Controle da Discricionariedade Policial: Perspectivas para a atuação do Ministério Público. **O Ministério Público e o Controle Externo da Atividade Policial**. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, v. 02, p. 45-61, 2019. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/12399-o-ministerio-publico-e-o-controle-externo-da-ativida>. Acesso em: 22 jun. 2021.
- BRASIL. Brasil ratifica a Convenção Interamericana contra o Racismo. **Planalto**, 13 maio, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/>

acompanhe-o-planalto/noticias/2021/05/brasil-ratifica-a-convencao-interamericana-contra-o-racismo. Acesso em: 23 jun. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da república, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas-corpus nº 598.886**. Relator: Min. Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 18 dez. 2020. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=117339183&num_registro=202001796823&data=20201218&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 466.343/SP**. Recorrente: Banco Bradesco SA. Recorrido: Luciano Cardoso Santos. Relator: Min. Cezar Peluso, Brasília, 03 dez. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2343529>. Acesso em: 17 jun. 2021.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Legislação aplicada ao MPU: Lei complementar nº 75/1993**. 3. ed. rev. Brasília: Alumnus, 2017.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Gelman vs. Uru-guai, Mérito e Reparações**, Sentença de 24 de fevereiro de 2011, Série C, nº 221, § 193. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Comunidade Garifuna de Punta Piedra e seus Membros vs. Honduras**, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 8 de outubro de 2015, Série C, nº 304, § 211. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_304_esp.pdf%20. Acesso em: 23 jun. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.

Exclusivo: 83% dos presos injustamente por reconhecimento fotográfico no Brasil são negros. **G1**, 21 fev. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/02/21/exclusivo-83percent-dos-presos-injustamente-por-reconhecimento-fotografico-no-brasil-sao-negros.ghtml>. Acesso em: 23 jun. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

- FONTELES, Samuel Sales. **Direitos Fundamentais**. Salvador: JusPodivm, 2021.
- MARTINS, Flávio. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal**: parte geral (arts. 1º ao 120), v. 1, 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; COSTA E FARIA, Marcelle Rodrigues da; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Controle de Convencionalidade Pelo Ministério Público**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2018.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- Organização dos Estados Americanos, **Convenção Americana de Direitos Humanos** ("Pacto de San José de Costa Rica"), 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 22 jun. 2021.
- Organização dos Estados Americanos, **Convenção Interamericana Contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância**, 2013. Disponível em: <https://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/interamericantreatiesA-68ConvencaoInteramericanaracismoPOR.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2021.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- PF pede arquivamento de inquérito que investigaria líder indígena de RO por criticar ações de Bolsonaro. **G1**, 06 maio, 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/ro/rondonia/noticia/2021/05/06/inquerito-que-investigava-lider-indigena-de-rondonia-por-criticar-acoes-do-governo-e-arquivado.ghtml>. Acesso em: 23 jun. 2021.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

