

Janaína Silveira Soares Madeira – Direito Univille  
Waldemar Moreno Junior – Direito Univille  
Organizadores

**ANAIS  
V SEMANA ACADÊMICA  
DE DIREITO DA UNIVILLE -  
SADU 2020**



**19 a 22 de outubro de 2020**

Joinville, 2021

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DA REGIÃO DE JOINVILLE –  
FURJ – MANTENEDORA**

**ÓRGÃOS DA ADMINISTRAÇÃO SUPERIOR DA FURJ**

**Conselho de Administração**  
Presidente – Mariluci Neis Carelli

**Conselho Curador**  
Presidente – Rafael Martignago

**ÓRGÃOS EXECUTIVOS DA FURJ**

**Presidente**  
Alexandre Cidral

**Vice-Presidente**  
Therezinha Maria Novais de Oliveira

**Diretor Administrativo**  
José Kempner

**Procuradora-Geral da Furj**  
Ana Carolina Amorim Buzzi

**UNIVERSIDADE DA REGIÃO DE JOINVILLE – UNIVILLE –  
MANTIDA**

**ÓRGÃO DELIBERATIVO SUPERIOR DA UNIVILLE**

**Conselho Universitário**  
Presidente – Alexandre Cidral

**ÓRGÃO EXECUTIVO SUPERIOR DA UNIVILLE**

**Reitor**  
Alexandre Cidral

**Vice-Reitora**  
Therezinha Maria Novais de Oliveira

**Pró-Reitora de Ensino**  
Patrícia Esther Fendrich Magri

**Pró-Reitor de Pesquisa e Pós-Graduação**  
Paulo Henrique Condeixa de França

**Pró-Reitora de Extensão e Assuntos Comunitários**  
Yoná da Silva Dalonso

**Pró-Reitor de Infraestrutura**  
Gean Cardoso de Medeiros

**Diretor do Campus São Bento do Sul**  
Eduardo Silva

**PARQUE DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA DE JOINVILLE E  
REGIÃO – INOVAPARQ – MANTIDA**

**Diretor Executivo**  
Marcelo Leandro de Borba



**Coordenação**  
Sílvio Simon de Mattos

**COMISSÃO CIENTÍFICA**

**Presidente**  
Profa. Ma. Janaína Silveira Soares Madeira – Direito  
Univille

**Vice-Presidente**  
Prof. Dr. Waldemar Moreno Junior – Direito Univille

**Membros**  
Prof. Esp. Anna Lethicia dos Santos  
Profa. Ms. Beatriz Regina Branca  
Prof. Ms. Carlos Alberto Hartwig  
Prof. Dr. Claudio Melquiades Medeiros  
Prof. Esp. Daniel de Oliveira

Prof. Ms. Décio Luiz Otero Júnior  
Profa. Dra. Fernanda Brandão Lapa  
Prof. Ms. Frederico Wellington Jorge  
Profa. Dra. Ilanil Coelho  
Prof. Dra. Jaidette Farias Klug  
Prof. Ms. José Edilson da Cunha Fontenelle Neto  
Prof. Ms. João Fábio Fontoura  
Profa. Ma. Katja Elizabeth Fuxreiter  
Profa. Dra. Luana de Carvalho Silva Gusso  
Prof. Dr. Luís Felipe do Nascimento Moraes  
Prof. Ms. Luiz Gustavo Rupp  
Prof. Dr. Nestor Castilho Gomes  
Profa. Dra. Patrícia de Oliveira Areas  
Profa. Ms. Séfora Cristina Schubert  
Profa. Dra. Sirlei de Souza

ISBN 978-65-87142-19-7

Catálogo na fonte pela Biblioteca Universitária da Univille

S471a      Semana Acadêmica de Direito da Univille (5. : 2020 : Joinville, SC)  
Anais V Semana Acadêmica de Direito da Univille – SADU 2020 /  
Janaína Silveira Soares Madeira, Waldemar Moreno Júnior, organizadores.  
– Joinville, SC : Editora Univille, 2021.

303 p. : il.

1. Direito. 2. Direito civil. 3. Direito penal. 4. Direitos humanos. 5.  
Direito do trabalho. 6. Direito previdenciário. 7. Direito constitucional. 8.  
Direito de família. I. Madeira, Janaína Silveira Soares (org.). II. Moreno  
Júnior, Waldemar (org.). III. Título

CDD 340

Elaborada por: Ana Paula Blaskovski Kuchnir – CRB 14/1401

**O conteúdo destes Anais é de exclusiva responsabilidade dos(as) seus(uas) autores(as).**

## SUMÁRIO

<b>APRESENTAÇÃO</b> .....	<b>6</b>
---------------------------	----------

**GRUPO DE TRABALHO: EDUCAÇÃO, DIREITOS HUMANOS E JUSTIÇA SOCIAL**

<b>A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR: UM ESTUDO SOBRE A INEXISTÊNCIA DE RECIPROCIDADE ACERCA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS ENTRE PAIS E FILHOS</b> .....	<b>8</b>
<i>Eliane Pereira de Mello / Janaína Soares Silveira Madeira</i>	

<b>EDUCAÇÃO COMO GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS: JOVENS DE UMA COMUNIDADE QUILOMBOLA ENFRENTANDO O RACISMO ESTRUTURAL</b> .....	<b>26</b>
<i>Kamila Eduarda Baek / Sirlei de Souza</i>	

<b>IMIGRAÇÃO COMO DIREITO HUMANO: UMA ANÁLISE DAS NARRATIVAS DE ESTUDANTES HAITIANOS NA UNIVILLE</b> .....	<b>34</b>
<i>Kawanna Alano Soares / Sirlei de Souza / Jonathan Prateat</i>	

<b>ADOÇÃO INTUITU PERSONAE E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b> .....	<b>45</b>
<i>Renata Eugênia Alves dos Santos / Janaína Silveira Soares Madeira</i>	

**GRUPO DE TRABALHO: SEGURANÇA PÚBLICA**

<b>O PERFIL DO ENCARCERADO BRASILEIRO: UMA RELAÇÃO A PARTIR DA TEORIA DO ETIQUETAMENTO</b> .....	<b>62</b>
<i>Michele Mühlbauer / Sarah Francine Schreiner</i>	

**GRUPO DE TRABALHO: DIREITO DO TRABALHO E PREVIDENCIÁRIO**

<b>INVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: A ERA DA UBERIZAÇÃO JUST IN TIME</b> ..	<b>73</b>
<i>Ariane Krause Luvisa / Luis Felipe do Nascimento Moraes</i>	

<b>A COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA TRABALHISTA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO DA GIG ECONOMY</b> .....	<b>85</b>
<i>Crislaine Felipe Heindrickson / Janaína Silveira Soares Madeira</i>	

<b>A UTILIZAÇÃO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NOS CASOS MARIANA E BRUMADINHO/MG</b> .....	<b>98</b>
<i>José Carlos Heiler / Luis Felipe do Nascimento Moraes</i>	

<b>O DIREITO AO DESCANSO DO EMPREGADO QUE EXERCE CARGO DE CONFIANÇA E O DESVIRTUAMENTO DO ARTIGO 62, II DA CLT</b> .....	<b>110</b>
<i>Willian de Amorim</i>	

**GRUPO DE TRABALHO: CONSTITUCIONALISMO E JUSTIÇA**

**A (I)LEGALIDADE DO DECRETO Nº 38.520/2020 DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE/SC  
NO QUE TANGE AO ISOLAMENTO DOMICILIAR DOS IDOSOS . . . . . 120**  
*Ethieny Vieira Pereira*

**A INCONSTITUCIONALIDADE DO USO DAS FORÇAS ARMADAS COMO PODER  
MODERADOR. . . . . 129**  
*Isabelle Ramirez Santiago Bezerra*

**GRUPO DE TRABALHO: DIREITOS CULTURAIS, CRIMINOLOGIA E JUSTIÇA SOCIAL**

**A EFETIVIDADE DO ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA FRENTE AO  
APRISIONAMENTO EM MASSA DE MULHERES NO BRASIL . . . . . 136**  
*Laísa Rohrbacher / Sarah Francine Schreiner*

**A LIMITAÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS PELAS PRÁTICAS CULTURAIS  
RECONHECIDAS COMO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO PELAS  
LEIS Nº 13.364/2016 E 13.873/2019 . . . . . 147**  
*Tayana de Almeida Reckziegel / Ilanil Coelho*

**GRUPO DE TRABALHO: DIREITO, INOVAÇÃO E DESENVOLVIMENTO**

**PONDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO PELO  
CADE E PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL EM FACE DA PANDEMIA DA COVID-19. . . 160**  
*Amanda Karolini Burg / Everton Das Neves Gonçalves / Joana Stelzer / Lisandro Fin Nishi*

**CONTRATAÇÃO INTERSISTÊMICA EM AMBIENTES INTELIGENTES: O CASO KNIGHT  
CAPITAL E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NO CONTEXTO EUROPEU . . . . . 173**  
*Gustavo Henrique de Pádua Castro*

**MÉTODOS ALTERNATIVOS DE DISPUTA DE LITÍGIOS ONLINE: ESTUDO DE CASO  
DO WIPO INTERNET DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION . . . . . 180**  
*Gustavo Henrique de Pádua Castro*

**O REGIME DE PARTILHA NA REGULAÇÃO JURÍDICA DO PRÉ-SAL: UMA ANÁLISE  
FURTADIANA DAS POTENCIALIDADES PERDIDAS . . . . . 193**  
*Pablo Henrique Lopes De Carvalho / Moisés Alves Soares*

**GRUPO DE TRABALHO: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL**

**DIREITO DE CONVIVÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA: UM OLHAR SISTÊMICO . . . . . 214**  
*Anna Maria Reginini Giacomini / Marcelle Stähelin*

<b>DINAMISMO JURISPRUDENCIAL E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: CRÍTICAS AO USO DAS TÉCNICAS DE DIFERENCIAÇÃO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E AGRAVO INTERNO DO ART. 1.030, §2º, DO CPC/15. ....</b>	<b>225</b>
<i>Felipe Cidral Sestrem</i>	
<b>A NÃO OBRIGATORIEDADE DA ASSISTÊNCIA DO ADVOGADO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS .....</b>	<b>238</b>
<i>Giovanna Araujo Gonçalves / Karoline Cardoso da Silva / Sabrina Marquardt / Beatriz Regina Branco</i>	
<b>A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS .....</b>	<b>255</b>
<i>Isaías Pereira dos Santos / Gabriel Uhlmann / Beatriz Regina Branco</i>	
<b>O PAPEL DO LAUDO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA CONSTRUÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ....</b>	<b>265</b>
<i>Jani Floriano / Daniel de Oliveira</i>	
<b>A APLICAÇÃO DAS HOLDINGS FAMILIARES NA PERSPECTIVA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO. ....</b>	<b>276</b>
<i>Letícia Berkenbrock de Souza / Anna Lethicia dos Santos</i>	
<b>CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL NOS CONTRATOS DAS EMPRESAS, SOB A ÓTICA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO. ....</b>	<b>289</b>
<i>Natalia Fernandes / Jani Floriano</i>	

## APRESENTAÇÃO

A V Semana Acadêmica de Direito da Univille – SADU foi um evento realizado entre os dias 19 e 22 de outubro de 2020, consolidando o projeto de aproximação do corpo discente e docente dos pilares universitários: o ensino, a pesquisa e a extensão. No atual contexto de pandemia (COVID-19), os mais diversos tipos de relações jurídicas foram afetados, assim, a semana contou com a discussão de questões urgentes que se apresentaram ao debate jurídico-constitucional, tendo sido tratada a temática: DIREITO, DEMOCRACIA E DESENVOLVIMENTO, por meio de PALESTRAS com professores e pesquisadores renomados nacional e internacionalmente e a apresentação oral e escrita de trabalhos científicos, mediante a elaboração de GRUPOS DE TRABALHO. Nos grupos de trabalho foram realizadas sessões virtuais, pelo sistema Microsoft Teams, para apresentação oral dos 38 (trinta e oito) trabalhos aprovados, com a posterior publicação desses ANAIS. Dessa forma, a V SADU visou à consolidação de uma cultura acadêmica comprometida com a formação jurídica atual e de excelência, sensível às demandas atuais de um Estado Democrático de Direito, sendo espaço para a publicização e debates de pesquisas jurídicas realizadas pela comunidade acadêmica de nossa Cidade e Região, e como desfecho final, nestes ANAIS encontra-se parte dos resultados de uma semana de iniciação científica comprometida com os desafios do ensino jurídico e de investigações acadêmicas compromissadas com a promoção do Direito, Democracia e Desenvolvimento. Agradecemos a todos os participantes que fizeram da V SADU uma oportunidade única de especiais encontros para o Curso de Direito da Univille, que mesmo apesar das dificuldades e da forma virtualizada superou as expectativas e do qual podemos nos orgulhar.

Profa. Ma. Janaína Silveira Soares Madeira

Prof. Dr. Waldemar Moreno Junior  
Presidente e Vice-Presidente da Comissão Científica

---

**GRUPO DE TRABALHO:  
EDUCAÇÃO, DIREITOS HUMANOS  
E JUSTIÇA SOCIAL**

## A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR: UM ESTUDO SOBRE A INEXISTÊNCIA DE RECIPROCIDADE ACERCA DA OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS ENTRE PAIS E FILHOS

*Eliane Pereira de Mello<sup>1</sup>  
Janaina Soares Silveira Madeira<sup>2</sup>*

**RESUMO:** O presente artigo trata do princípio da solidariedade familiar e a sua relativização em caso de inexistência de reciprocidade acerca da obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos na ocorrência de abandono material e/ou afetivo pelos genitores na infância. O tema é importante porque nos dias atuais a população de idosos vem crescendo e se trata de pessoas geralmente vulneráveis socioeconomicamente. É quando já idosos tentam retomar o contato com sua prole no intento de ser amparados com pedido de alimentos, ante os laços sanguíneos e com fundamento no princípio da solidariedade familiar. Dessa forma, o objetivo geral é a analisar a relativização do princípio da solidariedade familiar quando inexistente a reciprocidade de cuidado entre os genitores e a prole. Assim, abordar-se-á com base nos princípios gerais do direito de família, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial em relação a aplicação do princípio da solidariedade familiar e sua relativização. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica, com método dedutivo e aprofundamento descritivo. Os resultados demonstram que a relativização do princípio da solidariedade familiar vem sendo aplicada em casos em que se demonstra a falta de reciprocidade, mesmo diante dos laços sanguíneos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Solidariedade Familiar; Idoso; Direito das Famílias.

### INTRODUÇÃO

O direito é uma ciência social, e como tal deverá expressar a realidade da sociedade que o cerca. A sociedade vai se transformando ao longo dos anos, décadas ou séculos, cabendo ao Direito acompanhar todas essas mudanças ocorridas no seio social, para assim conseguir suprir as necessidades dos indivíduos dessa sociedade.

Nem sempre, o legislativo não consegue acompanhar e modernizar as leis na mesma medida em que ocorrem as mudanças na sociedade. Por isso a importância, do estabelecimento de outros fatores como os princípios e não só leis, para auxiliar os julgadores consigam acompanhar o ritmo social.

O princípio da Solidariedade Familiar, é substancial para a sociedade, visto que, a família segundo a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é a base da sociedade. Caberá a cada membro da família zelar pelos outros, afetivamente e financeiramente, para haver equilíbrio nestas relações, tanto momentaneamente quanto futuramente, sendo recíprocos os direitos e deveres.

<sup>1</sup> Estudante, cursando o do nono semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

<sup>2</sup> Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).



Os pais têm o dever de dar toda a assistência aos filhos menores de idade, afetiva, financeira e moral, para a formação de um cidadão equilibrado e saudável, e os filhos por sua vez, de amparar seus pais na velhice, nos mesmos moldes, conforme o art. 229 da Constituição da República Federativa do Brasil. A partir dele surge um relevante questionamento, de como fica a situação jurídica neste caso, em que existe um descumprimento dos deveres atinentes ao poder familiar e ocorre o rompimento desse ciclo natural, como fica a pretensão de assistência por parte dos pais em sua velhice.

Assim sendo, é fundamental analisar os efeitos dessa situação prática em que houve essa quebra na reciprocidade e que a criação do vínculo afetivo foi prejudicada. Diante da negligência dos genitores em cumprir com seu dever de cuidado, afeto e assistência financeira, questiona-se se o princípio da solidariedade familiar deverá ser pautado na reciprocidade ou apenas nos laços sanguíneos. Esse é uma indagação pertinente, quando se leva em consideração as análises da aplicação da lei nas jurisprudências dos tribunais estaduais, havendo entendimentos em ambos os sentidos por todo território nacional. Desta forma, o presente artigo traz uma discussão acerca da relativização do princípio da solidariedade familiar, especificamente para verificar a sua aplicação no caso concreto quanto ao direito/dever alimentar daquele genitor que abandona seus filhos financeira e afetivamente, e que posteriormente quando já idoso lhes solicita a prestação de alimentos. Neste ínterim, o objetivo geral do presente artigo é analisar as mudanças jurídicas em torno do princípio da solidariedade familiar, pertinentes as inovações no direito de família e ao direito do idoso de receber alimentos dos filhos. Para tanto, inicialmente serão analisados os princípios gerais do Direito das Famílias na CRFB/88, com destaque para o macro princípio da solidariedade familiar para ao final relatar os julgados selecionados sobre a aplicação prática do tema.

## **1. OS PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO DAS FAMÍLIA NA CRFB/88**

Dentro do texto constitucional pátrio, existem princípios implícitos e explícitos, entre eles estão os ligados às famílias. Segundo Lôbo (2011, p.58) “um dos maiores avanços do direito brasileiro, principalmente após a Constituição de 1988, é a consagração da força normativa dos princípios constitucionais explícitos e implícitos, superando o efeito simbólico que a doutrina tradicional a eles destinava”. Assim, no texto estão presentes diversos princípios relativos à família, revelando a importância das famílias para a sociedade, e ficando evidente a proteção da lei maior do Estado com estas.

Os princípios auxiliam o direito a ir adequando-se, conforme o comportamento social vai se modificando, diante da constante necessidade de atualização das leis, acabam por garantir o amoldamento da lei em ralação as necessidades sociais e com isso, haja mais satisfação dos anseios sociais. São soluções únicas, cabendo a cada aplicador do direito, interpretar as normas em conjunto com os princípios para resolver determinado conflito da

melhor maneira juridicamente possível, sanando por completo às diferenças entre pessoas, assim prevenindo novas lides. De acordo com, Lôbo (2011, p. 60):

Como se vê, os princípios não oferecem solução única (tudo ou nada), segundo o modelo das regras. Sua força radica nessa aparente fragilidade, pois, sem mudança ou revogação de normas jurídicas, permitem adaptação do direito à evolução dos valores da sociedade. Com efeito, o mesmo princípio, observando-se o catálogo das decisões nos casos concretos, em cada momento histórico, vai tendo seu conteúdo amoldado, em permanente processo de adaptação e transformação. A estabilidade jurídica não sai comprometida, uma vez que esse processo de adaptação contínua evita a obsolescência tão frequente das regras jurídicas, ante o advento de novos valores sociais.

Em tratando-se de Direito das Famílias, a Constituição de 1988 foi considerável ajuda aos magistrados, que frequentemente se deparam com situações que não se enquadram por inteiro, nas leis. Fazendo com que se trone mais fácil obter uma resolução satisfatória, quando passam a observar os princípios constitucionais e confrontar com a situação concreta. Desta feita, por decorrência da nova ordem constitucional, os princípios ganharam relevância jurídica, sendo que, a partir deles pode-se fazer com que a lei, mantenha-se atualizada e seus efeitos consigam adequar-se de acordo com, as especificidades de cada uma das demandas. Segundo, Dias (2016, p.39):

Tornaram-se imprescindíveis para a aproximação do ideal de justiça, não dispendo exclusivamente de força supletiva. Adquiriram eficácia imediata e aderiram ao sistema positivo. Compõe nova base axiológica, tendo abandonado o estado de virtualidade a que sempre foram relegados.

Paralelamente a essas mudanças constitucionais, houve significativa interferência constitucional no Direito das Famílias, consagrando em seu texto diversos princípios substanciais à resolução dos conflitos internos, sendo famílias naturais ou afetivas. De acordo com, Tartuce (2017, s.p):

Portanto, alguns dos antigos princípios do Direito de Família foram aniquilados, surgindo outros, dentro dessa proposta da constitucionalização e personalização, remodelando esse ramo jurídico. Por isso, o Estatuto das Famílias pretende enunciar os regramentos estruturais do Direito de Família, prescrevendo o seu art. 5.º que são seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, a solidariedade familiar, a igualdade de gêneros, de filhos e das entidades familiares, a convivência familiar, o melhor interesse da criança e do adolescente e a afetividade.

Com a constitucionalização do Direito das Famílias pela Carta Magna de 1988, existiram mudanças significativas quanto ao entendimento do que é família e de como ela pode ser composta, e os seus princípios norteadores passaram a estar presentes na constituição está servindo de alicerce para o Direito Civil. Assim com base na CRFB/88, houve o reconhecimento das diversas composições familiares, como família, independente de ligação por laços de sangue ou de afeto, ou se formadas por um pai e seus filhos, uma

mãe e seus filhos, sem que haja a necessidade da presença dos dois genitores para serem uma família. Para Dias (2016, p.32):

Nesse redimensionamento, passaram a integrar o conceito de entidade familiar também as relações monoparentais: um pai com os seus filhos. Ou seja, para a configuração da família, deixou de se exigir necessariamente a existência de um par, o que, conseqüentemente, subtraiu de seu conceito a finalidade procriativa.

Portanto, os princípios são importantes para a resolução de conflitos familiares, trazendo mais abrangência as leis, e assim atendendo com mais precisão os anseios dos que buscam a justiça, mormente diante da mora do legislativo de acompanhar as mudanças, por isso, a constitucionalização desses princípios ampara a aplicação do direito com mais contemporaneidade. Isto posto, sua incorporação no texto constitucional, trouxe mudanças no Código Civil de 2002, fazendo com que se adaptasse as mudanças e aos novos princípios constitucionais. Neste sentido, Gonçalves (2017, s.p) assevera:

O Código Civil de 2002 procurou adaptar-se à evolução social e aos bons costumes, incorporando também as mudanças legislativas sobrevindas nas últimas décadas do século passado. Adveio, assim, com ampla e atualizada regulamentação dos aspectos essenciais do direito de família à luz dos princípios e normas constitucionais.

Há que se ressaltar diversos princípios que são característicos do Direito das Famílias, todavia, para o presente trabalho contextualizaremos: a dignidade da pessoa humana, a pluralidade das entidades familiares, a afetividade, e a solidariedade familiar.

### **1.1 A dignidade da pessoa humana**

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela constituição de 1988 e está expresso no art. 1º, III da Carta Magna, representando um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, possibilitando aos cidadãos direitos individuais e sociais próprios da pessoa humana. Para Vasconcelos (2019, s.p) a dignidade da pessoa humana é o epicentro do extenso quadro de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais que as Constituições e os instrumentos internacionais em vigor em pleno terceiro milênio ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades.

A este princípio foi dado o status de princípio constitucional, o mais elevado 'grau', segundo Lôbo (2011, p. 61) a dignidade humana é o núcleo em comum que liga todos os seres humanos, tratando todos igualmente e assim gerando um dever geral de respeito, segurança e proteção. Dessa forma, esse princípio trouxe consigo a ideia de que todos são iguais, independente de gênero idade ou religião, desfazendo de certa forma aquela ideia patriarcal de que a mulher e os filhos são meros objetos e não sujeitos de direitos. Assim afirma Lôbo (2011, p.61):

O espaço privado familiar estava vedado à intervenção pública, tolerando-se a subjugação e os abusos contra os mais fracos. No estágio atual, o equilíbrio do privado e do público é matizado exatamente na garantia do pleno desenvolvimento da dignidade das pessoas humanas que integram a comunidade familiar, ainda tão duramente violada na realidade social, máxime com relação às crianças.

Essa sensibilidade do constituinte originário propiciou, o desenvolvimento humana da população do país em conjunto com outros, como o reconhecimento da igualdade entre homens e mulheres, da igualdade de filhos nascidos no casamento ou fora, todos terem acesso à justiça em igualdade, através do estado e tantos outros.

## 1.2 A pluralidade das entidades familiares

O princípio da pluralidade das entidades familiares, decorre do princípio anteriormente tratado, tendo como objetivo reconhecer e tutelar essas organizações familiares, conforme suas especificidades. Segundo Teixeira e Tepedino (2020, s.p), a tutela prestada pela constituição, sai da esfera somente do casamento e se desloca para as relações decorrentes dele, e que a proteção da família como instituição, unidade de formação e reprodução dos valores ali aprendidos, como a ética, a religião, passa a reconhecer a dignidade de seus integrantes, o direito ao desenvolvimento da personalidade dos filhos e demais vulneráveis.

Esse reconhecimento por meio da constituição trouxe segurança aos membros dessas famílias antes não reconhecidas legalmente, segundo Azevedo (2019, s.p):

Pelo art. 226 da atual Constituição, acrescentam-se vários institutos de Direito de Família, ao lado do casamento civil e do religioso, como a união estável, a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (família monoparental) e, mais recentemente, incluído nesse rol pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a união homossexual ou homoafetiva, logo depois autorizado o casamento de duas lésbicas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Todas essas variações tipológicas de família, são tratadas com igualdade pelo comando constitucional, não haverá nenhum tipo e distinção, conforme Lôbo (2011, p.82), haverá igualdade entre os tipos de entidades familiares, estando presente a liberdade de escolha, como concretização total do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo livre a escolha e constituição de uma família com pessoas que melhor correspondam aos seus anseios existenciais. Diante disso, é evidente que não poderia o legislador definir qual seria o tipo de família 'aceitável', de forma restrita, em se tratando de pessoas e sentimentos tudo pode mudar e se transformar. A pluralidade de entidades familiares é um reflexo do princípio da dignidade da pessoa humana, em sendo respeitada a mutabilidade das vontades e sentimentos e reconhecendo aquela família e lhe proporcionando segurança.

### 1.3 Da afetividade

As famílias poderão ser compostas a partir dos mais diversos arranjos, no que diz respeito aos seus membros, seja por laços sanguíneos ou afetivos, conforme Tartuce (2017, s.p), uma das mais expressivas contribuições do legislador foi o reconhecimento da socio afetividade como parentesco civil, em igualdade ao parentesco advindo de laços sanguíneos. Socialmente e juridicamente é um fato, que gerou e continuará produzindo efeitos, diante do ritmo de constantes transformações nas relações familiares.

A palavra família reme a afeto, união, cuidado e comprometimento, assim preceitua, Gagliano e Pamplona Filho (2017, s.p):

Aliás, como já dissemos antes, o próprio conceito de família, elemento-chave de nossa investigação, deriva — e encontra a sua raiz ôntica — da própria afetividade. Vale dizer, a comunidade de existência formada pelos membros de uma família é moldada pelo liame socioafetivo que os vincula, se aniquilar as suas individualidades.

Entretanto, diante da complexidade de sentimentos humanos, conforme Teixeira e Tependino (2020, s.p), é preciso que haja a delimitação da natureza jurídica do afeto, devendo o julgador procurar condutas objetivamente verificáveis, para apurar se o fato alegado realmente é derivado do afeto familiar, para então serem verificados os direitos e deveres advindos desta relação. A afetividade é indissociável do Direito das Famílias, segundo Dias (2016, p.46-58), a solidariedade familiar e a afetividade devem servir de norte para a resolução de qualquer conflito familiar, mesmo não estando escrita de forma expressa na Constituição República Federativa do Brasil de 1988, é intrínseco ao âmbito de sua proteção.

O dever de afeto para com seus familiares é além de um dever moral, é um dever jurídico, segundo Lôbo (2011, p.73), o afeto é um dever jurídico a ser prestado mutuamente entre pais e filhos e aos parentes entre si, em caráter permanente. A afetividade deverá ser recíproca entre os membros daquela família, vale ressaltar que de acordo com Tartuce (2012, s.p) o afeto não se confunde com o amor, e sim com o convívio, pode ser de caráter positivo, quando é derivado do amor, e negativo, quando advém do ódio. Assim, após o reconhecimento das famílias afetivas respeitando sua liberdade de escolha para a formação de sua família e o respeito à dignidade humana.

### 1.4 O macro princípio da solidariedade familiar

O princípio da solidariedade familiar é um dos mais expressivos quando trata-se do Direito das Famílias, está expresso no art. 229 da Constituição da República Federativa do Brasil, estabelece que (BRASIL, 1988), “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”.

Este princípio é um dos principais norteadores das relações familiares e do ordenamento jurídico pátrio. Para Lôbo (2011, p.61):

A Constituição, e, conseqüentemente, a ordem jurídica brasileira, é perpassada pela onipresença de dois princípios fundamentais e estruturantes: a dignidade da pessoa humana e a solidariedade. Sua presença no direito de família é também marcante, às vezes de modo explícito.

Conforme salienta, Dias (2016, p. 53), a solidariedade é o que cada membro do grupo familiar deve ao outro, a origem desse princípio está nos vínculos afetivos e éticos, traz em seu âmago a expressão solidariedade que traz a fraternidade e a reciprocidade consigo. Logo, é a partir deste princípio que advieram vários direitos e deveres em relação a família. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2017, s.p), é o princípio da solidariedade familiar que justifica o dever alimentar entre parentes, embora solidariedade remeta aos mais nobres e puros sentimentos a sua repercussão econômica é evidente, no ordenamento jurídico do país.

Deste modo, quanto mais pessoas desamparadas por seu núcleo familiar, maiores serão as responsabilidades do Estado. Assim manifesta-se Dias (2016, p. 52):

A lei se aproveita da solidariedade que existe no âmbito das relações familiares. Ao gerar deveres recíprocos entre os integrantes do grupo familiar, safa-se o Estado do encargo de prover toda a gama de direitos que são assegurados constitucionalmente ao cidadão. Basta atentar que, em se tratando de crianças e de adolescentes, é atribuído primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado o dever de garantir com absoluta prioridade os direitos inerentes aos cidadãos em formação (CF 227). Impor aos pais o dever de assistência aos filhos decorre do princípio da solidariedade (CF 229). O mesmo ocorre com o dever de amparo às pessoas idosas (CF 230).

O princípio da solidariedade remete a cuidado, segundo Lôbo (2011), desenvolve-se em torno do Direito das Famílias estudos sobre o 'cuidado como valor jurídico'. Desta forma, esse princípio implica em respeito e consideração mútuos, entendendo-se a família como sociológica, por prevalecerem os laços afetivos independente de vínculo biológico entre os integrantes.

## **2. OS REFLEXOS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR**

O princípio da solidariedade expresso na constituição, trata-se um direito positivado e natural ao mesmo tempo, que os membros do mesmo núcleo familiar desfrutam da solidariedade de todos os componentes desde o momento do nascimento até a velhice. Segundo Sarlet, Marioni e Mitidiero (2019, p.322), compreende-se, portanto, porque os direitos da terceira dimensão são denominados usualmente como direitos de solidariedade

ou fraternidade, de modo especial em face de sua implicação transindividual ou mesmo universal (transnacional), e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação.

Este princípio estende-se, tanto a população em geral e a família, segundo Vilas-Bôas (2010, s.p), este princípio desdobra-se entre o âmbito externo, onde encontra-se o dever do poder público de auxiliar as famílias carentes, e o interno, onde cada membro do grupo familiar deve auxiliar os outros, garantindo que se desenvolvam biológica e psicologicamente. Deste modo, cada membro da família deverá promover e amparar o desenvolvimento dos demais, com base nos deveres jurídicos e familiares destinados as famílias.

## 2.1 A solidariedade familiar e o dever de cuidado dos pais para com os filhos

O código civil, em múltiplos artigos trata da solidariedade familiar, entre eles Brasil (2002, s.p), em seu art. 1.513, nos diz que a comunhão de vida da família só será atingida quando houver cooperação entre seus membros. Portanto, família importa em solidariedade, apoio e união entre seus membros.

Aos pais incumbe o dever de cuidado para com os filhos, oferecendo-lhes apoio financeiro e afetivo, de acordo com, Souza (2020, s.p) surgem atualmente muitas demandas judiciais a fim de obterem uma compensação pelo abandono afetivo, pleiteadas por filhos que foram negligenciados afetivamente, em face de seus pais. Essa compensação é financeira e não poderá restabelecer o tempo perdido e tão pouco apagar os efeitos deste. Para Lôbo (2011, p. 313) o abandono afetivo importa no descumprimento dos deveres jurídicos da paternidade, não estando mais somente no campo moral, mas no também no jurídico, porque o direito o atraiu para si, conferindo ao abandono consequências severas.

Portanto, aplicam-se a estes casos a responsabilização civil dos genitores, elevando o cuidado como valor jurídico, com imposição legal de cuidar da prole, que quando descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão, passível de indenização por danos morais. Neste sentido, enfatiza-se o seguinte julgado referência do Superior Tribunal de Justiça - STJ:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE. 1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família. 2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88. 3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico. 4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe

um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social. 5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial. 6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada. 7. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, REsp 1159242/SP. Relatora ministra Nancy Andrighi. Julgado em 24/04/2012)

Isto posto, em consequência do Princípio da Solidariedade Familiar os pais possuem o dever de cuidado para com os filhos, sob pena de caracterizar o abandono afetivo, pelo qual podem ser responsabilizados civilmente.

## **2.2 A solidariedade familiar e o dever de cuidado dos filhos para com os pais**

Aos filhos adultos, por sua vez, é atribuído de dever de cuidar e zelar por seus pais, tal qual estes o fizeram na infância. Em relação aos idosos, estes gozam de proteção legal. Conforme Lobô (2011, p. 53), são deveres semelhantes aos atribuídos ao cuidado com os menores de idade, com diferença de que uma se aplica a primeira fase da vida e a outra a sua última etapa e que já contribuíram com sua família e sociedade. Os idosos são membros da família e a eles deverá ser atribuído o cuidado que necessitarem, da mesma forma que para com as crianças e adolescentes.

A Constituição da República Federativa do Brasil, proíbe qualquer tipo de discriminação em razão da idade, segundo Dias (2016, p. 955), é constitucionalmente vedada qualquer tipo de discriminação e assegura especial proteção ao idoso, cabendo a família o dever de cuidado. Trata-se da solidariedade familiar em todas as etapas da vida de um membro da família e seu direito a ser cuidado e apoiado por seu grupo social.

Assim, os idosos tem direito a proteção integral, até mesmo por questão de compensação, pois já depositaram durante a vida sua colaboração familiar, tal prerrogativa é derivada. Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2017, s.p) o reconhecimento a toda colaboração que estas pessoas já prestaram a família, agora com menos vigor em seus corpos físicos, tal é medida de justiça em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana e solidariedade que sejam cuidadas. As famílias ficam com a responsabilidade de auxiliar seus idosos nessa fase delicada de suas vidas com dever de os auxiliar afetiva e financeiramente. Ainda segundo Dias (2016, p.912):

O Estatuto do Idoso (14), de modo expresso, reconhece a obrigação estatal, tanto que quantifica o valor de um salário mínimo àquele que tiver mais de 65 anos de idade se nem ele e nem seus familiares possuírem meios de prover sua subsistência (EI 34). Mas infelizmente o Estado não tem condições de socorrer a todos, por isso transforma a solidariedade familiar em dever alimentar.



O dever de assistir aos pais dá-se, inclusive, pela prestação de alimentos em favor destes, atribuindo natureza solidária à essa obrigação a todos os membros familiares, conforme se demonstra pelo julgado abaixo proferido pelo STJ:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS. OBRIGAÇÃO SOLIDÁRIA. PRETENSÃO DE DIREITO DE REGRESSO EM RELAÇÃO AOS DEMAIS COOBRIGADOS. CABIMENTO. 1. A Lei n.º 10.741/2003, atribuiu natureza solidária à obrigação de prestar alimentos quando os credores forem idosos, que por força da sua natureza especial prevalece sobre as disposições específicas do Código Civil. 2. Conforme o ordenamento civil, o devedor que satisfaz a dívida por inteiro tem direito a exigir de cada um dos co-devedores a sua quota. 3. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. (STJ, REsp 1331004/PR. Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em: 24/08/2020)

Assim, os filhos possuem o ônus de cuidar dos pais, prestando-lhes afeto e suporte financeiro, se necessitarem, tudo isso em decorrência do Princípio da Solidariedade Familiar.

### 3. OS EFEITOS DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE SOLIDARIEDADE FAMILIAR

Em decorrência do Princípio da Solidariedade Familiar cada membro da família deverá promover e amparar o desenvolvimento dos demais, caracterizando a reciprocidade e mútua colaboração (art. 229, CRFB/88). Assim, o ordenamento jurídico brasileiro estabelece a obrigação alimentar entre os entes familiares. Essa obrigação ocorre independentemente de culpa, conforme (BRASIL, 2002 s.p) expressa o §2º, do artigo 1.694 do CC, estabelecendo que os “alimentos indispensáveis à sobrevivência, ainda que a condição de necessidade resulte da culpa de quem os pleiteia”. Portanto, a legislação garante condições mínimas de dignidade humana, incluindo o direito a pleitear alimentos, caso necessitar. Há decisões judiciais, inclusive, que reconhecem o dever alimentar mesmo sem a reciprocidade, vejamos o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo – TJSP:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação cível - Ação de alimentos – Sentença de parcial procedência – Fixação em 15% do salário mínimo devidos pelos dois filhos ao genitor, arcando, cada parte, com 50% das custas, despesas processuais e honorários advocatícios de seus respectivos patronos, observada a gratuidade. Inconformismo dos requeridos defendendo a incidência da tese da indignidade, já que o genitor os abandonou há mais de 50 anos, quando contavam 02 e 06 anos de idade, não mantendo, desde então, nenhum contato, afastando o dever alimentar ou subsidiariamente, a fixação em 05% do salário mínimo, porque não têm condições de destinar o percentual arbitrado para a manutenção do genitor. Sentença parcialmente reformada – Genitor que, de fato, abandonou os filhos há mais de 50 anos, não mantendo com a prole nenhum contato, formando nova família, que o auxilia moral e materialmente, certo que os apelantes foram sustentados, com dificuldade e exclusividade, apenas, pela genitora – Tese da indignidade afastada – Abandono paterno que não cessa o direito dos filhos aos alimentos e nem mesmo o contrário – Observância do dever de solidariedade – Alimentos, todavia, que deverão ser arbitrados, não só com fundamento na necessidade, como também de acordo com a possibilidade financeira dos alimentandos que, “in casu”, demonstraram,

cabalmente, que não têm condições de pagar os alimentos no percentual estipulado, vivendo modestamente, ainda que um deles seja Advogado, mas não ostentam vínculo empregatício formal há 20 anos, auferindo rendimentos suficientes para o pagamento do aluguel e despesas ordinárias, sem regalias – Prova do cadastro do nome no rol dos inadimplentes e empréstimos consideráveis perante a instituição bancária, contando os apelantes, ademais, 64 e 60 anos de idade – Apelado que não se desincumbiu de provar o contrário, certo que recebe benefício no valor de um salário mínimo, contando 91 anos de idade, encontrando-se em clínica para idosos há 7 anos, mantida pela filha da novel união – Acolhimento do pleito subsidiário – Recurso parcialmente provido (TJSP; Apelação Cível 1007470-56.2018.8.26.0286; Relator (a): José Joaquim dos Santos; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itu - Vara de Família e Sucessões; Data do Julgamento: 16/06/2020; Data de Registro: 16/06/2020).

Neste processo, os julgadores destacaram que mesmo ocorrendo o abandono não cessa o direito dos filhos aos alimentos e nem mesmo o contrário, em estrita observância do dever de solidariedade, privilegiando deste modo os laços consanguíneos existentes entre as partes. Isto posto, impende observar a possibilidade de relativização do Princípio da Solidariedade Familiar, quando inexistente a reciprocidade acerca da obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos, nos casos de abandono material e/ou afetivo pelos genitores na infância, desobrigando sua prole ao pagamento de pensão alimentícia na velhice.

Quando os pais negligenciam os cuidados de seus filhos na infância há o desequilíbrio, logo, deixam de cumprir com o dever de cuidado. O desequilíbrio nestas relações familiares causa danos e conforme Lôbo (2011, p.36), é de interesse de toda a sociedade que o abandono seja evitado, para que seja possível, inclusive, nivelar as relações, a fim de que o ônus não seja maior para um membro do que para o outro e assim prover a assistência de todos respeitando os princípios constitucionais do Direito das Famílias.

Sendo assim, tem-se possível a relativização do Princípio da Solidariedade Familiar, nos casos de abandono afetivo e material pelo genitor que pleiteia alimentos, que nunca os tenha observado. Neste sentido, destaca-se um recente caso, julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - TJRS, onde o autor da ação, com 64 anos, pleiteou alimentos em desfavor de sua filha, afirmando não ter condições de prover a própria subsistência. A filha contestou a ação e afirmou que perdeu o contato com o pai quando o relacionamento deste e sua mãe terminou, não sendo mais procurada pelo pai nos últimos 30 anos, verifiquemos a ementa:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. AÇÃO DE ALIMENTOS. APELANTE IDOSO. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. É descabida a fixação de alimentos em benefício do genitor que nunca cumpriu os deveres inerentes ao poder familiar, deixando de prestar aos filhos os cuidados e o afeto de que necessitavam durante o seu desenvolvimento. NEGARAM PROVIMENTO. (TJRS, Apelação Cível, Oitava Câmara Cível nº 0164144-54.2018.8.21.7000, desembargador relator: Rui Portanova).

Percebe-se que o Tribunal confirmou o julgado de primeiro grau, negando provimento ao recurso interposto pelo autor, que teve a sua pretensão alimentar negada, eis que restou comprovado nos autos o abandono por parte do genitor que nunca cumpriu os deveres referentes ao poder familiar, deixando de prestar assistência a sua filha durante o seu desenvolvimento. No mesmo sentido, evidencia-se o julgado abaixo do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Apelação cível. Ação de alimentos proposta pela mãe, idosa, em face do filho biológico. Sentença de improcedência, reconhecendo procedimento indigno por parte da autora, consistente no abandono do filho desde a infância. Autora que não se desincumbiu do ônus de comprovar o trinômio necessidade-possibilidade-proporcionalidade, a amparar o pleito de alimentos. Manutenção da sentença. 1. A obrigação de prestar alimentos nasce da relação natural entre familiares, sendo permitido, nos termos do art. 1694 do Código Civil que parentes, cônjuges, ou companheiros peçam uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação. Tal previsão legal possui sua essência no dever de solidariedade que deve existir em todo seio familiar, conforme preconiza o art. 229 da CF88. 2. A conduta da autora, ao deixar de prestar qualquer tipo de assistência ao seu filho, seja material, emocional, educacional ou afetiva, configura o procedimento indigno previsto no parágrafo único do art. 1.708 do Código Civil, a afastar a responsabilidade do réu em prestar os alimentos pleiteados na inicial. 3. E mesmo se assim não fosse, convém ressaltar que a autora não logrou êxito em comprovar sua real necessidade em receber os alimentos, e tampouco a possibilidade do réu em prestá-los. 4. Desprovimento do recurso (TJRJ, apelação cível, décima nona câmara cível, nº 0011549-89.2011.8.19.0204, desembargador relator: Marcos Alcindo de Azevedo Torres).

No caso em tela, restou demonstrado que a autora da ação, uma mãe idosa, abandonou o filho desde a infância, não cumprindo com seus deveres intrínsecos ao poder familiar, assim, apesar da obrigação alimentar decorrer da relação natural entre familiares, a sua conduta afastou a responsabilidade alimentar do filho, eis que ausente a reciprocidade. Na mesma esteira, salienta-se o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal - TJDF:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL, CIVIL E FAMÍLIA. AÇÃO DE ALIMENTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO ACOLHIMENTO. DEVER DE PRESTAR ALIMENTOS. RELAÇÃO DE PARENTESCO. SOLIDARIEDADE FAMILIAR. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. NÃO CABIMENTO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. 1. Trata-se de apelação contra a sentença proferida em ação de alimentos, que julgou improcedente o pedido da genitora, consistente em condenar os requeridos a lhe pagar alimentos 2. Cabe ao juiz, destinatário da prova, decidir a respeito dos elementos necessários à formação do seu convencimento podendo determinar as provas necessárias à instrução processual ou indeferir aquelas reputadas inúteis para o julgamento da lide, sem que isso implique afronta ao direito de defesa das partes. Assim, se o julgador concluir que a prova carreada nos autos é suficiente para o esclarecimento da lide, pode julgar antecipadamente o seu mérito, sem que tal fato implique afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3. O dever dos filhos de prestar alimentos aos pais na velhice fundamenta-se não só no vínculo de parentesco como no princípio da solidariedade

familiar. Não tendo a genitora mantido qualquer contato, financeiro ou afetivo, com os filhos por mais de quatro décadas, não pode, agora, valer-se apenas da relação de parentesco para postular algo que nunca ofereceu nem mesmo moralmente aos filhos. Além do mais, no caso, não restou devidamente comprovada a necessidade da genitora em pleitear alimentos, não merecendo, portanto, provimento o seu pedido. 4. Consoante o enunciado administrativo n. 7 do STJ, é cabível a fixação de honorários recursais, nos moldes do art. 85, § 11 do CPC, nos recursos interpostos de decisões proferidas a partir de 18/03/2016.5. Recurso conhecido e desprovido (TJDF; 2ª Turma Cível. nº 995406. Desembargador relator: Cesar Laboissiere Loyola).

Neste caso, o Tribunal entendeu que o dever dos filhos de prestar alimentos aos pais na velhice fundamenta-se, portanto, não somente no vínculo de parentesco como no princípio da solidariedade familiar, logo, não tendo a genitora mantido qualquer contato, financeiro ou afetivo, com os filhos por mais de quatro décadas, não teve agora deferido o pedido de postular alimentos em face dos filhos. Do Tribunal de Justiça de Santa Catarina – TJSC, destaca-se o seguinte julgado:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALIMENTOS PROMOVIDA PELO PAI EM DESFAVOR DO FILHO. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. DESCUMPRIMENTO DOS DEVERES INERENTES AO PODER FAMILIAR. GENITOR QUE NÃO MANTÉM CONTATO COM OS FILHOS HÁ TRINTA ANOS. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE FAMILIAR. FATO SUPERVENIENTE. AUTOR DIAGNOSTICADO COM HIV/AIDS. FATO QUE, POR SI SÓ, NÃO JUSTIFICA A IMPOSIÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR. FALTA DE PROVA DA NECESSIDADE DOS ALIMENTOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO.

Não tem direito a alimentos o genitor que se revela capaz de prover as suas próprias necessidades. A solidariedade familiar não é absoluta, na hipótese de o pai ter se afastado da família e dos filhos, quando estes contavam apenas dois anos de idade, sem prestar-lhes qualquer tipo de assistência emocional, afetiva, financeira ou educacional, e, após três décadas, reaproximar-se deles para pleitear alimentos. “O mero fato de ser portador do vírus HIV não é por si só incapacitante, sendo controlável, bastando que a pessoa tome a medicação e observe uma vida regrada.” (TJSC; Apelação Cível n. 70052315843, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 17-12-2012)

Na decisão em tela, restou expressamente consignado que a solidariedade familiar não é absoluta, sendo que na hipótese da ocorrência de abandono pelos genitores dos filhos na infância permite-se a relativização da solidariedade familiar, que deve ser considerada dentro do contexto de convívio e afeto e não vinculada isoladamente a laços sanguíneos.

Por todo o exposto, percebe-se a possibilidade de relativização do Princípio da Solidariedade Familiar, que vem sendo aplicada quando inexistente a reciprocidade acerca da obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos.

## PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

A presente pesquisa adveio da curiosidade despertada através da leitura de notícias publicadas pelos Tribunais, dando conta da relativização do Princípio da Solidariedade Familiar, em casos em que houve o abandono dos genitores durante a infância de seus filhos e quando esses já idosos pleiteiam alimentos e os tem negado. Nas pesquisas verificou-se a discussão doutrinária e decisões acerca do tema, inexistindo decisões uniformes e por vezes completamente divergentes.

Assim, a presente pesquisa acerca do princípio da solidariedade familiar e a sua relativização em caso de inexistência de reciprocidade acerca da obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos na ocorrência de abandono material e/ou afetivo pelos genitores na infância, possui abordagem qualitativa, De acordo com, Fonseca (2002, s.p) “se preocupa com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, concentrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais.”

Para Gil (2017, s.p) “segundo o enfoque interpretativista, o mundo e a sociedade devem ser entendidos segundo a perspectiva daqueles que o vivenciam, o que implica considerar que o objeto de pesquisa é compreendido como sendo construído socialmente.” Todos os aspectos sociais ainda não esclarecidos totalmente devem ser estudados, no campo do Direito como uma ciência social isso torna-se ainda mais necessário tamanho o impacto que a falta de esclarecimento pode gerar na vida dos que o procuram para solucionar suas inquietudes.

Ainda, a pesquisa será documental, ao acrescentar jurisprudências advindas dos tribunais estaduais, tratando de casos reais, sendo que para Gil (2017, s.p) “a pesquisa documental é utilizada em praticamente todas as ciências sociais e constitui um dos delineamentos mais importantes no campo da História e da Economia”. Portanto, a pesquisa é do tipo bibliográfica, uma vez que, é formulada a partir de materiais anteriores, tais como, livros, artigos e leis. No dizer de Matias-Pereira (2019, s.p):

“Pesquisa bibliográfica é aquela desenvolvida a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros, artigos científicos, teses e dissertações, manuais, normas técnicas, revisões, trabalhos de congressos, abstracts, índices e bibliografias, meios audiovisuais. Inclui também outras formas de publicação, tais como: relatórios técnicos, científicos, leis, contratos, pareceres, entre outros.”

O método aplicado a presente pesquisa é o dedutivo, que conforme Matias-Pereira (2019, s.p), “tem início nas observações gerais, e a partir dessas generalizações chega-se às conclusões particulares.” Será trazido textualmente o aspecto teórico, conjuntamente com o prático, que possibilitará ao leitor chegar as suas conclusões. Será ainda explicativa, pois conta com a descrição do pensamento teórico e as jurisprudências dos tribunais estaduais e suas respectivas fundamentações que alicerçam suas decisões.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme foi possível verificar ao longo do estudo, o tema não é novo, existindo discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do assunto, todavia, há grande divergência acerca da possibilidade de relativização do Princípio da Solidariedade Familiar em caso de inexistência de reciprocidade acerca da obrigação de prestar alimentos entre pais e filhos na ocorrência de abandono material e/ou afetivo pelos genitores na infância, desobrigando sua prole ao pagamento de pensão alimentícia na velhice, entendem-se na maioria das vezes valorizar do vínculo consanguíneo.

Deste modo, no presente artigo se destacou os princípios gerais do Direito das Famílias, o posicionamento doutrinário e jurisprudencial em relação a aplicação do princípio da solidariedade familiar e sua relativização, sendo certo, que os assuntos relacionados às famílias são bastante sensíveis e complexos e exigem análise individualizada.

Sendo assim, pelas análises realizadas percebe-se que totalmente possível a relativização do princípio da solidariedade familiar, que vem sendo aplicada em casos específicos, mormente quando se demonstra a falta de reciprocidade, mesmo diante dos laços sanguíneos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n o 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm). Acesso em: 17 out. 2020.

BRASIL. [Constituição federal]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 17 out.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial: REsp 1159242/SP. Relatora: ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 24/04/2012. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.3:acordao;resp:2012-04-24;1159242-1185550>. Acesso em: 16 out.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial: REsp 1331004/PR. Relator: ministro Paulo Tarso Sanseverino. Julgado em: 24/08/2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201800637102&dt\\_publicacao=28/08/2020](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201800637102&dt_publicacao=28/08/2020). Acesso em 16 out.2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2016. PDF. 1250 p.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Apelação cível, nº 995406. Relator: desembargador Cesar Laboissiere Loyola. Julgado em: 15/02/2017. Disponível em: [https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdft.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE\\_ACORDAO\\_TODAS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=\[ESPELHO\]&argumentoDePesquisa=995406&numero=&tipoDeRelator=TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=\[TURMAS\\_RECURSAIS,%20BASE\\_ACORDAOS\\_IDR,%20BASE\\_TEMAS,%20BASE\\_ACORDAOS,%20BASE\\_INFORMATIVOS\]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1](https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj?visaoid=tjdft.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=buscaLivre2&buscaPorQuery=1&baseSelecionada=BASE_ACORDAO_TODAS&filtroAcordaosPublicos=false&camposSelecionados=[ESPELHO]&argumentoDePesquisa=995406&numero=&tipoDeRelator=TODOS&dataFim=&indexacao=&ramoJuridico=&baseDados=[TURMAS_RECURSAIS,%20BASE_ACORDAOS_IDR,%20BASE_TEMAS,%20BASE_ACORDAOS,%20BASE_INFORMATIVOS]&tipoDeNumero=NumAcordao&tipoDeData=DataPublicacao&ementa=&filtroSegredoDeJustica=false&desembargador=&dataInicio=&legislacao=&orgaoJulgador=&numeroDaPaginaAtual=1&quantidadeDeRegistros=20&totalHits=1). Acesso em: 06 nov. 2020.

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: Universidade Estadual do Ceará, 2002. PDF. Paginação irregular.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de direito civil**; São Paulo, Saraiva, 2017. PDF. Paginação irregular.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2017. PDF. Paginação irregular.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. v.6. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2017. PDF. Paginação irregular.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. PDF. 439 p.

MATIAS-PEREIRA, José. **Manual de metodologia da pesquisa científica**. Virtual books. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008821/cfi/6/10!/4/10/10@0:0>. Acesso em: 06 nov. 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Apelação cível, n. 0011549-89.2011.8.19.0204. Relator: desembargador Marcos Alcino De Azevedo Torres. julgado em: 26/02/2013. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/385379795/apelacao-apl-115498920118190204-rio-de-janeiro-bangu-regional-3-vara-de-familia/inteiro-teor-385379801>. Acesso em: 22 set. 2020.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação cível, n. 0164144-54.2018.8.21.7000. Relator: desembargador Rui Portanova. Julgado em: 22/11/2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/652355993/apelacao-civel-ac-70077989325-rs/inteiro-teor-652356023>. Acesso em: 22 set. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação cível, n. 70052315843. Relator: desembargador João Batista Góes Ulysséa. Julgado em: 25/06/2014. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25206513/apelacao-civel-ac-20130078814-sc-2013007881-4-acordao-tjsc>. Acesso em: 22 set. 2020.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível, n. 1007470-56.2018.8.26.0286. Relator: desembargador Joaquim dos Santos. Julgado em: 16/06/2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13654251&cdForo=0>. Acesso em: 22 set. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. Virtual books. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553610105/cfi/4!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 22 set. 2020.

SOUZA, Bruna Alessandra Costa Rossi de. **Responsabilidade civil por abandono afetivo dos pais para com os filhos**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/1465/Responsabilidade+civil+por+abandono+afetivo+dos+pais+para+com+os+filhos>. Acesso em: 16 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: Direito de Família**. v.5. Rio de Janeiro, Forense, 2017. PDF. Paginação irregular.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do direito de família brasileiro**. Disponível em: [https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+\(1\)](https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+(1)). Acesso em: 16 out. 2020.

TARTUCE, Flávio. **O princípio da afetividade no direito de família**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/artigos/859/O+princ%C3%ADpio+da+afetividade+no+Direito+de+Fam%C3%ADlia+>. Acesso em: 16 out. 2020.

TEIXEIRA. Ana Carolina Brochado; TEPEDINO, Gustavo. **Direito de família**. virtual books. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989965/cfi/6/2!/4/2@0:0>. Acesso em: 17 out. 2020.



VILAS-BOAS, Renata Malta. A importância dos princípios específicos do direito das famílias. Disponível em: <https://www.ibdfam.org/artigos/615/>.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional**. Virtual Books. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591743/cfi/61!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 22 set. 2020.

## EDUCAÇÃO COMO GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS: JOVENS DE UMA COMUNIDADE QUILOMBOLA ENFRENTANDO O RACISMO ESTRUTURAL

*Kamila Eduarda Baek<sup>3</sup>  
Sirlei de Souza<sup>4</sup>*

**RESUMO:** O presente estudo está vinculado ao Projeto Integrado Caminho Curto II: Vivências de Ensino, Pesquisa e Extensão na Promoção da Cidadania da Universidade da Região de Joinville - Univille, relacionado à Comunidade Remanescente Quilombola Beco do Caminho Curto. O estudo visa refletir sobre a invisibilidade social vivenciada pela comunidade negra e remanescentes de quilombos, com foco no debate sobre a raiz da problemática: o racismo e suas consequências estruturais. É de suma importância esta análise visto as disparidades sociais provocadas pelo racismo estrutural, como é exemplificado pelos dados de distribuição de renda e condições de moradia apresentados pelo IBGE (2018)<sup>5</sup>, o qual evidencia que 76,8% da população branca do país conclui o ensino médio, entretanto na população preta ou parda esse número cai para 61,8%. Dessa maneira, por acreditar que a principal ferramenta propulsora da integridade e fortalecimento dessas comunidades é a educação, vista como um direito humano, a partir do ano de 2019 o projeto passou a estimular crianças e adolescentes da comunidade a ingressarem no âmbito acadêmico ao proporcionar reforços escolares voltados às disciplinas gerais, às vivências universitárias e, também à debates sobre pertencimento, identidade e autonomia. A metodologia nesse grupo de reforço foi a promoção da educação por meio de atividades integrativas através da colaboração de voluntários com recursos necessários para lecionar as matérias aos interessados. As ações de educação resultaram em melhoria no desempenho escolar dos participantes visto que dos doze participantes, dez permaneceram até o final das atividades e todos obtiveram êxito escolar no final do período letivo. O desafio é a continuação das atividades e o estabelecimento de uma relação formal com a escola em que os adolescentes estão matriculados.

**PALAVRAS-CHAVES:** Educação; Direitos Humanos; Racismo Estrutural.

### INTRODUÇÃO

A concepção do termo quilombo, segundo a definição do INCRA<sup>6</sup>, afirma que as comunidades quilombolas são reconhecidas como grupos étnicos os quais são compostos, majoritariamente, por população negra, podendo esta ser rural ou urbana. Ademais, é prestigiado a autodefinição dessas comunidades como quilombolas, visto as relações

<sup>3</sup> Acadêmica do curso de Enfermagem da Universidade da Região de Joinville - Univille. E-mail: kamilahibaek@gmail.com.

<sup>4</sup> Professora Adjunta da Universidade da Região de Joinville – Univille, nos cursos de Direito, Enfermagem, Naturologia e História. Dra em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) e Coordenadora do Curso de Direito da Univille de São Francisco do Sul. E-mail sirlei.souza@univille.br.

<sup>5</sup> IBGE. Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf). Acesso em: 28 set. 2020.

<sup>6</sup> Endereço eletrônico disponível em: <<http://www.incra.gov.br/pt/quilombolas.html>>. Acesso em: 26 de novembro de 2020.

específicas com a terra, com o território, bem como o parentesco dos integrantes da mesma, a ancestralidade, as tradições e práticas culturais próprias.

Vale ressaltar, nesse cenário, que a concepção de quilombo na contemporaneidade não se limita ao refúgio, mas concerne à formação de grupos familiares atrelado à questões sociais atuais. Presentemente, se faz necessário um olhar de maior abrangência sobre esses grupos, de forma que se inicie um processo de ressemantização do termo visto de uma maneira humanizada. Almeida (2002) afirma que os remanescentes quilombolas não são e não vivem da mesma maneira que seus ancestrais, dado que muitos hoje são quilombos urbanos, e por isso, o debate não deve ser somente em torno do que essa comunidade foi, mas em como ela é hoje, de que maneira foi construída sua autonomia ao decorrer da história e quais são suas problemáticas atuais.

Nessa perspectiva, a Universidade da região de Joinville (Univille), por ser de caráter comunitária, que acredita e defende que o ensino, a pesquisa e a extensão são pilares os quais promovem uma formação humanizada e cidadã, (Estatuto da Univille, 2016, p.6)<sup>7</sup>, através do Projeto Integrado Caminho Curto II: Vivências de Ensino, Pesquisa e Extensão na Promoção da Cidadania<sup>8</sup>, trabalha junto à Comunidade Beco do Caminho Curto localizada em Pirabeiraba, na cidade de Joinville, objetivando a produção de conhecimento sobre a história dessa população, além de indagar e refletir acerca das questões relacionadas às desigualdades sociais e ao racismo estrutural por meio da educação como um direito humano. A comunidade possui em torno de 30 famílias, totalizando aproximadamente 130 pessoas, das quais cerca de 60 são crianças e adolescentes.

Dessa maneira, o presente artigo é reflexo da ação de extensão do referido projeto, o qual promove a partir da educação das crianças e adolescentes da comunidade, por meio de reforços escolares voltados às disciplinas gerais, às vivências universitárias e, também à debates sobre pertencimento, identidade e autonomia, a fim de fomentar a percepção destes como agentes ativos de sua própria história, em uma busca de empoderamento dos mesmos.

## 1. RACISMO ESTRUTURAL E SEUS REFLEXOS SOCIAIS

Sabe-se que o Brasil foi o último país a abolir a escravidão, e por esse fato histórico, observa-se ainda hoje profundas marcas na sociedade brasileira em consequência do domínio europeu através do sistema escravista. Nesse cenário, para que se lute contra o racismo, se faz primordial o reconhecimento de que ele é real e estruturado, seja esse de

<sup>7</sup> Endereço eletrônico disponível em: <file:///C:/Users/passa/Downloads/Estatuto\_da\_Univille\_Atualizado.pdf>. Acesso em 25 de novembro de 2020.

<sup>8</sup> O Projeto Integrado de Ensino, Pesquisa e Extensão foi renovado em 2020, com duração de 2 anos. É mantido pelos fundos de Apoio ao Ensino (FAEG), Pesquisa (FAP) e Extensão (FAEX) da Univille. O projeto envolve atualmente 7 cursos, com 3 professores, 3 alunos bolsistas e aproximadamente 30 alunos voluntários.

maneira explícita ou não, dado que sem essa compreensão tira-se do foco o alvo que se quer atingir: a equidade social. (NUNES, 2006)

Neste estudo, o racismo e suas consequências são abordados segundo ideologia, como fato que está presente no cotidiano dos sujeitos e é reproduzido nas atitudes raciais de maneira a inferir nas relações sociais. Dessa forma, segundo Allport e Stephan (1954), dentre as diversas maneiras possíveis de prática do preconceito há uma específica, o preconceito racial, o qual está diretamente relacionada a grupos definidos em função de características, principalmente, físicas ou genótípicas, supostamente herdadas.

À vista disso, tem-se o racismo como análogo ao preconceito, entretanto o primeiro é compreendido como mais do que uma atitude isolada. Assim, o racismo compõe-se em um processo de hierarquização social/étnico, de exclusão e/ou segregação e discriminação contra um indivíduo ou todo um coletivo o qual é definido como dessemelhante, e muitas das vezes, inferior com base em algum atributo físico, que passa a ser interpretado em termos de uma marca cultural, interna, a qual passa a determinar padrões de comportamento (LIMA e VALA 2004).

Nesse contexto, é notório as disparidades sociais em decorrência do racismo estrutural, visto que, segundo pesquisa do IBGE e seu respectivo material informativo Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil (2018), pessoas brancas abaixo da linha da pobreza (inferior a US\$ 5,50/dia) representam 15.4% da população nacional, enquanto a de pretas ou pardas é de 32.9%. Ademais, no âmbito educacional brasileiro, a taxa de analfabetismo no meio urbano é de 3.1% de pessoas brancas, já pretos e pardos representam 6,8% nesse mesmo patamar. Não obstante a isso, no âmbito trabalhista, enquanto 34,6% das pessoas ocupadas de cor/raça branca estavam em ocupações informais, as de cor/raça preta ou parda atingiram o percentual de 47,3%.

Tais desigualdades sociais, citadas neste estudo, elucidam a vulnerabilidade vivenciada pela população negra, são produtos diretos da história da escravidão. Os indicadores sociais, educacionais, políticos e econômicos, possibilitam um olhar abrangente sobre a estruturação das divergências raciais no Brasil, e mostram que apesar das inúmeras lutas dessa comunidade, ainda existem tais impasses os quais são alimentados, sobretudo, pelo racismo.

Dessa maneira, paralelamente ao racismo estrutural, a questão quilombola, ou remanescentes desses, é incorporado junto à esses fatores, visto a invisibilidade no cenário atual de estrutura social em decorrência do estigma criado ante à esses grupos, fortalecida por problemáticas vivenciadas pela população negra no Brasil.

“O processo de ressemantização do termo superou a atribuição criminal, mas permanecem no imaginário nacional estereótipos que associam quilombos a comunidades do passado e desaparecidas após a abolição formal ou a comunidades representantes de uma africanidade intocada. (MIRANDA, 2012, p. 372.)

Ademais, observa-se em âmbito nacional, um processo histórico de inferiorização a respeito dos saberes e tradições de povos não brancos, uma vez que estes foram subjugados como subordinados aos brancos. Os reflexos são reproduzidos atualmente nessa camada, pois ocasionou-se nestes uma negação de seus próprios valores, e muitas das vezes, uma tentativa de inserção ou reprodução da cultura branca. Por outro lado, ao alcance de conhecimento e autodenominação através de políticas educacionais, a comunidade remanescente ainda resiste ao sistema elitista, como é afirmado pela revista *Cultura, identidade e subjetividade quilombola: Uma leitura a partir da psicologia cultural*:

“No entanto, práticas de resistência podem ser observadas. Os quilombos existentes ainda hoje no Brasil configuram-se como tentativas de não absorção da identidade não hegemônica. Assim como no passado colonial, a identidade quilombola se constroi, ainda atualmente, como uma identidade de luta e resistência: antes contra a captura e a escravidão; hoje contra a invisibilidade e a negação da existência desses sujeitos enquanto quilombolas.” (FURTADO, M.B., SUCUPIRA, R. L., & ALVES, C.B., p. 112)

Diante disso, é inegável que comunidades remanescentes quilombolas possuem temáticas próprias como é o caso da busca por reconhecimento social, pertencimento cultural, identidade e posses territoriais, porém vale ressaltar que esses impasses são intensificados por fatores sofridos pela comunidade negra absoluta do Brasil e de todo o globo.

## 2. EDUCAÇÃO COMO UM DIREITO HUMANO

A educação, e a garantia da mesma, é articulada e discutida enquanto um direito social, encarregado de facultar o exercício dos demais direitos assegurados por lei, como é o caso dos direitos políticos e civis. Todavia, ainda que o direito à educação tenha sido declarado na Constituição de 1934 e no artigo 26 da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, a educação como um direito de todos, de forma universal no que diz respeito à Educação Básica, só foi validada e legislada como um direito no Brasil a partir da Constituição Federal de 1988. (OLIVEIRA, 2016)

“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).

Por conseguinte, ao analisar a trajetória do direito à educação no Brasil, no ano de 1990 o Estatuto da Criança e do Adolescente, reforçou a definição da educação enquanto um direito humano, e além disso, ressaltou algumas especificidades. Como é visto no Art. 53,

“A criança e o adolescente têm direito à educação, visando ao pleno desenvolvimento de sua pessoa, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, assegurando-se-lhes: I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - direito de ser respeitado por seus educadores; III - direito de contestar critérios avaliativos, podendo recorrer às instâncias escolares superiores; IV - direito de organização e participação em entidades estudantis; V - acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência (BRASIL, 1990).

Entretanto, ao analisar os dados levantados pelo IBGE através da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD)<sup>9</sup>, vê-se que no ano de 2018, no que se diz respeito à taxa de analfabetismo, 3,9% das pessoas de 15 anos ou mais de etnia branca eram analfabetas, em contrapartida, esse percentual se eleva para 9,1% entre pessoas pretas ou pardas. O mesmo ocorre no grupo etário mais velho, caracterizado com 60 anos ou mais, a taxa de analfabetismo das pessoas brancas é de 10,3%, já entre as pessoas pretas ou pardas, esse número aumenta para 27,5%.

Ainda nessa concepção, o IBGE estabelece o nível de instrução como “o indicador que capta o nível educacional alcançado por cada pessoa, independentemente da duração dos cursos por ela frequentados”, e dessa forma, mostrou-se que 55,8% das pessoas brancas haviam completado, no mínimo, o ciclo básico educacional, já entre as pessoas pretas ou pardas esse percentual cai para 40,3%.

Por esse ângulo, em decorrência das contradições da legislação e da efetivação da mesma, vale salientar que durante a história e processos da educação brasileira, o educador Paulo Freire fez diversas contribuições em defesa do direito à educação e sua respectiva universalização. (OLIVEIRA 2016). Freire destacava em seus discursos a relevância de uma pedagogia de cunho dialógica e emancipadora do oprimido, isso em contraposição à pedagogia da classe dominante, anunciava também, a defesa por uma educação como um direito de todos, um direito humano, e não apenas como privilégio de alguns. (FREIRE, 1987)

Desta forma, deve-se reconhecer a educação como um Direito Humano, ou seja, como um direito que deve ser garantido a toda pessoa humana, e que, assim como os demais, não pode ser analisado como um direito individual, mas deve ser compreendido e assegurado independente da faixa etária, raça, gênero, cor, classe econômica, entre outras especificações. (OLIVEIRA 2016)

### **3. COMUNIDADE BECO DO CAMINHO CURTO: UMA EXPERIÊNCIA DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA EM BUSCA DA CIDADANIA**

Por acreditar na educação como um dos pilares para a formação de indivíduos, e de maneira a colaborar com a Política de Ensino da Univille Universidade a qual preconiza

---

<sup>9</sup> Endereço eletrônico disponível em: <[https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657_informativo.pdf)> Acesso em: 26 de novembro de 2020.

que as atividades de ensino devem “contribuir para o exercício da cidadania por meio da educação para os direitos humanos e da educação para as relações étnico raciais” (UNIVILLE, 2016b, p. 82), o Projeto Integrado Caminho Curto II: Vivências de Ensino, Pesquisa e Extensão na Promoção da Cidadania, busca a formação cidadã de crianças e adolescentes da comunidade quilombola Beco do Caminho Curto, através do reforço escolar atrelado a debates e atividades práticas. Nesse sentido, a educação tem como meta desenvolver a cultura da inclusão social, visando à igualdade entre todos.

O estopim para a iniciação do projeto deu-se a partir das necessidades observadas tanto na comunidade, quanto na análise dos dados nacionais no que diz respeito aos aspectos étnicos no Brasil, os quais já foram citados neste estudo. As disparidades acentuadas de desigualdade em nível nacional, apontam a urgência de mecanismos equitativos para ascensão da comunidade negra no país.

Dessa maneira, as atividades de reforço escolar foram articuladas através de uma roda de conversa com a Comunidade Beco do Caminho Curto no dia 14 de março de 2019. Durante a conversa, foi exposta pela comunidade a necessidade de que adolescentes e crianças, sobre uma monitoria, realizassem o reforço escolar. Para que o reforço acontecesse, foi necessária a ajuda dos voluntários dos cursos de Direito, Comércio Exterior e Enfermagem. No total foram realizados 11 encontros para reforço ao longo do ano de 2019, em datas específicas sempre em uma quinta-feira. Além disso, foi disponibilizado transporte, com ida e volta, e lanche ao final das atividades.

A dinâmica das atividades de extensão no primeiro semestre (2019), cita-se aqui não somente o projeto de educação, aconteciam simultaneamente em 3 salas diferentes no Campus Universitário, ou seja, a capacitação de artesanato para as mulheres (esses encontros aconteceram só no primeiro semestre de 2019), reforço escolar com adolescentes e sala de brincadeira com as crianças menores. Para reforço escolar foi direcionado cada estudante da Comunidade para um monitor, acadêmico da Univille, para o auxílio das dificuldades escolares.

No primeiro encontro houve uma dinâmica que se caracterizava em fazer uma roda de conversa, onde foi disponibilizado um objeto inanimado de pelúcia, o qual ia passando pela roda, onde cada um deveria se identificar, com nome, idade, série, e outras atividades com o intuito de criar uma afinidade/familiaridade entre os adolescentes da Comunidade para com os participantes do projeto. Nos demais encontros além do auxílio do reforço escolar que durava em média uma hora e meia, no restante do tempo, era proporcionado atividades tanto para conhecer a Universidade (Univille) quanto atividades de autoconhecimento e pertencimento Quilombola.

Assim, ao final do ano de 2019 houve participação média de 12 estudantes, 10 permaneceram até o final das atividades e todos obtiveram êxito escolar no final do período letivo, isto é, a atividade escolar mostrou eficácia dado que todos melhoraram suas médias na escola Municipal Fritz Benkendorf e Colégio Estadual Olavo Bilac, local onde as crianças e adolescentes da comunidade estudam.

Entretanto, em 2020 com o isolamento social em decorrência da pandemia Covid-19, as reuniões semanais, com estudantes universitários e professores, que eram realizadas na Univille, ou em determinadas situações na própria comunidade, passaram a ser por meio da plataforma Microsoft Teams, e da mesma forma, as ações de extensão foram prejudicadas pela impossibilidade de aglomeração na comunidade, além do fechamento da universidade. Desse modo, o projeto, em relação à extensão em 2020, tem sido limitado a ações solidárias para captação de doações de roupas, alimentos e produtos de higiene.

Entretanto, vale ressaltar que as ações de extensão em prol da educação, bem como o reforço escolar, são prioridades na atenção às crianças e adolescentes da comunidade, visto os excelentes resultados obtidos com um ano de ação. Por isso, vem-se repensando meios de dar continuidade a essas atividades segundo a realidade vivenciada em decorrência da pandemia, principalmente no que se refere à ações para o ano de 2021.

## CONCLUSÃO

Considerando os resultados obtidos e as pautas levantadas neste presente estudo, vê-se que a comunidade negra no Brasil necessita fortalecer ainda mais suas lutas pela garantia de direitos e cidadania, contra todas as manifestações de exclusão social, estereótipos e preconceitos raciais.

Viu-se que foi através das diversas lutas do povo brasileiro que a Constituição de 1988 conferiu às comunidades contemporâneas quilombolas o direito à titulação das terras as quais ocupam, e esse fator fortaleceu essas comunidades como agentes sociais que possuem e devem ter acesso aos seus direitos como cidadãos e formadores da história desse país

Dessa maneira, é necessário estimular e consolidar a função social da educação para inseri-la na promoção da identidade, na conquista do território, na resistência, na produção do conhecimento histórico, na valorização da tradição, dentre outros aspectos culturais e sociais vivenciados pelos remanescentes quilombolas. Acredita-se que esse viés possui grande contribuição para superar a condição de vulnerabilidade dessas populações, garantindo o reconhecimento do direito de se auto representarem, visando desnaturalizar as desigualdades sociais e culturais existentes.

Espera-se que o projeto possa continuar contribuindo para a melhoria na qualidade de vida das famílias que lá vivem, e que a educação seja motor principal do fortalecimento dessa comunidade e de suas lutas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os Quilombos e as Novas Etnias. In: O'DWYER, Eliane Cantarino (org.). **Quilombos**: identidade étnica e territorialidade. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2002. p. 43-82.



Allport, G. W. (1954). **The nature of prejudice** (3a ed.). Wokingham: AddisonWesley.

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

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de junho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF. 1990.

FREIRE. P. A pedagogia do oprimido. 29ª Ed. Rio de Janeiro; Ed. Paz e Terra, 1987.

FURTADO, M.B, Sucupira, R.L., & Alves, C.B.. CULTURA, IDENTIDADE E SUBJETIVIDADE QUILOMBOLA: UMA LEITURA A PARTIR DA PSICOLOGIA CULTURAL. **Psicologia & Sociedade**. Brasília/ DF, v. 26, n.1, p. 106 - 115, 2014.

IBGE. **Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf). Acesso em: 28 set. 2020

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua**. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101657_informativo.pdf). Acesso em: 26 de novembro de 2020.

LIMA, M.E.O, VALA, J..As novas formas de expressão do preconceito e do racismo. **Estudos de Psicologia**. v.9, n.3, p. 401- 411.

MIRANDA, S.A.D. Educação Escolar Quilombola em Minas Gerais: entre ausências e emergências. **Revista brasileira de educação**. v. 17, n. 50, p. 369-383.

NUNES, S. S. (2006). Racismo no Brasil : Tentativas De Disfarce De Uma Violência Explícita. **Psicologia USP**, v. 17, n.1, p. 89-98.

OLIVEIRA, Fernanda Alves de. **DIREITO HUMANO À EDUCAÇÃO: AS INFÂNCIAS DO CAMPO NOS TERRITÓRIOS DA CIDADANIA**. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/6180/5/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Fernanda%20Alves%20de%20Oliveira%20-2016.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2020.

Stephan, W. G. (1985). Intergroup relations. In G. Lindzey & E. Aronson (Orgs.), **Handbook of Social Psychology** (3a ed., Vol. 2, pp. 599-658). Nova York: Random House.

## IMIGRAÇÃO COMO DIREITO HUMANO: UMA ANÁLISE DAS NARRATIVAS DE ESTUDANTES HAITIANOS NA UNIVILLE

*Kawanna Alano Soares<sup>10</sup>*

*Sirlei de Souza<sup>11</sup>*

*Jonathan Prateat<sup>12</sup>*

**RESUMO:** A pesquisa, ainda em andamento, está vinculada ao Programa Institucional de Pesquisa em Comunicação, da Universidade da Região de Joinville (Univille), e busca compreender se (e como) os Direitos Humanos são efetivados por intermédio dos conteúdos produzidos nas redes sociais dos imigrantes haitianos em Joinville – Santa Catarina. É de suma importância esta análise devido ao grande contingente de imigrantes que se encontra no país. Pautada nas muitas pesquisas realizadas na Universidade acerca do tema nos últimos anos, a presente comunicação analisará as narrativas produzidas pelos estudantes haitianos matriculados e frequentando a Univille em 2020. Foram entrevistados acadêmicos imigrantes haitianos para problematizar como foi a sua trajetória de imigração, a visão dos mesmos sobre a cidade, se conseguem acolto e acolhimento na universidade para dialogar sobre as situações que passaram e passam; se (e como) utilizam as redes sociais para promover discussões, reflexões e reivindicações sobre sua condição de imigrante. A pesquisa tem abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica, e quantitativa por intermédio da análise das entrevistas pré-estruturadas realizadas. Segundo dados fornecidos pela Polícia Federal, na cidade de Joinville foram 3.991 pedidos de obtenção de visto para permanência no país, somente de imigrantes haitianos, no período de 2007 a abril/2020. De forma geral, fora constatado, através das pesquisas parciais nas redes sociais, a existência de canais voltados para informar os imigrantes sobre o processo de imigração e obtenção de documentações no Brasil, apesar de que ainda não pôde ser localizada a produção específica de conteúdo proveniente do próprio imigrante haitiano sobre a questão dos Direitos Humanos e cidadania. As narrativas presenciadas durante as entrevistas, nessa primeira etapa de pesquisa, apontam altivez em momentos de preconceito, suporte advindo da religião, a extrema importância da educação e como usufruem dos meios de comunicação para permanecerem conectados com seus entes queridos e sua cultura.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direitos Humanos; Comunicação; Imigrantes Haitianos Universitários.

<sup>10</sup> E-mail: <kawannaalano@gmail.com>. Graduada do curso de Ciências Jurídicas da Universidade da Região de Joinville (Univille). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7931975558100604>

<sup>11</sup> E-mail: <professorasirlei@gmail.com>. Professora Adjunta da Universidade da Região de Joinville (Univille) nos cursos de Direito, Enfermagem, Naturologia e História. Coordenadora do Curso de Direito da Univille, no polo de São Francisco do Sul. Doutora em Comunicação e Cultura pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9958226369659395>

<sup>12</sup> E-mail: <j.prateat@univille.br>. Professor Mestre Jonathan Prateat, adjunto da Universidade da Região de Joinville, dos cursos de graduação em Design e Publicidade e Propaganda. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0313114890310260>

## INTRODUÇÃO

O movimento migratório permeia a humanidade há séculos. Este processo é definido pelo Instituto de Migrações e Direitos Humanos (IMDH, web) como o movimento de entrada e saída de pessoas de determinado local a outro – de caráter temporário ou permanente. Os motivadores de uma mudança brusca de território detêm, em suas raízes, situações como a carência de meios de sobrevivência, desastres naturais e a impossibilidade política ou estrutural de permanecer em seu país de origem. Ante o exposto, deve-se ressaltar o disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que, em seu artigo XIII inciso 2, diz “toda pessoa tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar.”

Com isto, faz-se conexão direta aos acontecimentos no Haiti, onde em 2010 houve um terremoto de alta escala que matou 316 mil pessoas, feriu outras 350 mil e deixou mais de 1,5 milhão de pessoas desabrigadas no país mais pobre do continente (EL PAÍS, 2020), e o furacão em 2016, que deixou quase 900 mortos (EL PAÍS, 2016).

Essas catástrofes naturais que assolaram o Haiti foram causa do aumento do fluxo migratório da população haitiana ao Brasil. O país foi inserido na dinâmica migratória internacional no século XXI, como destino ou rota migratória, devido às políticas restritivas de imigração em países como Estados Unidos, França e Canadá (BAENINGER, 2016), e as políticas de governo que à época facilitaram a entrada e permanência dos imigrantes ou, ainda, pela situação econômica de estabilidade que o país apresentava naquele momento.

A presente pesquisa tem como objetivo problematizar como foi a trajetória de imigração dos acadêmicos imigrantes haitianos da Universidade da Região de Joinville (Univille), sua visão sobre a cidade, se conseguem acolto e acolhimento na universidade para dialogarem sobre as situações que passaram e passam; se (e como) utilizam as redes sociais para promover discussões, reflexões e reivindicações sobre sua condição de imigrante. Deseja-se analisar se as discussões envolvendo o Direito de migrar permeia ou aparece de forma subliminar nessas comunicações, pois com base na Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH, 1948), todas as pessoas detêm o direito de deixar e regressar qualquer país e de se expressar livremente.

### 1. MIGRAÇÃO TRANSNACIONAL E OS ATOS COMUNICACIONAIS

É evidenciado na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), em seu artigo II no parágrafo 1, que todos são seres humanos, independentemente de sexo, nacionalidade, etnia, raça, idioma, religião, deficiência ou qualquer outra condição. Este mesmo instrumento fundamenta o direito à nacionalidade, em seu artigo XV:

#### Artigo XV

1. Todo homem tem direito a uma nacionalidade.
2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade. (ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948)

No entendimento de Jardim (2017) as fronteiras são os limites de cada país, aquelas que erguem barreiras e os meios de diferenciação de nacionalidades, linguagens e cultura. E, a partir da existência dos fluxos migratórios, devem ser averiguadas as reivindicações de cidadania, nacionalidade e outros direitos que se mostram essenciais para os imigrantes que chegam ao país.

Antigamente os imigrantes perdiam pouco a pouco os vínculos que possuíam com o seu país de origem, mas quando se fala de imigração contemporânea a situação torna-se mais complexa. Percebe-se que os vínculos permanecem vivos, ultrapassando as fronteiras e, quando chegam no país receptor, os imigrantes tendem a criar redes, atividades, meios de vida e ideologias juntando características da sociedade de origem e destino – e a razão disto é pelos meios de transporte e comunicação atuais – e estes são os fatores que caracterizam a imigração transnacional (SOLÉ, 2008).

No contexto contemporâneo de forte presença imigrante, se fortalecem atos comunicacionais como balizadores das relações sociais, culturais e históricas. Barbosa (2008; 2013), em seus estudos, têm privilegiado a relação entre a comunicação e suas possibilidades de diálogo com a história. A autora analisa questões como temporalidade e as contribuições dadas pelos diversos meios de comunicação para compreender momentos complexos da história, e afirma que o “processo de formação de laços entre passado, presente e futuro, os meios de comunicação, por fazerem parte do cotidiano da maioria, são fundamentais para a sua sedimentação” (BARBOSA, 2008, p. 84).

Importa dizer, “as narrativas construídas pelo ou sobre o imigrante configuram-se como atos comunicacionais permeados por tempos e espaços, ora conexos, ora desconexos” (SOUZA, 2019, p. 25). Tais narrativas, sejam elas provenientes de entrevistas orais ou escritas pelo próprio imigrante em suas redes sociais, contribuem com os sentidos atribuídos à imigração e a forma que esta poderia se encontrar no futuro (SOUZA, 2019), onde um dos meios para se firmar na sociedade é na existência de locais seguros para debates, vivências e opiniões.

Conforme defende Recuero (2009), na última década as redes sociais têm sido aplicadas com maior ênfase e pluralidade para estudo dos grupos sociais, principalmente porque as publicações permanecerem registrados na Rede – tal situação permanece ocorrendo até hoje – e que estas plataformas seriam essenciais para o repasse de informações, impactando o jornalismo, comunicação e o usuário da rede.

E ainda, o que importa efetivamente nas informações que constam nessas plataformas não é a mensagem que motiva o seu engajamento, mas o meio que foi utilizado para repassá-la. O conhecimento é publicado em redes online onde existem conexões diretas pelo indivíduo, que pode ter um perfil tanto aberto como fechado, esta publicação alcança um grupo delimitado pelas suas redes ou além delas (RECUERO, 2012).

Laços associativos dependem unicamente da associação, ou seja, do estabelecimento de uma conexão via site de rede social. Assim, as redes sociais online possuem duas dimensões: aquela emergente, derivada das efetivas conversações e interações na manutenção dos laços (que poderiam indicar laços mais fortes, nos termos de Granovetter, 1973) e aquela associativa, derivada das conexões mantidas pelas ferramentas (RECUERO, 2012, p. 3).

No início do século XXI, conforme defendia Sansone (2003), por mais que não fossem entendidas como essenciais, as conexões firmadas no mundo digital faziam parte do processo de formação da identidade étnica e afetavam a história dos imigrantes como indivíduos e grupo. Isto poderia facilitar a sua vivência no novo país ou dificultá-la. E ainda, nos anos 2000, a internet não era difundida como é atualmente, sendo que o acesso se dava apenas por computadores Desktop, ou seja, não fornecia um contexto para que o mundo digital se confundisse com o mundo físico. Em dissemelhança com a atualidade, onde uma porcentagem grande de pessoas possui acesso à internet por pelo menos um meio e quase durante o dia inteiro.

A globalização acarreta ideologias multiétnicas – definidas por Cesareo (1988) como uma situação de copresença de diferentes grupos étnicos com patrimônios culturais diversos e implica a multiculturalidade que seria a definição da junção de culturas –, mas também trouxe novas formas de racismo no qual os conflitos tornam-se menos transparentes e interpretados em cima da etnicidade. Logo é de suma importância a sua problematização sob o desenvolvimento no mundo físico e digital.

## **2. IMIGRAÇÃO HAITIANA AO BRASIL E OS DADOS DO NÚCLEO DE MIGRAÇÃO POLÍCIA FEDERAL DE JOINVILLE/SC**

Acredita-se que o impulsionamento dos fluxos migratórios haitianos ao Brasil encontra parte de sua motivação na Resolução aprovada pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg) número 97, que passou a vigorar em 18 de janeiro de 2012 – esta autorizava a concessão de até cem vistos permanentes mensais, de caráter humanitário, para haitianos que desejavam morar no Brasil.

Segundo os dados fornecidos pela Polícia Federal entre os anos de 2012 a 2016, foram 77.077 imigrantes haitianos registrados no país, destes 21,07% em Santa Catarina e com um recorte de 12,60% apenas na cidade de Joinville. Neste cenário, o município destacou-se no recebimento de imigrantes por ser a terceira maior cidade do sul do país, com viés no setor industrial e possibilidade de fornecimento de emprego; outrossim do ponto de vista histórico e cultural fora um local que recebeu grandes contingentes migratórios ao longo dos anos (SOUZA, 2019).

Os dados atualizados pelo Núcleo de Migração da Polícia Federal de Joinville<sup>13</sup>, informam que foram atendidos 3.991 imigrantes haitianos pela Polícia Federal de Joinville, de 2007 a abril de 2020. A maior incidência de imigrantes ocorreu no ano de 2016, com o número de 1.399 de atendimentos.

Desses atendimentos, 2.493 imigrantes haitianos eram do sexo masculino e 1.498 do feminino, e dentre a faixa etária com maior incidência era dos 24 a 42 anos. Sobre as ocupações havia um grande rol de empregos exercidos anteriormente pelo imigrante haitiano com 69 opções, sendo que as mais selecionadas eram: ‘estudante’ com registro de 588, ‘trabalhador de construção/obra’ com 580 e ‘outra ocupação não classificada’ com 469.

Com as informações fornecidas pelo Núcleo de Migração da Polícia Federal pôde-se obter dados atualizados a respeito do número de imigrantes haitianos na cidade de Joinville, bem como conhecer o perfil deles – ainda que parcialmente. Diante disso, fora formulado o projeto de pesquisa e a metodologia exposta a seguir.

## **METODOLOGIA**

A origem da pesquisa em questão advém da necessidade de analisar se os imigrantes conseguem utilizar essas redes para divulgar informações acerca dos seus Direitos e ainda de efetivamente encontrarem um local seguro para expressarem suas opiniões e vivências – tanto em plataformas sociais, como também na Universidade da Região de Joinville (Univille).

A primeira etapa da pesquisa consistiu em uma pesquisa bibliográfica existente sobre os fluxos migratórios contemporâneos e a imigração haitiana para o Brasil, mais especialmente para Santa Catarina e Joinville nos últimos anos, também as produções acadêmicas referente ao ativismo digital.

A segunda etapa da pesquisa, desenvolve-se após a aprovação pelo Comitê de Ética, em 06/08/2020 sob o número do CAAE: 33719620.0.0000.5366. Com a abordagem qualitativa, foi realizada entrevistas online com acadêmicos, imigrantes haitianos, que estudam na Univille – tendo como objetivo identificar, analisar e problematizar as vivências imigrantes. Foi encaminhado um e-mail ao setor de Relacionamento com o Estudante, solicitando uma lista dos acadêmicos haitianos matriculados na universidade e os meios para contato e obteve-se o retorno contendo as informações para contatar oito acadêmicos.

Diante disto, da lista inicial foram entrevistados seis imigrantes pela Plataforma Teams (Microsoft), no decorrer dos meses de outubro e novembro deste ano. Após a conclusão destas, foi iniciado a transcrição e revisão das entrevistas para posteriormente o material

---

<sup>13</sup> Informações foram solicitadas por e-mail e respondido prontamente pelo responsável pelo Núcleo de Migração da Polícia Federal de Joinville, Fabiano Jose Rohr, no dia 24 de abril de 2020. Informações que constam no texto foram retiradas da tabela “Registro Ativos Haitianos - Joinville/SC 27/04/2020”, que foi encaminhada.

poder ser doado ao Laboratório de História Oral da Univille – visto que houve a permissão de todos os entrevistados.

Os roteiros das entrevistas semiestruturadas visam compreender a relação dos imigrantes com as plataformas de redes sociais, as razões pelas quais utilizam, bem como, a partir desses dados levantar demandas que possam ser consideradas para futuras comunicação inclusivas. Desse modo, foi possível abrir caminhos para que a pesquisa compreenda os potenciais desses canais de comunicação quando relacionados ao cotidiano da comunidade haitiana de Joinville. Então, foi realizada a catalogação e organização das informações pertinentes recolhidas, estas foram problematizadas e analisadas.

## RESULTADOS E CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática ao analisar os fluxos migratórios atuais encontra-se nas tensões de deslocamento, vivências com o diferente, o sentimento de pertencimento e a possível recusa do local de destino (HALL, 2003). E as mídias podem ser utilizadas pela sociedade como uma forma de legitimar o discurso da desigualdade pela cor da pele (SODRÉ, 2015), por isso é importante a análise sobre como o imigrante tem utilizado as redes e a forma com a qual as pessoas se manifestam sobre a temática.

Recentemente buscou-se no espaço na mídia conteúdos de imigrantes haitianos sob a sua visão de mundo e as vivências experienciadas na cidade de Joinville (SC), utilizou-se de palavras-chave como “haitianos Joinville”. Até o presente momento a pesquisa ainda não apresentou dados suficientes para poder analisar e problematizar o ativismo em redes sociais pelos imigrantes haitianos, seja de forma individual, seja enquanto grupo organizado.

Na plataforma Facebook, é possível encontrar algumas páginas uma delas referente à Associação dos Imigrantes Haitianos de Joinville e outra da Missão Haitianos de Joinville – ambas as páginas possuem poucas informações e interações. Também foi encontrada a página TV Haiti no Brasil, que possui conteúdos ativos e com intuito de entretenimento, perfis religiosos, páginas voltadas para comércio/vendas e perfis pessoais.

E no YouTube não foi localizada falas de imigrantes retratando sobre suas vivências ou processo de imigração, mas durante as entrevistas com as acadêmicas imigrantes haitianas algumas declararam que fazem parte de um canal de entretenimento que conta histórias no estilo de novelas, feito em crioulo com grande alcance – com mais de 10.000 inscritos<sup>14</sup>, tal canal e seu conteúdo será objeto de análise pelo grupo de pesquisa no próximo ano.

Tais observações permitem interpretar que nas plataformas de redes sociais, há pouca interação de grupos haitianos organizados/institucionalizados que apresentem notícias, informações ou discursos criados por imigrantes haitianos tratando de suas inquietações,

<sup>14</sup> Canal se chama Shinailove Petit, com 12.900 inscritos. Disponível em: <https://www.youtube.com/channel/UCBz2JG3Hm4WtBAdRffH6PzA>. Acesso em: 25 nov. 2020.

sejam elas referentes à sua própria cultura, ou à sua estada na cidade de Joinville e as dificuldades que surgem dessa mudança.

Já, tratando-se das seis entrevistas realizadas com os acadêmicos imigrantes haitianos da Univille foram abordados diversos tópicos, desejando ouvir do próprio imigrante haitiano suas vivências, dificuldades e opiniões. Sobre os entrevistados:

TABELA 1. ENTREVISTADOS: ACADEMICOS IMIGRANTES HAITIANOS

Entrevista	Cidade de origem	Chegada ao Brasil	Idade	Curso
A	Carrefour	2017	23	Psicologia
B	Arcahaie	2013	39	Direito
C	Porto Príncipe	2013	22	Enfermagem
D	Porto Príncipe	2013	20	Comércio Exterior
E	Porto Príncipe	2014	26	Gastronomia
F	Haiti	2016	21	Enfermagem

Fonte: Própria; entrevistas concedidas em outubro e novembro de 2020 aos autores.

Dentre as temáticas, tratava-se o processo de migração e a relação entre a saída do Haiti e chegada ao Brasil. Um dos acadêmicos deslocou-se diretamente para Joinville por avião (Entrevista A, 2020), pois seus responsáveis já estavam estabelecidos no município, mas também houve aqueles que migraram inicialmente para outros países da América Latina – como o Equador (Entrevista C, 2020) e Venezuela (Entrevista F, 2020) – e, ao se depararem com situações não propícias ao seu estabelecimento no país, se viram obrigados a migrar novamente, então vindo ao Brasil, utilizando meios de transporte como avião, ônibus e barco. Dependendo até mesmo de apoio financeiro de parentes para isto:

Sim, eu tive apoio da minha tia. A minha tia, quando eu falei isso com ela, ela aceitou, quando eu falei que eu ia vir... Que eu queria vir para o Brasil. Daí na primeira conversa ela já aceitou, ela falou “Sim, eu concordo com você, conta com o meu apoio, vou te ajudar”. Daí eu falei para ele quanto vai custar a viagem; a minha viagem pro Brasil me custou 3 (três) mil 500 (‘quinhento’) dólares americanos, para vim pra cá. Eu... não tive, nunca tive esse dinheiro (‘dinheiro’); se não fosse por minha tia... Eu não ia conseguir vir para cá. (Entrevista B concedida aos autores, 2020)

Dentre as situações marcantes durante o processo de migração foi ressaltado sobre a mudança dos laços com os seus próximos, sejam parentes ou amigos, lembranças dolorosas. Uma das entrevistadas falou sobre duas situações que experienciou durante a sua saída do Haiti:

Na verdade, eu acho que o que mais me marcou, assim quando eu penso da minha saída do Haiti, foi a... São duas coisas! É... Quando eu estava, que a gente lá, morava numa ilha, antes de vir para cá, sabe?! Eu nasci naquela ilha. E quando eu estava indo pegar o barco pra vir, pra ir pra capital, veio duas amigas minhas de moto, correndo, para se despedir de mim, sabe?! Aquilo assim foi um momento,



que marca minha vida até hoje! Eu penso, eu até me...eu fico... Isso foi, foi assim, foi muito, foi muito marcante. Até hoje mexe bastante comigo, sabe?! E faz oito, oito anos que eu não, eu não vejo elas, então... E tem também é... Um primo meu que quando eu estava, no dia que eu estava indo, pro Brasil mesmo, dia que estava indo viajar, ele, ele falou para mim “a gente se vê logo”. Logo, logo a gente se vê aí aqui, no caso, né?! Porque ele também tinha os planos de vir para cá. Só que um mês depois, ele faleceu. Ele, ele morreu! Então... São essas duas coisas que me marcaram bastante, bastante, bastante! Eu nem pude ir ao enterro dele, sabe?! E ele era como um pai. (Entrevista D concedida aos autores, 2020)

E que o contato com seus entes queridos permanecia por intermédio das redes sociais e a maioria dos entrevistados desejava voltar ao Haiti para visitar essas pessoas de forma física, mas o preço das passagens dificultava tal ato. Nessa perspectiva, a comunicação virtual aparece como um alento à saudade, mantem-se como a uma possibilidade de alimentar os laços afetivos e continuar ligados ao seu local de origem.

Tratando-se do preconceito, muitos evitavam iniciar contatos com moradores de Joinville – criando um mecanismo de proteção contra situações desconfortáveis ou prejudiciais. Pelas narrativas advindas das entrevistas foi possível identificar falas semelhantes entre os imigrantes no que se refere a questão étnico. Para os entrevistados os sentimentos racistas e xenofóbicos eram problemas das pessoas que os tinham, desde que não acarretasse uma violência direta a si, eles não viam problemas e simplesmente ignoravam os olhares atravessados.

Ainda assim, tais situações podem mudar a forma com a qual a pessoa vê e se coloca perante o mundo, um dos exemplos foi uma situação de estopim com o sentimento de ‘ser negro’:

Esses momentos a gente infelizmente vive no dia a dia né?! Mas eu sou uma pessoa que, eu não ligo tanto (faz) sabe?! Eu não ligo muito... A não ser que a pessoa fala, é, da minha família! Eu, eu lembro, uma coisa que me marcou bastante, bastante, eu até briguei com a menina. Ela falou da minha família, insinuou que a gente era um bando de morto de fome que veio para cá, vai saber se a gente não estava se escondendo da polícia, se a gente não cometeu algum crime, sabe?! (...) Mas assim, na hora eu me senti... Era pior coisa que ela podia falar para a gente. Eu tinha o quê? 14, 15 anos, 14 anos era pior coisa que ela podia falar para mim! Eu briguei com ela, eu bati nela e depois fui chorando para casa! Porque, aquilo me doeu sabe?! E naquele dia eu aprendi a palavra negra, porque eu não sabia se existia! É... É... É... É curioso, e é... É... Tipo engraçado assim, que lá eu, eu não sabia se existia a palavra “negro”. Ai naquele dia que ela mencionou negro e não sei o quê... Aí depois de ter brigado com ela, eu fui para outra amiga minha e falei “o que que é amiga? O que significa isso?” Aí ela me explicou, enfim...aquilo me acabou... Fui para casa contei para o meu pai, que tinha uma menina que tinha me chamado de negra e eu perguntei para ele se existe essa palavra essa palavra em crioulo ou em francês. Ai que ele me explicou que existe. Então, é... A partir daquele dia eu passei a me sentir negra, eu passei a me sentir diferente! (Entrevista D concedida aos autores, 2020)

Diversas outras falas ressaltavam situações de preconceito, como as pessoas evitarem sentar-se próximas dos entrevistados no ônibus (Entrevista F, 2020), seja por eles serem

negros ou por serem imigrantes. E falas que inferiorizavam o haitiano, como a suposta ‘incapacidade’ de estar em determinado emprego/posição (Entrevista B, 2020).

Ainda, uma das entrevistadas sofreu com a xenofobia no Ensino Médio e explicou:

Então eu não sei dizer se o que aconteceu foi racista, mas tipo sofrer, sofrer não muito. Só que, quando eu estava no Ensino Médio, no terceiro ou segundo ano, não me lembro direito, teve uma professora que tipo estava proibindo a gente de falar a nossa língua sabe? Ela começou a falar que a gente está no país dela, que a gente tem que respeitar isso né, que nós não podemos falar nossa língua, que temos que falar o português aqui. Ela não entende sabe? Acostuma porque se ela for... Eu digo assim, se ela for no outro país, vamos por ela vai lá no Estados Unidos, aí ela tem a própria família ou amiga, alguma coisa. Quando ela chegar não vai ficar falando só em inglês sabe? Ela vai falar tipo outra língua, ela vai te falar a língua dela que é o português. (Entrevista F concedida aos autores, 2020)

Entre todas as situações que foram vivenciadas, os haitianos expressavam extrema altivez em suas falas, onde posicionavam-se de forma empática, pois “a pessoa preconceituosa está sofrendo, sabe? Ele está sofrendo, é ele que tem problema. Eu não tenho nenhum problema com ninguém” (Entrevista B, 2020).

Como pilares de apoio na permanência e adaptação no Brasil, percebeu-se a grande ligação entre a religião e a comunidade haitiana – visto que cinco dos seis entrevistados relataram ter fortes conexões com a comunidade cristã da cidade. Percebe-se pela fala utilizada a carga emocional positiva dos momentos partilhados na igreja, onde o culto é feito em crioulo.

Em relação à educação, todos aparentam ter grande ligação com seus estudos, que o Brasil fornecia diversas oportunidades para estudos e no Haiti apenas os ricos conseguiam ingressar e permanecer no Ensino Superior (Entrevista B, 2020).

Além do mais, sucedeu situações de dificuldade de ingresso e permanência no Ensino Superior no Brasil devido a situação imigrante: a) o impedimento de ingressar em uma universidade pública devido a problemas com a documentação, em que não houve apoio advindo do departamento (Entrevista E, 2020) e b) custo em permanecer em uma faculdade privada devido aos preços, descaso do departamento e cansaço devido ao trabalho exaustivo (Entrevista B, 2020). Situações que expressaram ter sido diferentes na Univille, onde os professores e funcionários prestaram auxílio para conseguir ingressar e permanecer com os estudos.

Diante dos diversos metas futuras apresentadas pelos imigrantes, haviam aqueles que desejavam poder retribuir ao seu país de origem e/ou ao seu povo que se encontra no Brasil; como a criação de um projeto onde os imigrantes haitianos de diversos países pudessem contar suas histórias (Entrevista A, 2020) e especializar-se na área de Direito do Trabalho em busca de fornecer o apoio aos imigrantes que não possuem conhecimento sobre os direitos trabalhistas (Entrevista B, 2020).

Dando vazão para a problematização sobre o ato de migrar não ser apenas como uma experiência individual, mas por vezes, uma ação de vida para futuramente contribuir, seja lá ou cá, com seus familiares e com outros cidadãos haitianos. Nesse sentido, há uma oportunidade para se discutir o papel das redes sociais como canais para realização desses propósitos.

E no estágio em que se encontra a pesquisa, não foi possível identificar se a ausência nas redes sociais de forma organizada ocorre de modo intencional, por desconhecimento ou se ficam relegadas aos perfis pessoais ocupados pelos imigrantes. O que se propõe é que as plataformas de redes sociais, com sua grande quantidade de usuários e percebida capacidade de penetração de informações no cotidiano de quem as acessa, pode ser uma janela para que os imigrantes haitianos possam ter voz na comunidade joinvilense.

## REFERÊNCIAS

BAENINGER, Rosana; et al. **Imigração Haitiana no Brasil**. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

BARBOSA, Marialva. **Meios de comunicação e usos do passado: temporalidade, rastros e vestígios e interfaces entre comunicação e história**. In: RIBEIRO, Ana Paula Goulart; Herschmann, Micael (Orgs.). *Comunicação e história: interfaces e novas abordagens*. Rio de Janeiro: Mauad X/Globo Universidade, 2008.

BARBOSA, Marialva. **História da comunicação no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2013.

CESAREO, Vincenzo. *Società Multi-etnica e Multiculturalismo*. **Studi Di Sociologia**, vol. 36, n. 4, 1998, pp. 347–377. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23004690>. Acesso em: 14 set. 2020.

**EL PAÍS. Furacão Matthew deixa quase 900 mortos no Haiti e mergulha país no caos**. Publicado em: 08 out. 2016. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/06/internacional/1475746470\\_475357.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/06/internacional/1475746470_475357.html). Acesso em: 09 nov. 2020.

**EL PAÍS. Terremoto no Haiti, a memória fotográfica da tragédia**. Publicado em: 11 jan. 2020. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2020/01/09/album/1578569529\\_549176.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2020/01/09/album/1578569529_549176.html). Acesso em: 09 nov. 2020.

HALL, Stuart. **Da diáspora**. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2003.

IMDH. **Glossário do Instituto de Migrações e Direitos Humanos**. Publicado em: 31 jan. 2014. Disponível em: <https://www.migrante.org.br/imdh/glossario/>. Acesso em: 04 set. 2020.

JARDIM, Denise F. **Imigrantes ou Refugiados? Tecnologias de controle e as fronteiras**. Jundiaí, Paco Editorial: 2017.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nações Unidas, 217 (III) A, 1948, Paris. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020.

POLÍCIA FEDERAL. **Registros Ativos Haitianos de 2007 à 27/04/2020 - Joinville/SC**. Encaminhado por: Fabiano Jose Rohr, responsável pelo Núcleo de Migração da Polícia Federal de Joinville. Informações enviadas por e-mail em: 27 abr. 2020. Joinville, Santa Catarina.

RECUERO, Raquel. A Rede é a Mensagem: efeitos da difusão de informações nos sites de rede social. In: Eduardo Vizer. (Org.). **Lo que Mcluhan no previó**. 1ed. Buenos Aires: Editorial La Crujía, 2012, v. 1, p. 205-223. Disponível em: <http://www.raquelrecuero.com/archivos/redemensagem.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2020.

RECUERO, Raquel. **Redes Sociais na Internet, Difusão de Informação e Jornalismo: Elementos para discussão**. Disponível em: <http://www.raquelrecuero.com/artigos/artigoredesjornalismorecuero.pdf>. Acesso em: 11 set. 2020.

SANSONE, L. **Negritude sem etnicidade: o local e o global nas relações raciais e na produção cultural negra do Brasil** [online]. Salvador: EDUFBA, 2003. ISBN 978-85-232-1197-4. Disponível no SciELO Books. Acesso em: 01 set. 2020.

SODRÉ, Muniz. **Claros e escuros: identidade, povo, mídia e cotas no Brasil**. Petrópolis: Vozes, 2015.

SOLÉ, Carlota; PARELLA, Sònia; CAVALCANTI, Leonardo. **Nuevos retos del transnacionalismo en el estudio de las migraciones**. *Observatorio de la inmigración*, 2008. Disponível em: [https://ddd.uab.cat/pub/lilibres/2008/217042/nueretra\\_a2008iSPA.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/lilibres/2008/217042/nueretra_a2008iSPA.pdf). Acesso em: 29 set. 2020.

SOUZA, Sirlei de. **Narrativas Imigrantes: tramas comunicacionais e tensões da imigração haitiana em Joinville/SC (2010-2016)**. Escola de Comunicação, Universidade Federal do Rio de Janeiro: Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: [http://www.pos.eco.ufrj.br/site/teses\\_dissertacoes\\_interna.php?tease=20](http://www.pos.eco.ufrj.br/site/teses_dissertacoes_interna.php?tease=20). Acesso em: 02 mai. 2020.

## ADOÇÃO INTUITU PERSONAE E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Renata Eugênia Alves dos Santos<sup>15</sup>  
Janaina Silveira Soares Madeira<sup>16</sup>

**RESUMO:** O presente estudo trata da modalidade de adoção denominada *intuitu personae* à luz do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. O tema é importante em razão da adoção *intuitu personae* ser vedada pelo ECA, não obstante, na prática é muito utilizada, assim, importante analisar as consequências dessa prática, principalmente, ante o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Os resultados mostram que, a validade da adoção *intuitu personae*, bem como seu necessário acolhimento pelo sistema jurídico brasileiro, deve ser aceito, baseado em cada caso, já que, fundamentada pelos princípios da afetividade e do melhor interesse do menor, apresenta-se como uma alternativa legal de inserção do menor em convívio familiar, capaz de lhe oferecer afeto e assegurar seus direitos sociais, essenciais para seu bem-estar e desenvolvimento.

**PALAVRAS-CHAVE:** Adoção; Adoção *Intuitu Personae*; Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

### INTRODUÇÃO

A adoção vem a ser o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente lhe é estranha. A adoção tem a finalidade de dar filhos àqueles que por motivos não podem ter, e dar ao adotado um lar e uma possibilidade de uma vida digna, com uma família que lhe proporcione uma melhor condição moral e material ao adotado.

Diante do princípio constitucional que prima pelo melhor interesse da criança e do adolescente, estabelecido pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, seria possível o deferimento da adoção *intuitu personae* no ordenamento jurídico brasileiro, garantindo, assim, o direito à convivência familiar resguardado pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

A Lei nº 12.010/09, ao alterar o artigo 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, acrescentando o §13, apresentou as hipóteses em que é permitido a adoção por pessoas não cadastradas. Versa, ainda, sobre o cadastro de pretendentes à adoção, conforme

<sup>15</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

<sup>16</sup> Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

preconiza o artigo 50, caput e parágrafos, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e sua possível flexibilização, amparado no princípio do melhor interesse, como nas circunstâncias de estabelecimento de vínculo afetivo entre o adotando e os guardiões de fato.

Os programas oficiais de auxílio, referidos no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 23) até hoje não saíram do papel. Crianças abandonadas e filhos de famílias carentes são internadas em abrigos e casas-lares e, em geral, lá permanecem por muito tempo ou, até mesmo, indefinidamente. Segundo o ECA, o objetivo dessas instituições seria o de acolher as crianças e adolescentes que estão passando por uma situação de risco apenas momentaneamente, enquanto tentar-se-ia resgatar o vínculo desse menor com sua família, o que dificilmente acontece.

Tendo em vista as dificuldades para concretização de um processo de adoção, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou o Cadastro Nacional de Adoção (CNA) o qual confere mais formalidade e transparência ao procedimento, buscando coibir que o instituto seja praticado de forma clandestina e ilícita. Assim, embora o cadastro configure a forma mais imparcial de se proceder a adoção, é preciso ter em mente que ele é apenas um instrumento organizador e, por isso, não deve ser priorizado frente a um vínculo afetivo.

## 1. O INSTITUTO DA ADOÇÃO

Segundo Diniz (2011, p. 155), “a adoção se originou para atender questões de natureza religiosa, nas sociedades primitivas”. Nestas sociedades, a adoção tinha o objetivo de manter a família e a religião doméstica, além de servir como uma forma de transferir os bens familiares de pais para filhos, nas sociedades em que não existia o instituto do testamento.

Na Roma Antiga, “houve um maior desenvolvimento do instituto da adoção, sendo este instituto disciplinado por meio de um ordenamento sistematizado” (RIZZARDO, 2011, p. 545), assumindo tanto um papel religioso de perpetuação do culto familiar, quanto representava possibilidade de transição entre classes sociais. Devido a essa característica, a adoção era utilizada pelos imperadores para designar seus sucessores ao trono. Dessa forma, o instituto possuía caráter de direito privado, sendo importante no processo de escolha dos futuros chefes de Estado.

No direito romano, existiu três espécies de adoção. A primeira, denominava-se *adoptio per testamentum*, a qual produzia efeitos após a morte do testamenteiro, de modo que seria deixado herança ao nome, bens e os deuses ao adotado. A segunda, *arrogatio*, para as pessoas *sui juris* (não dependentes de outrem). A terceira espécie é nominada de *adoptio para as alieni júris* (sob autoridade alheia) (WALD, 2000).

Além disso, a adoção apresentava duas espécies: a *adoptio plena* e a *adoptio minus plena*. Na primeira, o ascendente, paterno ou materno, figurava como adotante, estando o adotado em seu pátrio poder. Na segunda, o adotante, pessoa estranha ao adotado, tinha como principal objetivo, beneficiar patrimonialmente o adotado, em caso de falecimento

sem deixar testamento. Neste caso, o adotado permanecia em sua família biológica, não adentrando na de seu pai adotivo (NADER, 2010).

No direito canônico, era temido pela Igreja, que a adoção fosse utilizada para reconhecer filhos adulterinos e incestuosos. Ainda, acreditava que a adoção seria uma substituição ao casamento e à formação de uma família legítima. Por isso, o instituto da adoção foi proibido pelo direito canônico (WALD, 2000).

No Brasil, a adoção foi introduzida pelo Código Civil de 1916, onde passou a ser melhor regulamentado, mesmo priorizando os adotantes em detrimento aos adotados, pois, o principal objetivo da adoção, na época, era proporcionar um filho para os casais que não o tinham biologicamente. Para isso, “era necessário que o adotante tivesse, no mínimo, cinquenta anos de idade, não tivesse filhos legítima e que houvesse, pelo menos, uma diferença dezoito anos entre o adotante e o adotado” (LOTUFO, 2002, p. 220).

Por causa disso, o instituto da adoção teve pouca aplicabilidade social na época, conforme expõe Madaleno (2013, p. 627):

No Brasil, a adoção ganha sistematização com o advento do Código Civil de 1916; contudo, com fortes resistências e restrições, não faltou quem advogasse a eliminação deste instituto. Os reflexos desta resistência se fizeram claramente presentes no caráter rígido e fechado do instituto da adoção [...]

Com o advento da Lei nº 3.133/1957, revogando o Código Civil de 1916, a exigência de idade mínima para o adotante passou de cinquenta para trinta anos de idade, passando a ser permitida a adoção por pessoas com ou sem filhos legítimos, já que a adoção estava restrita apenas às pessoas sem filhos. Além disso, segundo o art. 377 do Código revogado, se o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolvia a sucessão hereditária.

A legitimação adotiva do menor abandonado foi instituída em 1965 através da Lei nº 4.655, a qual estabeleceu a igualdade entre o legitimado e o filho legítimo ou superveniente. Tal legitimação foi substituída pela adoção plena com a promulgação do Código de Menores, Lei nº 6.697/79. Vale ressaltar que a Constituição Federal de 1988, ao declarar como direitos fundamentais da criança e do adolescente a liberdade, o respeito à sua dignidade, e ao intimar a família, a sociedade e o Estado, extinguiu do ordenamento jurídico a figura do ‘filho ilegítimo’, não havendo distinção entre os nascidos ou não dentro da relação conjugal.

O Código Civil de 2002 trouxe a efetiva participação do poder público no processo de adoção, além de alterar a maioridade civil para 18 anos, idade mínima para ser adotante.

O Estatuto da Criança e do Adolescente integrou o Ordenamento Jurídico Brasileiro em substituição ao Código de Menores (Lei nº 6.697/79), que passou a reger sobre a adoção de crianças, pessoas com idade de até 12 anos incompletos, e adolescentes, as que, tendo mais de 12 anos, ainda não complementaram 18.

Por disposição da Lei nº 12.010/2009, Lei Nacional da Adoção, todos os processos de adoção passaram a ser regidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ressalvados

determinados casos da adoção de adultos. O referido dispositivo legal tem como prioridade a manutenção da criança e do adolescente em sua família natural ou extensa, operando na inserção do assistido em núcleo familiar substituto, em obediência ao cadastro único de crianças e adolescentes postos à adoção e de adotantes. Todo o processo deve desenvolver-se da melhor maneira para o adotado.

### 1.1 Conceito e natureza jurídica

A adoção possui caráter afetivo, pois é modalidade de filiação construída no amor, gerando vínculo de parentesco por opção. Sobre esse aspecto, Dias (2011, p.484) sustenta que “a filiação não é um dado da natureza, mas uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem”.

Entende-se que a adoção é uma maneira pela qual o ser humano pretende copiar a filiação natural, ou seja, a filiação biológica. Através da realização da adoção, os laços de consanguinidade dão lugar aos laços afetuosos.

Bordallo (2010) lista cinco correntes doutrinárias que tentam explicar a natureza jurídica da adoção. A primeira, entende a adoção como uma instituição; a segunda considera a adoção um ato jurídico; a terceira explica a adoção como um ato de natureza híbrida; a quarta, como um contrato; a quinta a conceitua como um ato complexo. Esse é o melhor entendimento, pois a adoção passa, durante seu processo, por dois momentos distintos. O primeiro momento possui natureza negocial, pois há manifestação das partes interessadas afirmando que desejam a adoção. No segundo momento, há a intervenção do Estado, que verifica, através de uma equipe técnica, a conveniência ou não da adoção. Assim, é necessário que haja manifestação de vontade do adotante, do adotando e do Estado.

Dias (2011, p. 483) defende a adoção como um ato jurídico, asseverando que “o estado de filiação decorre de um fato (nascimento) ou de um ato jurídico: a adoção – ato jurídico em sentido estrito, cuja eficácia está condicionada à chancela judicial”.

Conforme tal definição, é possível entender que a adoção tem relação direta com a relação de um ato jurídico, ou seja, para que ocorra a adoção, é necessária a realização de todos os procedimentos legais e judiciais até que o ato seja deferido.

Para Madaleno (2013, p. 471), “em decorrência de as regras aplicáveis à adoção serem, atualmente, ditadas pelo Poder Público, seu caráter é eminentemente institucional”. A adoção é relacionada e depende diretamente do poder público para que seja oficializada, devendo seguir uma série de regras e leis específicas determinadas pelo ordenamento jurídico.

Deste modo, é possível interpretar que a adoção é uma ferramenta jurídica que consiste em criar parentesco civil. Assim, consiste em um ato jurídico bilateral que cria laços de paternidade e filiação entre as pessoas para as quais tal relação não existe naturalmente.



Por fim, existe ainda a corrente que defende adoção como natureza híbrida. Para Lotufo (2002), a adoção apresenta-se como figura híbrida, ou seja, um misto de contrato e de instituição, onde a vontade das partes, bem como o exercício dos seus direitos, encontra-se limitados pelos princípios de ordem pública. Deste modo, mesmo havendo a vontade das partes, não consegue, por si só, regularizar seus efeitos, ficando pré-determinados pela lei.

## 1.2 Modalidades

Há diversas modalidades de adoção, cuja classificação decorre da forma como é postulada e de quem postula. Pode, assim, a adoção ser simples, conjunta, póstuma, à brasileira, e intuitu personae.

Sobre a adoção simples, há opiniões contra a adoção praticada por pessoas solteiras, sob o fundamento de que não seria prudente deferi-la, pois, o fim da adoção é propiciar uma família substituta à criança. Essa discussão, no entanto, está superada, tendo-se em vista o número crescente de legiões de crianças abandonadas.

Marques (2011, p. 93) afirma que “será, desde logo, preferível como adotante uma mulher – solteira, viúva, separada ou divorciada – de acreditada honradez e previsível vocação maternal a um matrimônio de duvidosa moralidade ou com problemas que possam antes ou depois afetar o adotado”. Assim, não está presente o requisito de que a pessoa deva ser casada para proceder à adoção unipessoal, pois, o que deve ser levado em conta, é o melhor interesse do adotando.

O artigo 41, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, admite, ainda, que o cônjuge ou companheiro adote o filho do outro, o que não interfere no vínculo de filiação com relação ao pai biológico ou a mãe biológica. Quanto a esta outra forma de adoção unilateral, pelo parceiro do genitor biológico do adotando, Dias (2011, p. 491) demonstra três possibilidades:

(a) quando o filho foi reconhecido por apenas um dos pais, a ele compete autorizar a adoção pelo seu parceiro; (b) reconhecido por ambos os genitores, concordando um deles com a adoção, decai ele do poder familiar; (c) em face do falecimento do pai biológico, pode o órfão ser adotado pelo cônjuge ou parceiro do genitor sobrevivente.

Em razão da impossibilidade de o genitor falecido manifestar-se, a tendência é não se admitir a adoção unilateral no último caso. Isso significa afastar do adotando o direito de ter uma nova identidade familiar. Neste caso, Dias (2011, p. 491) afirma que “por ser indispensável a concordância do adotando, ao menos quando contar com mais de doze anos de idade, manifestando-se ele favoravelmente à adoção, nada justifica negá-la”.

A adoção conjunta encontra-se prevista no artigo 42, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Dispõe o referido artigo que, para adoção conjunta, é indispensável que os adotantes sejam casados civilmente ou mantenham união estável, comprovada a estabilidade da família.

A legislação brasileira não permite que uma criança ou adolescente seja adotado simultaneamente por duas pessoas que não possuam um vínculo matrimonial ou de convivência. Sendo assim, não é possível a adoção realizada por irmãos, amigos, ou por pessoas que detenham qualquer outro vínculo de parentesco.

Adoção conjunta, anteriormente conhecida como adoção bilateral, consiste na adoção realizada por quem detenha matrimônio ou união estável. O artigo 42, §4º, do ECA, também admite essa modalidade de adoção para os divorciados, os judicialmente separados e os ex-companheiros, contanto que acordem sobre a guarda e o regime de visitas e desde que o estágio de convivência tenha sido iniciado na constância do período de convivência e que seja comprovada a existência de vínculos de afinidade e afetividade com aquele não detentor da guarda, que justifiquem a excepcionalidade da concessão.

A adoção post mortem, também conhecida como adoção póstuma, nas palavras de Bordallo (2010, 248), “é a que se concede após a morte do adotante, desde que este tenha manifestado, de forma inequívoca, seu desejo de adotar”, e está prevista no artigo 42, §6º, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Embora o Estatuto da Criança e do Adolescente condicione o deferimento da adoção post mortem à propositura da ação de adoção em momento anterior ao óbito, a jurisprudência vem entendendo acerca da possibilidade do deferimento dessa modalidade de adoção, desde que comprovada a inequívoca manifestação de vontade em adotar do falecido.

Nesse sentido, assevera Bordallo (2010, p. 249) que:

Os Tribunais brasileiros têm dado uma interpretação extensiva benéfica para a regra legal da adoção póstuma. A jurisprudência, com o objetivo de beneficiar o adotando, tem concedido adoção em situações nas quais um dos adotantes faleceu antes da propositura da ação, desde que haja demonstração inequívoca da vontade do morto em adotar, pelo fato de já tratar o adotando como filho. Verifica-se que os Tribunais estão dando correta aplicação ao Princípio do Melhor Interesse da Criança.

Se em vida o adotante manifestou sua vontade em proceder com a adoção, reconhecendo-se como genitor afetivo do menor, a morte não pode extinguir essa vontade. Logo, deve ser deferida a adoção, como forma de se respeitar a escolha do falecido.

A respeito da definição da expressão “inequívoca manifestação de vontade”, os doutrinadores explicam que:

O conceito de vontade inequívoca manifestada pelo adotante antes de seu óbito é aberto, devendo ser alcançado a depender das circunstâncias concretas. Por isso, admite-se que a vontade inequívoca decorra da chamada posse do estado de filho, em casos nos quais o adotante-falecido, antes de sua morte, estabeleceu com o adotando uma relação fática paterno-filial (FARIAS E ROSENVALD, 2015, p. 928).

Sendo assim, possibilita ao adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença, ter respeitado seu

sentimento de pai/mãe já concretizado pelo afeto, e, principalmente, resguardar os direitos e garantias da criança ou adolescente, no que diz respeito à sua condição de filho.

Em relação à retroatividade da sentença constitutiva da adoção, salienta Dias (2016, p. 831) que:

A sentença de adoção possui eficácia constitutiva e seus efeitos começam a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença (ex nunc), não produzindo efeito retroativo (ECA 47 § 7.º). Contudo, a lei abre exceção na hipótese do falecimento do adotante, no curso do processo: o efeito da sentença retroage à data do falecimento.

Deste modo, a adoção produz seus efeitos a partir do trânsito em julgado da sentença constitutiva, exceto quando o adotante que, após inequívoca manifestação de vontade, vier a falecer no curso do procedimento, antes de prolatada a sentença, caso em que terá força retroativa à data do óbito.

Adoção 'à brasileira' é um fenômeno comum que ocorre quando uma pessoa registra como seu filho que sabe não ser. Essa figura não pode ser classificada propriamente como uma modalidade de adoção, pois não observa o regular procedimento imposto pela lei, sendo inclusive considerada crime.

Entretanto, na maioria dos casos que chegam à Justiça, ocorre o perdão judicial, justamente pelo fato de se encarar esse tipo irregular de adoção como um ato piedoso. Porém, "se aquele que consta como pai tem pleno conhecimento das circunstâncias e, ainda assim, não tomou providência para alterar o ato quando da ciência, não se lhe permite, no futuro, arrepender-se, postulando a desconstituição do registro por meio de ação anulatória" (RIZZARDO, 2011, p. 531).

Também denominada de adoção dirigida, a adoção *intuitu personae* é, para Bordallo (2010, p. 326), como a modalidade de adoção em que "há a intervenção dos pais biológicos na escolha da família substituta, ocorrendo esta escolha em momento anterior à chegada do pedido de adoção ao conhecimento do Poder Judiciário". Sendo assim, a adoção *intuitu personae* é a modalidade de adoção em que os pais biológicos entregam diretamente o filho a terceiro, para que seja adotado, sem a observância da inscrição e da ordem cronológica dos cadastros de adoção.

Segundo Kusano (2006, p. 88), não se pode confundir a adoção *intuitu personae* com a adoção 'pronta'. Nesta última, a origem da criança é desconhecida, não havendo a escolha dos adotantes por parte dos pais. Um exemplo de fácil compreensão é aquele em que um bebê é abandonado pela mãe em alguma lixeira na rua e a pessoa que o encontra passa a criá-lo como filho, surgindo o desejo posterior de adotá-lo. Porém, ao pesquisar jurisprudências, nota-se que muitos magistrados julgam causas de adoções 'prontas' se referindo a elas como *intuitu personae*, utilizando-se dos mesmos fundamentos.

Há diversos entendimentos acerca da admissibilidade ou não da adoção *intuitu personae*.

Kusano (2006, p. 130), sustenta “a viabilidade da adoção intuitu personae como uma das formas legais para agilizar o processo de adoção no Brasil, minimizando os transtornos e problemas vivenciados pelos menores em busca de uma família, bem como pela família em busca de um filho”. A indicação do adotante pela mãe ou pais biológicos no exercício do poder familiar pode ser negada pelo juiz, quando após a oitiva dos requerentes, dos pais e do Ministério Público, além da avaliação psicossocial, as evidências demonstrarem não ser adequada e que a medida não atende aos interesses do adotando.

Bordallo (2016, p. 380), também demonstra ser favorável à possibilidade da adoção intuitu personae, argumentando:

Não vemos nenhum problema nesta possibilidade, eis que são detentores do poder familiar e possuem todo o direito de zelarem pelo bem-estar de seu rebento. Temos de deixar de encarar os pais que optam por entregar seu filho em adoção como pessoas que cometem alguma espécie de crime. A ação destes pais merece compreensão, pois se verificam que não terão condições de cuidar da criança, ao optarem pela entrega, estão agindo com todo o amor e carinho por seu filho, buscando aquilo que entendem melhor para ele. Assim, se escolhem pessoas para assumir a paternidade de seu filho, deve-se respeitar essa escolha.

Esta aparenta ser a visão mais coerente, visto que este reconhecimento pelos genitores, de que não possuem as condições mínimas para proporcionar uma vida digna ao seu filho, somada a decisão de entregá-lo a alguém que lhe possa proporcionar uma vida melhor, nada mais é do que um ato de amor e coragem. Inclusive, atende melhor ao Princípio do Melhor Interesse a colocação do infante em família conhecida, na qual os pais biológicos têm a certeza de que ele estará seguro e será amado.

Importante ressaltar que essa entrega que ocorre na adoção intuitu personae não pode ser caracterizada como abandono de incapaz, uma vez que a mãe biológica se preocupou com a integridade da criança, não a expôs a perigo, e a entregou a alguém com melhores condições de criá-la. Desta forma, não se verifica a incidência da conduta criminosa, tipificada no art. 133, do Código Penal, ensejadora da perda do poder familiar, conforme enuncia o art. 1.638, inciso II, do Código Civil de 2002.

Assim, no momento que os pais entregam o filho ainda não ocorreu a destituição do poder familiar e com isso, não se pode negar aos genitores a escolha dos adotantes, sob este fundamento.

Outro ponto controvertido, é o disposto no art. 166, do ECA, que prevê a possibilidade de aderência dos pais biológicos ao pedido de colocação em família substituta, devendo o consentimento ser levado a escrito para ratificação em audiência, depois de receberem orientações e esclarecimentos da equipe técnica que compõe a Justiça da Infância e da Juventude. Trata-se claramente da aceitação da adoção consentida, que torna os pais biológicos aptos para entregar seu filho a quem achar melhor para substituí-los.

Entretanto, Souza (2009) discorre que a possibilidade de os pais escolherem os adotantes, poderia incentivar o tráfico de crianças, haja vista que os adotantes poderiam dar

dinheiro ou outro benefício a genitora em troca do filho, praticando o crime previsto no artigo 328 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, “[...] podem os pais, sob o pretexto de buscar o melhor para o futuro do seu filho, praticar conduta ilícita, obtendo vantagem indevida e, posteriormente, pela dificuldade acima exposta, tal conduta ser corroborada pelo Poder Judiciário, ao conceder adoção àquele que agiu de má-fé [...]” (SOUZA, 2009, p. 187).

Seguindo entendimento contrário, segue trecho da ementa referente ao julgamento do Recurso Especial nº 1.172.067, pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL - AFERIÇÃO DA PREVALÊNCIA ENTRE O CADASTRO DE ADOTANTES E A ADOÇÃO INTUITU PERSONAE - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR - VEROSSÍMIL ESTABELECIMENTO DE VÍNCULO AFETIVO DA MENOR COM O CASAL DE ADOTANTES NÃO CADASTRADOS - PERMANÊNCIA DA CRIANÇA DURANTE OS PRIMEIROS OITO MESES DE VIDA - TRÁFICO DE CRIANÇA - NÃO VERIFICAÇÃO - FATOS QUE, POR SI, NÃO DENOTAM A PRÁTICA DE ILÍCITO - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] V - O argumento de que a vida pregressa da mãe biológica, dependente química e com vida desregrada, tendo já concedido, anteriormente, outro filho à adoção, não pode conduzir, por si só, à conclusão de que houvera, na espécie, venda, tráfico da criança adotanda. Ademais, o verossímil estabelecimento do vínculo de afetividade da menor com os recorrentes deve sobrepor-se, no caso dos autos, aos fatos que, por si só, não consubstanciam o inaceitável tráfico de criança; (...) (REsp 1172067/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 14/04/2010).

No caso acima, restou infundada a suspeita de tráfico, prevalecendo o entendimento do Relator Ministro Massami Uyeda de que a condição da mãe biológica de usuária de drogas e o fato da mesma já ter entregado outro filho, não é o bastante para se presumir a comercialização da criança em questão. E, ainda, concluiu-se que não se pode ignorar o vínculo de afetividade já estabelecido, durante os primeiros oito meses de vida em que permaneceu com os recorrentes, diante de fatos que não comprovam qualquer conduta criminosa no ato da entrega.

Sendo assim, a má-fé não pode ser presumida, levando a crer que toda entrega direta de um filho aos adotantes é criminosa. Ela deve restar comprovada ou, pelo menos, levantar suspeitas para que a situação possa ser devidamente averiguada, até mesmo porque a existência do cadastramento dos adotantes não é capaz, por si só, de extinguir totalmente o comércio ilegal de crianças.

## **2. PRERROGATIVAS, FINALIDADES E RESULTADOS DO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO – CNA, ESTIPULADO E FISCALIZADO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ**

Ao iniciar um processo de adoção, qualquer pessoa interessada deverá realizar um cadastro, no qual terá que preencher vários requisitos legais, que incluem possuir idade mínima de dezoito anos, independente de estado civil. Juntamente com estes requisitos, será feita a consulta aos órgãos técnicos competentes, incluindo o Ministério Público.

Depois de ser referida a inscrição de adoção do pretendente e, após a localização da criança que esteja em condições de adoção conforme as pretensões do adotante, este passará um período denominado 'preparação psicossocial e jurídica', de acordo com o artigo 50, § 3º, do ECA, passando a ter contato com a criança que pretende adotar, com o objetivo de conhecê-la, gerando vínculos e relações afetivas entre eles.

Nessa fase, o juiz ficará encarregado de estabelecer um prazo de duração do período de adaptação entre a criança e sua nova família. Esse período não possui um padrão de tempo preestabelecido, podendo ter variações conforme o caso. Isso porque alguns profissionais especializados realizarão estudos para verificar a adaptação da criança a família, avaliando se os adotantes apresentam aptidão para a adoção, tendo como finalidade evitar a possibilidade de uma decisão precipitada, que poderá ocasionar graves problemas psicológicos aos envolvidos.

Ao avaliar as colocações anteriores, constata-se que o estudo realizado por estes profissionais fornecerá subsídios necessários ao juiz, para que ele opte por deferir ou não pela adoção de maneira segura, tendo como base fundamentos legítimos que evidenciam a existência de benefícios efetivos ao adotando. Em contrapartida, a adoção poderá ser indeferida, caso o adotante demonstre a incapacidade para exercer a paternidade, ou mesmo, caso não seja capaz de oferecer um ambiente adequado em termos de educação, saúde, alimentação e convivência familiar.

O art. 40 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe que o adotando deve contar, no máximo, dezoito anos, ao se requerer a sua adoção. Assim, se o adotando já tiver dezoito anos, não poderá mais ser tutelado pelo ECA, mas, sim, pelas regras constantes no Novo Código Civil.

A segunda parte do art. 40 dispõe que excepcionalmente o pedido pode ser feito após o adotando completar dezoito anos, se o mesmo já estiver sob a guarda ou tutela dos adotantes. Na verdade, desde o início da vigência do Novo Código Civil, a segunda parte do art. 40 foi derogada, pois a menoridade civil cessa aos dezoito anos, estando a pessoa habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Desde modo, entende-se aquele que tiver dezoito anos ou mais, só poderá ser adotado com base no Novo Código Civil, e não mais com base no ECA.

O art. 45, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que é necessário o consentimento do adotando maior de doze anos, para que a adoção se concretize.

Entretanto, para alguns doutrinadores, o consentimento do adotado não deve ser uma condição necessária. Como exemplo, se pode transcrever as palavras de Kauss (1993, p.54):

[...] esse consentimento deve ter um valor relativo na apreciação a ser feita pelo juiz na sentença. A concordância ou discordância, por si só, não deve representar o deferimento ou indeferimento da adoção.

Não se pode esquecer a cautela com que sempre se houve a Justiça, nas causas de família, com relação a depoimentos de menores, nem se deve considerá-los isoladamente, mas em conjunto com as outras provas ou elementos formadores de convicção.

Sobre este requisito, Bordallo (2010, p. 233) leciona que, nos termos do art. 45 do ECA, os pais ou o representante legal do adotando devem manifestar consentimento para a realização do ato, tendo em vista que a adoção corta todos os laços do adotando com a família consanguínea, excetuando-se os impedimentos matrimoniais.

No entanto, a anuência será dispensada em relação a pais desconhecidos e poderá ser dispensada nos casos de destituição do poder familiar, nos termos do §1º do referido artigo.

Com relação à idade do adotante, o artigo 42 do ECA, especifica que podem adotar os maiores de vinte e um anos, independentemente do estado civil. Trata-se de uma alteração em relação ao Código de Menores, que exigia para adoção plena, a idade de trinta anos e, quando o pedido fosse feito por marido e mulher, ainda havia a exigência de cinco anos de matrimônio, dispensado o prazo se houvesse prova de esterilidade de um dos cônjuges e, também, estabilidade conjugal.

Além da imposição da idade, há de se observar que a lei impõe uma diferença de dezesseis anos entre o adotante e adotado (art. 42, §3º), sendo que, por exemplo, um jovem de dezoito anos só poderá adotar uma criança que ainda não tenha completado dois anos de idade. A mesma exigência está contida no art. 1.619 do Código Civil, que estabelecia uma diferença de dezoito anos, antes da Lei 3.133/57, e que a partir de então, foi reduzida para dezesseis anos.

A realização de estágio de convivência do adotante com o adotado está previsto no ECA art. 46 e nos seus parágrafos seguintes, sendo considerado um período imprescindível para o deferimento da adoção por parte do juiz. O estágio de convivência é um período experimental em que o adotando convive com os adotantes, com a finalidade de se avaliar a adaptação com família substituta, bem como a compatibilidade da família com a adoção.

Segundo o artigo 46 do ECA, adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo máximo de 90 dias, observadas a idade da criança ou adolescente e as peculiaridades do caso, deixando, a critério do juiz, a fixação do prazo para estágio de convivência, podendo, inclusive, dispensá-lo quando se tratar de criança com menos de um ano de idade, ou criança que já conviva em companhia do adotante por tempo suficiente para se poder avaliar a convivência da adoção.

A criação do Cadastro Nacional de Adoção (CNA) foi feita pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da resolução 54/08 e visando o cumprimento das disposições contidas no art. 50, parágrafo 5º da Lei nº 12.010 do ano de 2009. Este cadastro disponibiliza informações e dados referentes as pessoas que possuem interesse em realizar a adoção de uma criança, cabendo ao CNJ realizar a fiscalização destes dados e também do andamento dos processos de adoção.

Mediante o exposto, pode-se dizer que este cadastro consiste em uma importante ferramenta a ser utilizada pelos juízes das Varas da Infância e da Juventude para agilizar e facilitar os procedimentos de adoção no Brasil. Como o CNA visa auxiliar os juízes, por meio do cruzamento de informações e dados pessoais de pessoas interessadas, com os perfis de crianças inseridas no cadastro, é essencial a fiscalização por parte do CNJ para evitar fraudes, por parte de pessoas mal-intencionadas.

Como a inserção de dados, o cadastro pode ser feito em qualquer parte do território nacional, por qualquer pessoa que se considere apta. No entanto, é possível que ocorram fraudes no preenchimento dos dados, seja por apenas erro do interessado ou por má fé, visando obter algum tipo de vantagem indevida. Sendo assim, torna-se fundamental a fiscalização do CNJ sobre os dados do sistema e também sobre o andamento dos processos de adoção.

### **3. IMPOSIÇÃO DE OBEDIÊNCIA AO CADASTRO NACIONAL DE ADOÇÃO – CNA E A EFETIVAÇÃO DA ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*, ANTE O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE**

O Cadastro Nacional de Adoção é um banco de dados, único e nacional, composto de informações sobre crianças e adolescentes aptos a serem adotados e pretendentes a adoção. Essa ferramenta auxilia os juízes na condução do procedimento de adoção e procura desburocratizar o processo sob vários aspectos.

Assim, para Rossato e Léopore (2009, p. 55):

Trata-se de mecanismo que possibilita o cruzamento de dados e a rápida identificação de crianças ou adolescentes institucionalizados. Tal expediente permite, ainda, o intercâmbio de informações entre comarcas e regiões.

Os pretendentes à adoção, criam um perfil de filho ideal, onde passam a realizar opções com relação à cor, em especial por crianças de cor branca, com relação ao sexo, sendo geralmente meninas, ou especificações com relação idade, onde, em geral, estipulam uma idade máxima de três anos para a criança. Somada a estes fatores, a criança deve ter ótimas condições de saúde, além de ter algumas características que se assemelhem aos adotantes, tais como, cor de olhos, cabelos, entre outras (CNJ, 2020).

Em casos em que os adotantes já estão devidamente habilitados a realizar o processo de adoção, ou que o processo já esteja em trâmite, o artigo 197-B, do ECA, impõe, que seja realizada visita dos profissionais aos pretendentes, para avaliar suas condições de vida, e se realmente possui as competências necessárias para receber uma criança adotada.

Nesse sentido, ao identificar que o pretendente não apresentou as condições básicas necessárias para a adoção, o processo poderá ser inviabilizado, e este deverá realizar as devidas adequações para dar início aos procedimentos de adoção em outra ocasião.



No entanto, mesmo apresentando inúmeras vantagens, há situações nas quais o CNA não é utilizado como critério principal para a efetivação dos procedimentos de adoção. O art. 50, §13º, do ECA, traz três hipóteses em que essa regra pode ser excepcionada: no caso de adoção unilateral; na adoção requerida por parente, com quem o adotando já tenha afinidade e vínculo de afetividade; e, por fim, quando o candidato já seja guardião legal ou tutor de criança maior de três anos, desde que esteja de boa-fé, e que já tenha vínculos de afinidade e afetividade com o infante. Porém, esse rol ainda pode ser flexibilizado, como é o caso da adoção *intuitu personae*, ou seja, quando é verificado que já se firmou o vínculo entre o adotando e os requerentes.

Nesse sentido, a jurisprudência tem privilegiado o vínculo afetivo em detrimento do cadastro de adoção, conforme assim ementado:

RECURSO ESPECIAL - ADOÇÃO - CADASTRO DE ADOTANTES  
- RELATIVIDADE - PRINCÍPIO DA PREVALÊNCIA DO INTERESSE DO MENOR  
- VÍNCULO AFETIVO DAMENOR COM CASAL DE ADOTANTES DEVIDAMENTE  
CADASTRADOS - PERMANENCIADA CRIANÇA POR APROXIMADAMENTE  
DOIS ANOS, NA SOMATÓRIA DO TEMPO ANTERIOR E DURANTE O PROCESSO  
- ALBERGAMENTO PROVISÓRIO A SEREVITADO - ARTIGO 197-E, § 1º, DO ECA  
- PRECEDENTES DESTA CORTE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1.- A observância do cadastro de adotantes, ou seja, a preferência das pessoas cronologicamente cadastradas para adotar determinada criança, não é absoluta. A regra comporta exceções determinadas pelo princípio do melhor interesse da criança, base de todo o sistema de proteção. Tal hipótese configura-se, por exemplo, quando já formado forte vínculo afetivo entre a criança e o pretendente à adoção, ainda que no decorrer do processo judicial. Precedente. (...) (STJ - REsp: 1347228 SC 2012/0096557-1, Relator: Ministro SIDNEI BENETI, Data de Julgamento: 06/11/2012, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/11/2012).

Deste modo, não se pode negar que a adoção *intuitu personae* acaba sendo uma espécie de burla ao cadastro de adoção e as expectativas dos candidatos previamente cadastrados, que esperam ansiosamente para realizar o sonho de ter um filho. Porém, deve-se atentar, prioritariamente, para os interesses do infante, o real beneficiário da medida da adoção, e não para os interesses daqueles que querem ter um filho a todo custo.

## PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Vieira e Zouain (2005), afirmam que a pesquisa qualitativa atribui importância fundamental aos depoimentos dos atores sociais envolvidos, aos discursos e aos significados transmitidos por eles. Nesse sentido, esse tipo de pesquisa preza pela descrição detalhada dos fenômenos e dos elementos que o envolvem.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, que, para Lakatos e Marconi (1987, p. 66), “trata-se do levantamento, seleção e documentação de toda bibliografia já publicada sobre o assunto que está sendo pesquisado, em livros, revistas, jornais, boletins, monografias, teses,

dissertações, material cartográfico, com o objetivo de colocar o pesquisador em contato direto com todo material já escrito sobre o mesmo”. Sendo assim, a pesquisa realizada pautou-se na leitura e no fichamento de escritos de diferentes autores.

A pesquisa é explicativa pois visa identificar os fatores que contribuem para a ocorrência dos fenômenos ou variáveis que afetam o processo, ou seja, explica o porquê das coisas. Segundo Gil (1999), a pesquisa explicativa tem como objetivo básico a identificação dos fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência de um fenômeno. É o tipo de pesquisa que mais aprofunda o conhecimento da realidade, pois tenta explicar a razão e as relações de causa e efeito dos fenômenos.

Ainda, a pesquisa é dedutiva. Para Michel (2015), a dedução é um tipo de raciocínio que ocorre de modo contrário a indução. Nesse tipo de raciocínio, a premissa maior é uma verdade absoluta, comprovada e que contempla toda a proposição contida na premissa menor. Assim, a conclusão deverá ser, necessariamente, verdadeira. Portanto, o método dedutivo é o procedimento de estudo que vai do geral ao particular, ou seja, parte de dois princípios já reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis para um final.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Há decisões judiciais que admitem a adoção intuitu personae quando já está consolidado o vínculo afetivo de tal modo que, retirar a criança daquela família, consistiria em flagrante afronta ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Sendo assim, famílias aceitam a entrega de crianças pelos genitores, adotam as crianças de modo irregular e, quando consolidado o vínculo afetivo, procuram o Poder Judiciário para que seja regularizada a adoção.

Defender a impossibilidade jurídica da adoção intuitu personae, em qualquer caso, viola o Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente. Retirar uma criança ou um adolescente de uma família após anos de convivência e formação de um vínculo familiar afetivo não é a melhor medida, pois vai contra a importante conquista do direito de família que é a valorização do afeto e da filiação socioafetiva.

Embora o Cadastro Nacional de Adotantes seja um instrumento muito importante nos procedimentos de adoção, não deveria ser cegamente observado, pois pode cometer violações ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente.

Ademais, a negativa de tutela jurisdicional favorável a essas situações pode incentivar as famílias a não procurarem a regularização da adoção, causando prejuízos irreparáveis às crianças e aos adolescentes. Entretanto, as famílias conhecendo a possibilidade de posteriormente pleitearem a adoção da criança após formação de vínculo afetivo podem, de forma consciente, adotar irregularmente a criança para somente depois buscarem a regularização da situação. Essa prática é prejudicial às crianças, já que o processo de adoção exige um acompanhamento psicossocial rigoroso, que visa permitir a adoção de crianças por famílias que estejam preparadas para esse ato.

Assim, o mais adequado é se entender pela possibilidade jurídica da adoção *intuitu personae*, e as famílias, ao procurarem o Poder Judiciário para procederem à adoção de determinada criança, deverão ser submetidas a estudo psicossocial e a todo o procedimento previsto, para que sejam verificadas as condições da família, e se a adoção efetivamente atende ao melhor interesse do adotando. Também, as mães e os pais que pretendem entregar o filho em adoção, poderão ter acompanhamento psicológico adequado e decidirem, conscientemente, pela entrega à adoção.

Não se trata de admitir em qualquer situação, mas de admitir que não é vedada pelo ordenamento jurídico e nas circunstâncias concretas, assim como se faz em qualquer processo de adoção, verificar se atende ao Princípio do Melhor Interesse da Criança ou do Adolescente.

Ressalta-se, ainda, que para a criança não importa se quem a adotou estava ou não inscrita nos Cadastros de Adotantes, sendo suficiente que essa família seja amorosa, afetuosa, e permita um desenvolvimento saudável e de acordo com a sua dignidade. Defender intensamente a obediência ao Cadastro de Adotantes e à ordem de inscrição é defender o interesse dos adotantes, e o interesse dos adotantes deve ser secundário na adoção.

## REFERÊNCIAS

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Adoção. *In*: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 943 p.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília, DF. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm). Acesso em: 23 nov. 2020

DESCARTES, René. **Discurso do método**, 2003. Disponível em: <http://ateus.net/artigos/filosofia/discurso-do-metodo/>. Acesso em: 24 mar. 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 752 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 688 p.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 876 p.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 1999. 196 p.

KUSANO, Suely Mitie. **Adoção intuitu personae**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) – Curso de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 328 p. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/7006#preview-link0>. Acesso em: 07 abr. 2020.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. **Curso avançado de direito civil: direito de família**, V. 5. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002. 336 p.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. 1304 p.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Metodologia do trabalho científico: procedimentos básicos, pesquisa bibliográfica, projetos e relatórios, publicações e trabalhos científicos**. 7. ed. São Paulo: Atlas: 2011. 311 p.

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais: um guia prático para acompanhamento da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 304 p.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v.5. 599 p.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 946 p.

SOUZA, Rodrigo Faria de. **Adoção dirigida: vantagens e desvantagens**. Revista da EMERJ. Rio de Janeiro, janeiro de 2009, v. 12. 10 p. Disponível em: [www.bdjur.stj.jus.br](http://www.bdjur.stj.jus.br). Acesso em: 26 abr. 2020.

VIEIRA, M. M. F. e ZOUAIN, D. M. Pesquisa qualitativa em **administração: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005. 240 p

WALD, Arnaldo. **O novo direito de família**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 622 p

---

**GRUPO DE TRABALHO:  
SEGURANÇA PÚBLICA**

## O PERFIL DO ENCARCERADO BRASILEIRO: UMA RELAÇÃO A PARTIR DA TEORIA DO ETIQUETAMENTO

Michele Mühlbauer<sup>17</sup>  
Sarah Francine Schreiner<sup>18</sup>

**RESUMO:** A população carcerária brasileira ultrapassa a quantia de 750 mil pessoas encarceradas. Ainda, destes números extrai-se o perfil majoritário da população encarcerada no Brasil: aproximadamente 96% deste total são homens, 58% é preto ou pardo, pobre e jovem. Assim, pelo viés estatístico, o problema deste estudo é se a teoria do etiquetamento pode ser percebida dentro do perfil destes encarcerados. Os objetivos desta pesquisa envolvem realizar um levantamento do perfil dos encarcerados no Brasil, dentro de um recorte no gênero masculino, conceituar a teoria criminológica do etiquetamento para então, relacionar através de um recorte de gênero, o perfil dos homens encarcerados no Brasil à teoria do etiquetamento. Adotando a técnica de pesquisa bibliográfica, entendeu-se que a teoria do etiquetamento tem como objeto de estudo a criminalização, ao analisar os mecanismos do controle social, que são ferramentas seletivas e discriminatórias intrínsecas, e observadas no vigente sistema penal no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** Criminalização; Perfil Criminológico; Sistema Prisional; Teoria do Etiquetamento.

### INTRODUÇÃO

De acordo com o INFOPEN, até dezembro de 2019 o Brasil possuía a terceira maior população carcerária do mundo, com mais de 755 mil indivíduos encarcerados. Aproximadamente 96% deste total representa a parcela de homens encarcerados, dentre estes, aproximadamente 66% identificam-se como negros ou pardos, em contrapartida, a população branca corresponde a aproximadamente 32%.

INFOPEN é uma ferramenta que concentra os dados que são fornecidos por todas as unidades prisionais do Brasil, apresentando grande diversidade de dados, que variam desde infraestrutura, administração, até dados sobre a população carcerária, com dados como escolaridade, cor da pele e nacionalidade.

Necessário esclarecer, que, em resumo, a teoria do etiquetamento, ou, como também é conhecida, labelling approach, teoria interacionista ou paradigma da reação social, é

<sup>17</sup> Acadêmica do 5.º ano do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (Univille), *campus* São Bento do Sul - SC. participante do grupo de estudos do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos – NEADH da Univille-SBS. E-mail: michele.mulhbauer@gmail.com.

<sup>18</sup> Advogada, professora da Univille *campus* São Bento do Sul – SC, Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas – PUC-PR (bolsista CAPES), participante do grupo de estudos do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos – NEADH da Univille-SBS. E-mail: sarahfrancine@yahoo.com.br.

um estudo que, diferente das teorias criminológicas clássicas, deixa de ser direcionado à criminalidade, do indivíduo delinquente, passando a estudar o fenômeno da criminalização e suas ferramentas.

Assim, a teoria do etiquetamento defende que a criminalização é consequência de um processo que etiqueta e estigmatiza o indivíduo, tornando-o marginalizado e, conseqüentemente, mais propenso a acusações injustas e discriminatórias. Esse estigma geralmente corresponde às características físicas do indivíduo, como a cor da pele, alguma deficiência ou mesmo o sexo e a sexualidade, e podem ocorrer também devido às condições como classe econômica, o local onde mora, o local de onde veio, até mesmo às roupas que veste.

Em suma, ao verificar os dados estatísticos, tomando como parâmetro características individuais dentro de um recorte sobre o gênero masculino dos indivíduos encarcerados, a preocupação deste estudo é se dentro da possibilidade fática, da teoria do etiquetamento pode ser percebido dentro deste perfil de encarcerados.

Neste trabalho foram utilizados o método indutivo e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica, descritiva, adotando como embasamento teórico os estudos de vários autores que falam sobre o assunto abordado, bem como artigos jurídicos produzidos sobre o tema.

Por fim, o estudo foi organizado com a finalidade de conceituar a teoria criminológica do etiquetamento para, posteriormente, verificar a existência de possível utilização da teoria do etiquetamento, tanto por meio de aspectos do controle social como através da estigmatização de indivíduos encarcerados, tomando por base o recorde de gênero masculino através de dados estatísticos coletados pelo INFOPEN.

## 1. DA TEORIA DO ETIQUETAMENTO

A criminologia, de modo geral, estuda o fenômeno criminal, compreendendo-o por diversos ramos de conhecimento, dentre os principais, sendo a biologia, a psicologia e a sociologia.

No âmbito da sociologia, a denominada teoria macrossociológica dividiu-se precisamente em duas direções de estudos, sendo estes conhecidos como Criminologia do Consenso, cujo objetivo concretiza-se quando suas instituições estão em perfeito funcionamento, os valores identificados e definidos pela sociedade são concebidos no sentido de suprimir quaisquer conflitos que sejam opostos aos valores que são criados basicamente para instituir ambientes onde a harmonia prevaleça na sociedade (CALHAU, 2012, p.58).

Na direção oposta às teorias consensuais, está a teoria do conflito, que defende que a coesão e a ordem nas sociedades dependem de força e coerção para serem cumpridas, apontando ainda a dominação de alguns sujeitos sobre outros, ignorando a existência de valores nos quais a própria força coercitiva está estabelecida (CALHAU, 2012, p.58).

As teorias que compõem a vertente do conflito são o Labelling Approach, Teoria Radical e demais vertentes criminológicas pós-críticas como a Criminologia Feminista (PENTEADO FILHO, 2019, p. 74).

A mais elaborada construção criminológica da fenomenologia é a teoria da rotulação (também conhecida como teoria interacionista ou teoria da reação social), erigida sobre os trabalhos de Edwin Lemert e de Howard Becker, com os acréscimos vigorosos (na área da psiquiatria e da psicologia social), de Ronald Laing (1959), Erving Goffman (1970), Thomas Szasz (1975) e outros. (SANTOS, 2008, 18)

Mais especificamente, a teoria do etiquetamento é classificada como um importante marco dentre as teorias do conflito ao deixar de centralizar seus estudos no fenômeno delitivo em si, focando sua atenção na reação social desencadeada após a ocorrência de um delito, é portanto, uma teoria que surgiu para romper com antigos paradigmas (CALHAU, 2012, p. 75).

A pergunta relativa à natureza do sujeito e do objeto, na definição do comportamento desviante, orientou a pesquisa dos teóricos do labeling approach em duas direções: uma direção conduziu ao estudo da formação da “identidade” desviante, e do que se define como “desvio secundário”, ou seja, o efeito da aplicação da etiqueta de “criminoso” (ou também de “doente mental”) sobre a pessoa em quem se aplica a etiqueta; a outra direção conduz ao problema da definição, da constituição do desvio como qualidade atribuída a comportamentos e a indivíduos, no curso da interação e, por isto, conduz também para o problema da distribuição do poder de definição, para o estudo dos que detêm, em maior medida, na sociedade, o poder de definição, ou seja, para o estudo das agências de controle social. (BARATTA, 2016, p. 89).

Ao considerar a possibilidade de duas direções de pesquisa, pode-se compreender que a primeira direção apontada por Baratta (2016, p. 89) diz respeito ao estudo aprofundado do controle social, presente na sociedade.

Molina e Gomes (2002, p. 320) sustentam que a criminalidade é criada pelo controle social, que é altamente discriminatório e seletivo:

Por isso, o interesse da investigação se desloca do desviado e do seu meio para aquelas pessoas ou instituições que lhe definem como desviado, analisando-se fundamentalmente os mecanismos e o funcionamento do controle social ou a gênese da norma e não os déficits e carências do indivíduo, que outra coisa não é senão vítima dos processos de definição e seleção, de acordo com os postulados do denominado paradigma de controle.

Resumidamente, pode-se compreender o controle social como um conjunto de mecanismos que buscam submeter todos os indivíduos dentro da sociedade às normas de convivência social, como aponta Penteado Filho (2019, p. 25):

Há dois sistemas de controle que coexistem na sociedade: o controle social informal (família, escola, religião, profissão, clubes de serviço etc.), com nítida visão



preventiva e educacional, e o controle social formal (Polícia, Ministério Público, Forças Armadas, Justiça, Administração Penitenciária etc.), mais rigoroso que aquele e de conotação político-criminal.

Em semelhante concepção, Cardoso (2018, p. 20) observa que “o objeto das teorias do labelling approach não é mais a criminalidade, mas a criminalização”, ao passo que a criminalização, por sua vez, pode se desdobrar em criminalização primária, com a definição do que vem a ser classificado e criminalização secundária, onde se atribui o rótulo de criminoso por intermédio da polícia e do poder judiciário.

Nesse sentido, a criminalização primária está presente no controle social informal, sob a influência da família, da escola, religião, mas, talvez principalmente, devido ao poder Legislativo, ao criar leis que determinam o que vem a ser classificado como delito.

Inicialmente, Bacila (2015, p. 38) esclarece que o controle social informal é exercido mediante a manipulação de símbolos e modelos que garantem, também a manutenção do poder.

Portanto, o controle social informal é compreendido como o processo que cria rótulos e estigmas para determinados indivíduos e os insere na sociedade através a família, escola, profissão, legislação, dentre outros.

Em resumo, portar um estigma resulta em um sinal negativo. Como esclarece Bacila (2015, p. 30), “estigma é um sinal ou marca que alguém possui, que recebe um significado depreciativo”.

E esta afirmação é complementada por Carvalho (2015, p. 432), ao afirmar que “o estigma cria um recurso classificatório que permite categorizar pessoas, grupos e locais como normais e anormais, superiores e inferiores, bons e maus”.

O estigma, como característica majoritariamente física do indivíduo traz resquícios da teoria lombrosiana, na qual, por meio de pesquisas antropométricas em prisioneiros e doentes mentais no final do século XIX, tentou-se buscar uma explicação causal para a criminalidade.

A fisionomia dos famosos delinquentes reproduziria quase todos os caracteres do homem criminoso: mandíbulas volumosas, assimetria facial, orelhas desiguais, falta de barba nos homens, fisionomia viril nas mulheres, ângulo facial baixo. Em nossas tabelas fotolitográficas do álbum germânico observar-se-á que 4 entre 6 dos dementes morais têm verdadeiro tipo criminal. Menores são talvez as anomalias no crânio e na fisionomia dos idiotas, em confronto com os criminosos, o que se explicaria pelo maior número de dementes morais, ao menos no manicômio, surgidos na idade tardia, motivada por tifo, etc. Para estes, a fisionomia não teve tempo para tomar feição sinistramente como nos réus natos. (LOMBROSO, 2007, p. 197).

Cesare Lombroso foi um médico psiquiatra italiano que realizou importantes estudos em vários campos, mas especialmente na área da antropologia criminal, onde sustentou, entre outras teses, que a origem da criminalidade é biológica. Não se pode esquecer, no

entanto, que no século XIX, um médico não teria permissão para executar seus estudos na população pertencente à nobreza quando facilmente conseguia realizá-los em criminosos e doentes mentais em prisões e hospitais psiquiátricos, pois, como pontuam Zaffaroni e Pierangeli (2011, p. 263), “Lombroso foi um bom observador dos delinquentes, tanto que iniciou seus estudos a partir da analogia entre os prisioneiros dos cárceres e dos manicômios”, portanto, levava-se em consideração a situação econômico-social dos indivíduos, assim como, principalmente, as características físicas dos indivíduos para que o sujeito fosse definido como criminoso.

O erro de Lombroso consistiu em acreditar que essa feiura era a causa do delito, quando, na realidade, era a causa da prisionização, pois se eles fossem bonitos não estariam no “Atlas”, como Jack, o Estripador, em relação ao qual cabe presumir que, como era bonito, não casava com o estereótipo e nunca conseguiram colocá-lo na prisão. (ZAFFARONI, 2013).

Opondo-se à teoria lombrosiana, a teoria do etiquetamento não é voltada exclusivamente para o indivíduo considerado criminoso, mas sim aos motivos deste indivíduo ser considerado desviante, quem define tais motivos e quais as consequências que estas definições atribuídas ao indivíduo acarretam em sua vida.

No entanto, os estigmas como aspectos negativos aplicados em determinados indivíduos podem trazer uma carga histórica referente não apenas à teoria lombrosiana, mas também às raízes fundantes da sociedade brasileira.

Ou seja, o racismo é uma ideologia que atravessa o tempo e acompanha o desenvolvimento e transformações históricas da sociedade brasileira. (...) O racismo é uma das ideologias fundadoras da sociedade brasileira (BORGES, 2018).

Não obstante, partindo-se para a segunda direção mencionada por Baratta (2016, p. 89), adentrando o âmbito da criminalização secundária, no aspecto do controle social formal, por intervenção das agências dos poderes Executivo e Judiciário, são estabelecidos critérios de interpretação que definem as formas do controle penal na sociedade civil, com a aprovação ou rejeição de políticas legislativas, aumentando ou restringindo as punições dentre os indivíduos rotulados (Carvalho, 2010, p. 60).

O Estado no Brasil é o que formula, corrobora e aplica um discurso e políticas de que negros são indivíduos para se nutrir medo e, portanto, repressão (BORGES, 2018).

Portanto, o sistema penal discrimina os indivíduos advindos das classes socioeconômicas mais humildes, uma vez que, a criminalização primária cria as leis com objetivo principal de imunizar indivíduos de classes sociais elevadas, enquanto a criminalização secundária, munida de preconceitos e com a visão cheia de estereótipos, influenciam a ação dos órgãos

investigadores e judiciais, “tendo em vista que a criminalidade é procurada naqueles estratos sociais normalmente associados à delinquência” (CARDOSO, 2018, p. 28).

Em outras palavras, como declara Carvalho (2015, p. 321), sendo uma conduta definida como delito, “os aparelhos repressivos incidem com maior eficiência em determinadas pessoas e outras ficam imunizadas”.

Isto posto, a teoria do etiquetamento possui natureza social e de definição, e a abordagem de estudo passa a ser a reação social da conduta delitiva praticada, mas, especialmente, visando a reação dentro do sistema penal.

Andrade (1996, p. 4) leciona que o sistema penal não se reduz a um medo conjunto estático de normas penais:

É concebido como um processo articulado e dinâmico de criminalização ao qual concorrem todas as agências do controle social formal, desde o Legislador (criminalização primária), passando pela Polícia e a Justiça (criminalização secundária) até o sistema penitenciário e os mecanismos do controle social.

Desta forma, é verificado que o sistema penal discrimina os indivíduos que são originários dos estratos sociais mais precários, e, aqueles que não fazem jus aos sujeitos etiquetados, criam uma zona de imunização, produzem os conteúdos das leis penais que refletem uma cultura capitalista favorecendo as classes econômicas mais elevadas, pois, não há na legislação penal uma maior ênfase de proteção sobre o patrimônio privado e as formas de desvio típicos dos grupos sociais menos favorecidos, devido ao método de criminalização primária. Enquanto isso, a criminalização secundária reforça os preconceitos e estereótipos que influenciam subconscientemente na ação dos órgãos judiciais e investigadores, uma vez que a criminalidade é procurada nos locais onde se localizam os estratos sociais que são frequentemente associados à delinquência.

Os dados sobre o encarceramento nem sempre tem como pano de fundo a teoria do etiquetamento, sendo este estudo uma tentativa de fazê-lo, por se entender a importância dos dados do sistema carcerário e a complexa estigmatização que a lei penal, em sua aplicação, direciona à determinados grupos. Por este motivo, no ponto seguinte, será examinado o perfil da população masculina encarcerada no Brasil sob o viés da teoria do etiquetamento.

## **2. DO PERFIL DA POPULAÇÃO CARCERÁRIA MASCULINA NO BRASIL**

Uma característica marcante sobre o que a teoria do etiquetamento entende a respeito dos indivíduos enquadrados nos estigmas fornecidos pelo Sistema Penal é o fato de que, independente de culpa ou inocência, após uma prisão, a pessoa recebe uma nova etiqueta, sem que as outras que ele já possuía sejam retiradas: será rotulado criminoso e com isso, estará ainda mais excluído pela sociedade

Resgatando informação anteriormente exposta neste estudo, até dezembro de 2019 a população carcerária no país já passava de 755 mil pessoas, deste total, ao ser feito um recorte de gênero, compreende-se que aproximadamente 96% dos indivíduos representam a parcela de homens encarcerados (INFOPEN, 2019, web).

A partir disso, pode-se perceber que a população carcerária, dentro do recorte realizado para indivíduos do gênero masculino, a faixa etária predominante no cárcere é entre 18 a 24 anos, totalizando 167.105 indivíduos, o que corresponde a aproximadamente 23% (INFOPEN, 2019, web).

Quando verificada a escolaridade dos homens encarcerados no país, mais de 313 mil indivíduos encarcerados não possuem sequer o ensino fundamental completo, isso corresponde a aproximadamente 44% do total. Enquanto os homens que não concluíram o ensino médio correspondem a 14%.

Nesse sentido, apenas 72.146 homens que estavam encarcerados até dezembro de 2019 estavam inclusos em atividades educacionais, com objetivo de completar desde alfabetização até cursos técnicos e de capacitação profissional. (INFOPEN, 2019, web).

Dos aproximadamente 718 mil homens reclusos, cerca de 66% identificam-se como negros ou pardos, em outras palavras, são 438.719 homens que se identificam como negros ou pardos dentro do sistema carcerário, sendo portanto, a maioria da população carcerária. Em contrapartida, a população branca corresponde a 32%, o que corresponde a 212.444 indivíduos, ao passo que existem 1.390 homens indígenas privados de liberdade no país (INFOPEN, 2019, web).

Deste ponto, pode ser observado um determinado padrão bastante específico da estigmatização proporcionada pelo controle social no sistema penal, como observa Borges (2018):

Tanto o cárcere quanto o pós-encarceramento significam a morte social destes indivíduos negros e negras que, dificilmente, por conta do estigma social, terão restituído o seu status, já maculado pela opressão racial em todos os campos da vida, de cidadania ou possibilidade de alcançá-la. (...) A figura do criminoso abre espaço para todo tipo de discriminação e reprovação com total respaldo social para isso. E ao retomarmos os dados que demonstram que há um grupo alvo e predominante entre a população prisional, ou seja, que é considerada criminosa, temos aí uma fórmula perfeita de escamoteamento de um preconceito que é racial primordialmente.

Os dados apresentados mostram o que já era suposto por estudiosos da criminologia e do direito penal, o poder punitivo é algo altamente seletivo, fundado em preconceitos e desrespeita o princípio da igualdade, pois seleciona os indivíduos conforme estereótipos, perseguindo pessoas e não atos ilícitos (ZAFFARONI, 2013).

Deve-se compreender o poder de influência que o sistema criminal possui devido ao controle social, conquistando desta forma contornos mais profundos frente à determinadas classes de indivíduos, “o sistema criminal é construído e ressignificado historicamente,

reconfigurando e mantendo esta opressão que tem na hierarquia racial um dos pilares de sustentação” (BORGES, 2018).

Uma vez que, ao entender que esse processo que etiqueta indivíduos, faz isso como medida para criminalização de indivíduos e não de seus supostos atos ilícitos, e isto se torna claro quando se compreende que nem todos os encarcerados cometeram os delitos dos quais são acusados, assim como não estão encarcerados todos aqueles que cometeram tais delitos.

(...) atualmente o cárcere produz, recrutando-o principalmente das zonas mais depauperadas da sociedade, um setor de marginalizados sociais particularmente qualificado para a intervenção estigmatizante do sistema punitivo do Estado e para a realização daqueles processos que, ao nível da interação social e da opinião pública, são ativados pela pena, e contribuem para realizar o seu efeito marginalizador. (...) O cárcere representa, geralmente, a consolidação definitiva de uma carreira criminosa. (BARATTA, 2016, p. 167)

Portanto, apesar da discriminação social que indivíduos sofrem diversas vezes durante a vida, tornando-os marginalizados, o cárcere é que representa o resultado deste processo estigmatizador e que acaba se agravando após o período de reclusão, devido a etiqueta recém-adquirida de criminoso perante a sociedade, marginalizando ainda mais estas pessoas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Até dezembro de 2019 o Brasil possuía mais de 755 mil indivíduos encarcerados, sendo que aproximadamente 96% deste total representa a parcela de homens encarcerados, e dentre estes 66% identificam-se como negros ou pardos, em contrapartida, a população branca corresponde a aproximadamente 32%.

Juntamente com o importante marco efetuado pela teoria do etiquetamento, que buscou estudar a criminalização e suas ferramentas, compreendeu-se que existem controles sociais que exercem sobre a sociedade uma manipulação subconsciente, por meio de estigmas.

Estes estigmas geralmente são identificados como aspectos físicos individuais, que geram um significado negativo sobre as pessoas estigmatizadas, por vezes relacionados às teorias lombrosianas, que sugeriam que podia-se identificar o indivíduo delinquente apenas observando aspectos fisionômicos.

No entanto, observando características históricas ocorridas no Brasil, ainda existem aspectos históricos que geram estigmas que influenciam ainda mais a sociedade, e isto é perceptível considerando os dados dentro do recorte de gênero, para os homens encarcerados no Brasil.

A despeito da superpopulação carcerária, existe uma elevada disparidade sobre os indivíduos quando constatada existência de aproximadamente 438.719 homens encarcerados que consideram-se negros ou pardos, enquanto este número se reduz à metade quando consideramos a população branca no cárcere (212.444 indivíduos).

Por fim, compreende-se que estigmas como a cor da pele e a condição financeira dos indivíduos é um marcante aspecto da aplicação da teoria do etiquetamento no sistema carcerário brasileiro.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: Mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, vol. 14, 1996.

BACILA, C.R. **Criminologia e Estigmas**: Um Estudo sobre os Preconceitos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 9788522499601. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522499601/>>. Acesso em: 20 abr 2020

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2002.

BORGES, Juliana. **O Que é Encarceramento em Massa**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BUSATO, César, P. Direito Penal - Parte Geral - Vol. 1. 4. edição. São Paulo: Atlas, 2018. 9788597016307. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597016307/>>. Acesso em: 12 mai 2020

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de Criminologia**. 6. ed. Rio de Janeiro. Impetus, 2012.

CARDOSO, Helena Schiessl *et al.* **Criminologia contemporânea**: crítica às estratégias de controle social. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 9788502618428. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502618428/>>. Acesso em: 21 abr 2020

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do Sistema Penal na era do punitivismo (O exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERNANDES, Newton; VALTER FERNANDES. **Criminologia Integrada**. 2. ed. São Paulo: Revan, 2002

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. São Paulo: Ícone, 2007.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias. Atualização Dezembro de 2019. Disponível em: <[https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZD\\_liliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThIMSJ9](https://app.powerbi.com/view?r=eyJrljoiMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJiLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZD_liliwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThIMSJ9)>. Acesso em: 15 abr. 2020.

MOLINA, Antônio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Manual de Direito Penal Parte Geral**. 2. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: volume 1. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

---

**GRUPO DE TRABALHO:  
DIREITO DO TRABALHO E  
PREVIDENCIÁRIO**



## INVOLUÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO: A ERA DA UBERIZAÇÃO JUST IN TIME

Ariane Krause Luvisa<sup>19</sup>  
Luis Felipe do Nascimento Moraes<sup>20</sup>

**RESUMO:** Esse artigo trata da uberização das relações de trabalho que tem como alicerce o modelo *just in time* de produção. O estudo é relevante para a atualidade pois contribui para uma reflexão da possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho com a ascensão de um novo modelo tecnológico que facilita a proliferação de oferta e demanda de trabalho via aplicativo. Seu objetivo é analisar de que forma a uberização está inserida na realidade das relações trabalhistas e de que forma legitima jornadas de trabalho exaustivas. A pesquisa tem abordagem qualitativa, é do tipo bibliográfica, com método dedutivo e aprofundamento explicativo. A uberização atinge inúmeras profissões e sua visibilidade foi possível a partir do implemento da uber no Brasil, porém surgiu totalmente desacompanhada de qualquer proteção ou direito trabalhista, o que leva a permissão de uma jornada de trabalho despadronizada e abusiva sem qualquer observância à saúde do trabalhador.

**PALAVRAS-CHAVE:** Uberização; *Just In Time*; Relações de Trabalho.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objeto a uberização das relações de trabalho na atualidade e o trabalhador *Just in Time* (JIT), por meio da análise da existência do vínculo empregatício, estrutura da plataforma digital Uber e a modernização do método JIT utilizado no tradicional Sistema Toyota de Produções, como consequência dos avanços tecnológicos. O tema é importante em razão da visibilidade que se desenvolveu aos diversos setores da economia e profissões que seguem o mesmo padrão de trabalho dos motoristas por aplicativo, bem como a possibilidade de discussão desse modelo de trabalho que até então era invisível perante a sociedade. A Uber será utilizada como referência para identificar o modo de produção e inserção das empresas similares na uberização do trabalho.

Apesar do discurso de autonomia dos trabalhadores uberizados, o vínculo empregatício deve ser analisado sob a perspectiva do princípio da primazia da realidade, ou seja, a realidade fática, e não sobre o aspecto formal do trabalho (LEITE, 2020; GONÇALVES, 2017; RODRIGUES, 2019). As formas de subsunção do direito do trabalho observadas na plataforma, somente se tornaram possíveis, haja vista, a falta de regulamentação e

<sup>19</sup> Estudante da nona série do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

<sup>20</sup> Professor graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná, pós-graduado em Filosofia Política pela UFPR, e doutorado em Direito pela Faculdade de Direito de La Corunha. Atualmente é professor de graduação e pós-graduação da Universidade da Região de Joinville-SC, Advogado, Sócio da Moraes & Cardoso – Com experiência na área de Direito com ênfase em Direito do Trabalho.

a flexibilização do ordenamento jurídico, para a renúncia de direitos, que até então eram considerados um avanço para a classe trabalhadora, distanciando-os cada vez mais do princípio da dignidade da pessoa humana, como destaca Leite (2020, p. 97), “tal princípio alcança em cheio o direito do trabalho, pois o trabalhador (ou trabalhadora) é, antes de tudo, uma pessoa humana”. A uberização permitiu a transformação do trabalhador em Just in Time inteiramente disponível para produzir de acordo com a demanda da empresa, como observam Martins e Almeida (2019, p.50), “o foco do modelo laboral desenvolvido pela empresa é, assim, o aumento de produtividade, tal qual foi o do fordismo e Toyotismo”.

O artigo descreve, inicialmente os aspectos da uberização e do trabalhador just in time. Em seguida caracteriza a jornada de trabalho e a disponibilidade do trabalhador conforme normas nacionais e internacionais de proteção. Finaliza discutindo os riscos sociais e biológicos da disponibilidade do trabalhador just in time.

## **1. OS ASPECTOS DA UBERIZAÇÃO E DO TRABALHADOR *JUST IN TIME***

### **1.1 O que é a Uberização**

A uberização é uma nova forma de exploração de mão de obra, e que a partir do implemento da Uber se tornou possível o mapeamento e a visibilidade dessa modalidade de trabalho, que se alastra há anos e atinge inúmeras profissões e não somente os motoristas por aplicativo. Realça Abílio (2019) que as revendedoras da Natura, como outras empresas análogas, uma atividade tipicamente feminina que conta com mais de 1,5 milhão de trabalhadoras, seguem o modelo do trabalho uberizado, ou seja, arcam com vários riscos que lhe são transferidos, e a empresa garante a produtividade de forma invisível.

O funcionamento da Uber iniciou em 2009, e atualmente já está em operação em mais de 80 países e 632 cidades, a empresa conta com mais de 600 mil motoristas no Brasil e mais de 3 milhões no mundo (GONÇALVES, 2019). Frisa-se que as inscrições para cadastramento nos aplicativos de entrega como uber, ifood, e outras plataformas que laboram de forma uberizada aumentaram significativamente após o início da pandemia a qual está situada juridicamente em março de 2020, após a decretação da calamidade pública (BRASIL, 2020).

A uberização introduz a ideia de oportunidade dos sonhos para receber uma renda justa, sem grandes formalidades, haja vista que são transformados em empreendedores, e chefes de si próprio (SAMUEL, 2019; VARGAS e MANDALOZZO, 2019). Contudo, o que se tem é a empresa utilizando a força de trabalhos dos motoristas para seu próprio enriquecimento, e ao mesmo tempo se exime de qualquer responsabilidade trabalhista.

Necessária a utilização da analogia do artigo 75-D da Consolidação das Leis Trabalhista, no que se refere à possibilidade de previsão de contrato escrito possibilitando a transferência dos custos da atividade ao empregado (BRASIL, 2017). Consta-se que o

teletrabalho, ao igual que o trabalho uberizado permitem a transferência dos custos e riscos da atividade ao trabalhador.

## 1.2 Relação entre os motoristas e a Uber

Em que pese a plataforma adote o discurso de que seus parceiros sejam autônomos, é necessária uma análise mais detalhada, isto é, verificar o que realmente acontece na execução da atividade. Como destaca Gonçalves (2019), a análise da existência do vínculo empregatício, deve orientar-se pelo princípio da primazia da realidade.

No Brasil, para verificar a existência de relação de emprego, é necessário observar alguns requisitos, os quais estão previstos no artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas, tais como: ser pessoa física, pessoalidade, subordinação, onerosidade e não eventualidade (BRASIL, 2017).

A pessoalidade, se vislumbra através do sistema de cadastro próprio da Uber, que exige ao motorista a apresentação documentos pessoais, de seu veículo, bem como a adesão dos termos de conduta determinados pela empresa. Conforme Baboin (2017, p. 338) “esse sistema limita a prestação de serviços pelo carro e pelo motorista previamente identificados, impossibilitando a substituição de mão de obra sem o consentimento empresarial”. Assim, resta evidente o impedimento de transferir demandas a terceiro, sem que esse haja realizado seu pré-cadastramento no aplicativo.

A subordinação, em que pese o discurso de autonomia do trabalhador uberizado, se observa pelo alto controle que a plataforma exerce em face do motorista, uma vez que, o motorista está completamente subordinado as regras da empresa, ao modelo de produção, e não possui a autonomia de determinar o preço das corridas, nem escolher seus clientes (ABÍLIO, 2019). A empresa se coloca “dentro” do motorista, o qual trabalha pela produção, porém não domina seu centro.

A onerosidade se identifica pela razão do motorista vender sua força de trabalho utilizando seu veículo para realizar a atividade-fim da plataforma, por um valor já precificado, com a finalidade de manter sua subsistência. Salienta-se ainda, que pouco importa para o cliente quem prestará o serviço eis que, contrata os serviços prestados pela Uber, e o motorista somente realiza uma contraprestação do mesmo, e partir de então, recebe sua remuneração pela plataforma que retém porcentagens de cada corrida realizada (AQUINO e PASQUALETO, 2019; BABOIN, 2017).

A não eventualidade, há de ser analisada, pela perspectiva do motorista profissional, que exerce a atividade como seu meio principal de subsistência. Não se exige limite de jornada aos motoristas, a qual se verifica, pela exaustão, visto que devem estar em disponibilidade o maior tempo possível, pois a Uber funciona 24 horas durante 7 dias da semana (MONTEIRO, 2019). Destaca-se ainda, que não há de se falar de não eventualidade, pois sem a total disponibilidade dos trabalhadores de forma recorrente a empresa não lucra.

### 1.3 Trabalhador *Just in Time*

Primordialmente, há de se destacar, que o Just in Time é um tradicional método de produção do Sistema Toyota, trata-se de um sistema industrial desenvolvido no Japão que levou esse nome por ter sido instalado na fábrica da Toyota pós segunda guerra mundial, o modelo se baseia, na produção sobre demanda com o intuito de evitar o excesso de produção, ou melhor, se produz apenas quando necessário e de forma imediata. Conceitua Monden (2015, p. 29) que a meta do JIT é “produzir os itens necessários na quantidade necessária no momento necessário”.

Essas características pouco se diferem da uberização, tal como observa Martins e Almeida (2019), o foco da Uber é o aumento de produtividade, diminuição de custos, assim como foi o Toyotismo, porém superior, ou seja, a empresa dispersa os riscos e custos da produção ao trabalhador, e elimina os tempos ociosos, transformando o trabalhador em mero instrumento de produção. Assim, o que antes era escondido atrás da relação de emprego, hoje está maquiado atrás da falácia de autonomia.

Ressalta-se, a existência de uma flexibilização do tradicional critério de tempo à disposição, o qual inicialmente é considerado como tempo de serviço o período em que o empregado esteja à disposição, aguardando ou efetivamente executando ordens (BRASIL, 2017). O novo conceito, considera como tempo de serviço o tempo efetivamente trabalhado, eliminando completamente o tempo que o empregado fica à disposição sem produzir e gerar lucros para a empresa.

As transformações desse critério clássico, advém do discurso da impossibilidade de controle e empreendedorismo, que geram a indistinção do que é ou não tempo de trabalho (ABÍLIO, 2019), sendo totalmente descartado o tempo disponível, ou seja, o trabalho se vê inteiramente ligado com o consumo, pois o trabalhador somente será remunerado na medida em que o consumo ocorre.

## 2. A JORNADA DE TRABALHO E A DISPONIBILIDADE DO TRABALHADOR CONFORME NORMAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO

### 2.1 Jornada do trabalhador ‘Uberizado’

A definição da jornada de trabalho em tempos de uberização, trouxe um novo conceito para as relações trabalhistas, principalmente pelo fato de sua duração não estar mais ligada ao tempo de trabalho e sim com a quantia obtida por dia. Importante ressaltar, que a Uber, constantemente envia mensagens para os motoristas, para de forma obscura aumentar a jornada dos motoristas, nesse sentido observa Bianchi (2019, p. 29) “dentre as técnicas usadas, há mensagens que tentam convencer o motorista a aceitar a próxima corrida antes de encerrar a atual, além de alertas de que o motorista está prestes a conseguir

determinada quantia de dinheiro naquele dia”. Esses truques utilizados de formas quase invisíveis, influenciam o motorista a trabalhar cada vez mais, e de forma habitual.

A disponibilidade do trabalhador just in time é essencial para o entendimento do funcionamento desse modelo de trabalho. Tem-se, um trabalhador que é utilizado na medida exata da demanda, o qual deve estar disponível pelo maior tempo possível, sendo somente remunerado nos momentos de efetiva força de trabalho (BABOIN, 2017; ABÍLIO 2019). Dessa forma, se têm a remuneração somente no momento que o trabalhador efetivamente presta o serviço, ou seja, o tempo que leva de uma corrida ou outra, e as horas paradas ficam totalmente ao encargo do motorista, ainda, podem ficar por horas disponíveis sem receber nenhuma corrida, como expõem Vargas e Mandalozzo (2019, p.89) “é possível que um motorista encerre uma viagem e imediatamente inicie outra, enquanto outro, mesmo estando próximo, não seja solicitado nenhuma vez”. Evidencia-se um protótipo do trabalho precário, pois mesmo estando disponível o motorista não tem o mínimo garantido

Acrescente-se, o fato dos trabalhadores não terem mais sentimentos de pertencimento a um grupo, dessa forma, gera o enfraquecimento dos sindicatos, e a perda de muitos dos direitos trabalhistas, observam Andrade e Dantas (2017, p.) “o enfraquecimento dos sindicatos aumenta a precariedade nos contratos pois o trabalhador individualmente, cede, dando espaço à autorregulação”.

A reforma trabalhista de 2017 influenciou o processo de fragilização dos sindicatos, abrindo espaço para formas desreguladas de contratação, que dificultaram a mobilização dos sindicatos para assegurar os direitos das classes trabalhadoras invisibilizadas, tal como os trabalhadores uberizado, nessa esteira entende Galvão (2019, p. 255). “A proliferação de contratos atípicos amplia a vulnerabilidade dos trabalhadores e dificulta a ação sindical, já que esses trabalhadores são dificilmente representados pelos sindicatos”.

Em tempos de pandemia, as empresas inseridas no âmbito digital, tiveram um aumento significativo de downloads e inscrições, ou seja, com o crescimento de número de entregadores houve um aumento de oferta e os motoristas anteriormente inseridos foram obrigados a aumentar sua carga de trabalho, o que gerou uma baixa significativa na remuneração (ABÍLIO et al, 2020). Percebe-se que a disseminação do vírus gerou um aumento da precarização para esses trabalhadores que passaram a ser considerados como parte dos serviços essenciais, porém sem medidas de segurança e saúde adequadas.

## **2.2 Normas de proteção internacionais e nacionais**

Inicialmente cumpre destacar que as relações de trabalho que seguem o modelo da uberização são totalmente carentes de proteção, haja vista a falta de regulamentação de normas passíveis a garantir os direitos dos trabalhadores uberizados. Como observam Martins e Almeida (2019, p. 47) “o trabalho dos motoristas da uber, no entanto, não possui, até o presente momento, uma regulamentação específica quanto à natureza laboral em si”.

Para tanto, é necessário enquadrar as normas e princípios já existentes de forma a dar um tratamento adequado a esses trabalhadores não protegidos. Inclusive, deve-se utilizar-se da hermenêutica, para que os direitos fundamentais trabalhistas sejam aplicados ao trabalhador *latu sensu*, ou seja, a proteção deve alcançar todos os trabalhadores e não somente aqueles que são considerados empregados formalmente (PESSOA, 2019).

A Constituição Federal prevê em seu artigo 7º diversas garantias fundamentais ao empregado, e em que pese os trabalhadores da uber não estejam enquadrados no critério clássico de empregado, alguns incisos do referido artigo devem ser analisados de forma ampla, de modo a alcançar os trabalhadores. As garantias salariais, regras sobre duração de trabalho, repouso semanal, proteção a maternidade e paternidade, a redução de riscos à saúde, devem ser observadas como fundamentais de maneira *latu sensu*, alcançando dessa forma a todos os trabalhadores (PESSOA, 2019).

A preocupação com a saúde do trabalhador remonta há anos, e, como já observou Monteiro (2019, p.71) “o Tratado de Versalhes, de 1919, em seu art. 427, IV, já trazia o limite de jornada de trabalho, a qual deveria ser de 8 horas diárias ou 48 semanais”. De acordo com a Declaração de Filadélfia de 1944 firmada pela OIT o trabalhador não deve ser tratado como mercadoria, regulamento o qual a plataforma não observa, visto que, a todo momento trata seus ‘parceiros’ como mercadorias, remunerando-os somente pelo tempo em que foram utilizados, e sendo aproveitados como meio para a sua produção (ALVES 2019, MONTEIRO 2019). Essa forma pejotizada de tratamento gera uma objetificação do trabalhador, ou seja, esses passam a ser tratados como caldeiras, máquinas de uma linha de produção e não como seres humanos que tem personalidade, limitação física e psíquica.

A lei nº 13.640/18 procurou regulamentar a forma de trabalho da Uber e em seu artigo 11-A, exigiu a sua inscrição como contribuinte individual, tipificação leva a entender que se trata de trabalhadores autônomos e caminha contra os preceitos determinados pela plataforma (ALVES, 2019). Em que pese essa exigência, a lei em momento algum caracterizou essa classe de trabalhadores como autônomos, e simples menção de exigência como segurado contribuinte individual não deve ser parâmetro para tal.

### **3. RISCOS SOCIAIS E BIOLÓGICOS DA DISPONIBILIDADE DO TRABALHADOR *JUST IN TIME***

#### **3.1 De que forma a plataforma contribui para os riscos do trabalhador *Just in Time***

As relações de trabalho inseridas no modelo da uberização, priorizam a produtividade, e para que isso seja possível, as plataformas on-line buscam intensificar o trabalho e o controle exercido a seus subordinados, por meio da falsa ideia de autonomia escondida atrás de uma exploração sem limites da mão de obra. Além desses métodos a plataforma busca monopolizar os setores econômico de forma a baratear cada vez mais os custos da

força de trabalho dos motoristas, como explica Abílio (2019, p. 23) “buscam monopolizar setores econômicos, concorrem entre si, além de rebaixar permanentemente o valor da força de trabalho nos setores onde se estabelecem”.

A maneira que a uber exerce sua performance permite a não observação das normas de proteção ao limite de jornada de trabalho (MONTEIRO, 2019), isto porque, a plataforma necessita de uma multidão de trabalhadores o maior tempo possível para exercer de maneira eficaz sua atividade empresarial. A possibilidade de apropriação de todo e qualquer tempo livre do trabalhador, se tornou possível pois o estado permitiu que a plataforma se mantenha na zona de clandestinidade.

### 3.2 Os riscos Sociais e Biológicos da ‘Uberização’

A uberização como novo modelo de trabalho a ser seguido, redefiniu o que é acidente e adoecimento do trabalho, haja vista, que essa modalidade permite a superexploração e o supercontrole dos trabalhadores, principalmente dos mais vulneráveis, por meio de jornada mais extensas e falta de segurança (OLIVEIRA, 2020). Apesar do grande risco que os motoristas correm, não há qualquer recolhimento previdenciário pela plataforma, assim, a priori, os trabalhadores não têm a possibilidade de receber benefícios como auxílio-doença ou benefício acidentário.

É possível identificar três riscos associados aos trabalhadores vinculados a plataforma on-line, o primeiro tem uma relação ínfima com as condições de trabalho no trânsito com o uso permanente no celular, por conseguinte, a longa jornada também é um fator importante, pois a Uber exige a máxima disponibilidade de seus trabalhadores, por fim o sistema de avaliação leva ao estresse extremo do motorista (KEMMELMEIER, 2019). Acrescenta-se que todos esses fatores reunidos levam a uma degradação tanto da saúde física como psíquica dos trabalhadores e ainda o distanciamento familiar pelo fato de viverem para trabalhar.

Nessa esteira, se vislumbra inclusive a possibilidade de efetivação do caso em tela do caráter preventivo da ação regressiva acidentária, que objetiva além do ressarcimento do valor, uma forma de coerção quanto a negligência da empresa frente às normas de segurança do trabalho (MACIEL, 2013), se vê totalmente desamparado e fora de utilização, dando cada vez mais liberdade a empresa e prejudicando a cada dia mais a sociedade.

Ainda, tem-se um trabalhador totalmente desamparado pelo seu empregador, pelo fato de não ter possibilidade de qualquer comunicação direta, permanecendo o sentimento indiferença da empresa (BRAGA, 2019). Portanto, pelo fato de os motoristas somente terem acesso ao aplicativo e a respostas robotizadas, muitas vezes essas soluções são insuficientes para problemas reais do dia a dia, e devem lidar com acidentes, roubos, entre outros riscos, sem qualquer amparo por uma pessoa real.

Frequentemente, os trabalhadores são colocados em constante competição, com a

introdução da ideia de fazer mais, se superar, ganhar sempre a maior pontuação, para poder ser um empreendedor de sucesso (PILEGIS, 2019). Ademais, pelo fato de acreditarem ser empresários, devem se sujeitar ao aumento de 'parceiros' da uber e como consequência o aumento de competitividade estimulada pela própria plataforma.

Conforme o entendimento, do TRT12<sup>a</sup>, a jornada exaustiva dos motoristas pode causar acidentes e até a morte do trabalhador, tendo em vista a jornada abusiva e exaustiva no trânsito (BRASIL, 2016).

DANOS MORAIS. JORNADA EXAUSTIVA. Gera direito à indenização por dano moral a conduta do empregador que incentiva o empregado motorista de carro de saúde a praticar jornadas de trabalho exaustivas, sem observância dos descansos semanais, submetendo-o a condições degradantes de trabalho, que colocam em risco não só a sua saúde e vida, mas também a dos pacientes que o acompanham e a de outros cidadãos que percorrem as rodovias nacionais.

Todos esses fatores, geram angústia, ansiedade, frustração, distanciamento social e medo nos trabalhadores uberizados, pois como 'empreendedores', são obrigados a escolher entre sua vida pessoal e profissional, nesse sentido, a uberização impulsiona a eliminação da personalidade e da saúde em favor da produtividade "a respeito do seu papel no processo de alienação 'do ser' em prol do trabalhador e do 'estar com saúde' em prol da produtividade" (BRAGA, 2019, p.129). Além do fato da plataforma gerir todo o controle do modo e execução do trabalho, o seu único risco é patrimonial, diferentemente do empregado, que está sujeito a deterioração de sua integridade física e mental, ou seja, novamente o capital é colocado acima da saúde do trabalhador sem qualquer limitação.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Uber permitiu a visibilidade a uberização, bem como ressignificou as relações de trabalho que se alastram há anos e atinge inúmeras profissões. Os trabalhadores uberizados em que pese não se tratar dos moldes clássicos de relação de emprego, possuem todos os requisitos exigidos para serem reconhecidos como tal: não eventualidade, subordinação, onerosidade e pessoalidade.

Ao mesmo tempo surge com a uberização a possibilidade a transformar o trabalhador em pura força de trabalho produzido na medida exata tal como é o modelo just in time. Essa adequação se tornou possível haja vista a maquiagem de empreendedorismo, que permite a transferência dos riscos da atividade aos trabalhadores.

Além disso, a jornada não está mais relacionada ao tempo de trabalho e sim à quantia obtida por dia, o que gera o labor muito superior ao que os trabalhadores estavam acostumados. Acrescente-se o fato, de que a plataforma se exime de regular a jornada por opção estratégica, considerando ser extremamente mais vantajoso e lucrativo esse 'autogerenciamento'.



Conquanto, o trabalhador é usado na medida exata da demanda e a plataforma necessita do maior número de trabalhadores pelo maior tempo possível, pois seu funcionamento depende diretamente disso. A plataforma é totalmente conivente com a forma pejetizada em que os trabalhadores uberizados estão expostos, posto que, exploram a mão de obra sem limites, monopolizam para baratear cada vez mais a mão de obra, e se apropriam de todo e qualquer tempo livre dos trabalhadores.

Conseqüentemente, temos um trabalhador totalmente degradado psicologicamente e fisicamente sem qualquer proteção, utilizado somente para gerar lucro ao capital. De certo o Direito do Trabalho deve acompanhar as evoluções e ampliar o alcance dos direitos previstos para evitar o seu próprio perecimento.

## REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: novos meios de informalização do trabalho. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula S. Campos. **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTR, 2019.

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: a era do trabalhador just-in-time. **Estudos Avançados**, v. 34, n. 98, p. 111-126. Disponível em: <http://orcid.org/0000-0002-2332-8493>. Acesso em: 10 ago. 2020.

ABÍLIO, Ludmila Costhek. Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. **Psicoperspectivas**, v. 18, n. 3, p. 41-51. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol18-issue3-fulltext-1674>. Acesso em: 11 agos. 2020.

ALVES, Eliete Tavelli. **Parassubordinação e uberização do trabalho**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

ANDRADE, Daniela Rafael de; DANTAS, Rodolfo Lima. **Uber: a oportunidade dos sonhos ou pesadelo do direito do trabalho**. São Paulo: Editora LTR, 2017.

AQUINO, Gabriela Marcassa Thomaz de; PASQUALETO, Olivia de Quintana Figueiredo. Uberizado é empregado? O que diz a justiça do trabalho no Brasil: um mapeamento das decisões judiciais sobre a (im) procedência do pedido de reconhecimento de vínculo empregatício entre o motorista e a Uber do Brasil Tecnologia Ltda. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula S. Campos. **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTR, 2019.

BABOIN, José Carlos de Carvalho. Trabalhadores sob demanda: o caso uber. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 83, n.1, p. 330-362, mar. 2017.

BIANCHI, Daniel. Autônomos ou autômatos? A contradição entre o conceito de trabalho uberizado e a situação dos motoristas de uber. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula S. Campos. **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTR, 2019.

BRAGA, Cyntia Santos Ruiz. Contribuições da psicodinâmica e da psicologia social do trabalho para a saúde do motorista da uber. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula S. Campos. **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTR, 2019.

BRASIL. Decreto legislativo n.º 6, de 20 de março de 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Acesso em: 25 set. 2020.

BRASIL, Presidente da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 30 jun. 2020.

BRASIL, Presidente da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 1.º out. 2020.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. Recurso Ordinário nº 0000266-55.2014.5.12.0060, da 1.ª Câmara, DANOS MORAIS. JORNADA EXAUSTIVA. Gera direito à indenização por dano moral a conduta do empregador que incentiva o empregado motorista de carro de saúde a praticar jornadas de trabalho exaustivas, sem observância dos descansos semanais, submetendo-o a condições degradantes de trabalho, que colocam em risco não só a sua saúde e vida, mas também a dos pacientes que o acompanham e a de outros cidadãos que percorrem as rodovias nacionais, 21 mar. 2016. Disponível em: [http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao\\_hit?&q=id:1884586](http://www.trt12.jus.br/busca/acordaos/acordao_hit?&q=id:1884586). Acesso em: 25 set. 2020.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula S. Campos. **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTR, 2019.

GAIA, Fausto Siqueira. **Uberização do trabalho**: aspectos da subordinação jurídica disruptiva. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2019.

GALVÃO, Andréia *et al.* Reforma trabalhista: a precarização do trabalho e os desafios para o sindicalismo. **Cad. CHR**. v. 36, n. 86, p. 253-270, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.9771/ccrh.v32i86.30691>. Acesso em: 19out. 2020.

GONÇALVES, Flávio Leme. Os motoristas vinculados a aplicativos e o direito do trabalho: necessária coletivização do debate. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula S. Campos. **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTR, 2019.

GONÇALVES, Marcio Toledo. Uberização um estudo de caso: as tecnologias disruptivas como padrão de organização do trabalho no século XXI. **Revista LTR**, São Paulo, v. 81, n. 3, p. 319-331, mar. 2017.

KEMMELMEIER, Carolina Spack. Plataformas digitais de trabalho on demand e direito à saúde. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula S. Campos. **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTR, 2019.

KREIN, José Dari; et alii. Flexibilização das relações de trabalho: insegurança para os trabalhadores. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, Campinas, v. 52, p. 41-46, jun. 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. Minha Biblioteca. Disponível em: [https://integrada.minha\\_biblioteca.com.br/#!/books/9788553610419/cfi/29!/4/2@100:0.00](https://integrada.minha_biblioteca.com.br/#!/books/9788553610419/cfi/29!/4/2@100:0.00). Acesso em: 04 mar. 2020. 936 p.

LIMA, Jacob Carlos; BRIDI, Maria Aparecida. Trabalho digital e emprego: a reforma trabalhista e o aprofundamento da precariedade. **Cad. CHR**. v. 32, n. 86, p. 325-342, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.9771/ccrh.v32i86.30561> Acesso em: 18 agos. 2020.

MARTINS, Murilo; ALMEIDA, Victor Hugo de. A precarização dos direitos trabalhistas no modelo laboral uber. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula S. Campos. **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTR, 2019.

MISKULIN, Ana Paula S. Campos. Uber: da ficção à realidade- considerações iniciais sobre a natureza de suas atividades e da relação jurídica que mantém com passageiros e motoristas. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula S. Campos. **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTR, 2019.

MONDEN, Yasuro. **Sistema Toyota de produção**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582602164/cfi/443!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 03 mai. 2020. 516 p.

MONTEIRO, Daniele Domingos. O trabalho sob demanda: uberização das relações de trabalho e os desafios do direito do trabalho. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula S. Campos. **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTR, 2019.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães. Uberização das relações de trabalho: uma proposta de aplicação dos direitos trabalhistas fundamentais. *Revista de Direito do Trabalho*, v. 198, p. 299-312. DTR-2019-77. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a000001744b7b252b096ca5&docguid=Id7ebd2501ba911e9aebf010000000000&hitguid=Id7ebd2501ba911e9aebf010000000000&spos=2&epos=2&td=7&context=17&crumbaction=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 01 out. 2020.

PILEGIS, Olga Regiane. Saúde mental e trabalho em plataformas uber: precarização e desproteção. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula S. Campos. **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTR, 2019.

RODRIGUES, Carlos Alexandre. A uberização das relações de trabalho. **Revista Dos Tribunais Online**, v. 996, p. 311-341, out. 2018.

SAMUEL, Pedro Alberto Cardoso. Breve análise sobre a uberização da relação de trabalho dos motoristas por aplicativo. **Revista Fórum Justiça do Trabalho**, Belo Horizonte, v. 36, n. 429, p. 45-59, set. 2019.

VARGAS, Daniella Aparecida Molina; MANDALOZZO, Silvana Souza Neto. Precarização e incerteza da remuneração dos trabalhadores da uber. *In*: FELICIANO, Guilherme Guimarães; MISKULIN, Ana Paula S. Campos. **Infoproletários e a uberização do trabalho**: direito e justiça em um novo horizonte de possibilidades. São Paulo: LTR, 2019.

## A COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA TRABALHISTA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO DA GIG ECONOMY

Crislaine Felipe Heindrickson<sup>21</sup>  
Janaína Silveira Soares Madeira<sup>22</sup>

**RESUMO:** O presente estudo visa demonstrar a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar os casos ligados a Gig Economy. A importância do tema se dá em razão de que o labor nas plataformas digitais cresceu consideravelmente nos últimos tempos, estando em constantes modificações. As empresas de tecnologia como *Uber*, *We do Logos* realizam a mediação de milhares de contratos de trabalho, sem a caracterização do vínculo de emprego, inserindo empregadores nesse ambiente econômico globalmente denominado como *Gig Economy*, assim, imperioso o estudo da competência material da Justiça do Trabalho para conhecer, processar e julgar essas novas demandas judiciais. A metodologia utilizada é qualitativa, do tipo bibliográfica onde ficam demonstrados os debates doutrinários e legislativos sobre o tema, bem como através de pesquisa jurisprudencial. Por fim, o estudo confirma que a competência para apreciar os casos da *Gig Economy* é da Justiça do Trabalho.

**PALAVRAS-CHAVE:** Competência Material; Justiça Trabalhista; *Gig Economy*; Relação de Trabalho; Relação de Emprego.

### INTRODUÇÃO

A estruturação do trabalho foi reorganizada com a indústria 4.0, integrando como peça fundamental ao ser humano a flexibilidade e atenção às novas tecnologias, que emergem a cada minuto no mundo globalizado. Tecnologias estas que inserem inovações no que se refere a prestação do trabalho (FELSTINER, 2011), e tem como elemento característico a desfiguração da hierarquia entre patrão e seu empregado no chão de fábrica, para delegar o controle à uma máquina, que se utiliza de algoritmos específicos para controlar as etapas do trabalho. Nesta seara, surgem novos postos de trabalho, que não se podiam prever há cerca de duas décadas e já se tornaram indispensáveis para o mundo atual.

O contexto referido acima é descrito globalmente como gig economy, e nele se encontram formas de trabalho pela internet que se subdividem em duas espécies, o crowdwork e work on-demand. O crowdwork advém do modelo fordista de trabalho que é organizado pela divisão de diversas etapas de um serviço completo, criando uma grande cadeia de empregos menores que vão do mais simples com pouco tempo a ser dispendido na sua elaboração. Já no work on-demand o objeto do trabalho é um serviço que tem de ser realizado externamente com exigência ainda, de pessoalidade. (ALOISI, 2016, FELSTINER, 2011 e STEFANO, 2017).

<sup>21</sup> Estudante da quinta série do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

<sup>22</sup> Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

As duas esferas que estão direcionadas ao aporte das questões oriundas da gig economy são a Justiça Comum Estadual, uma vez que se trata da prestação de serviços onde existe prestador e consumidor, e a Justiça Trabalhista que detém do poder para dirimir questões de trabalho especificadamente em relação ao tomador de serviços (CALVET, 2007). Desta forma, é importante avaliar os requisitos específicos que configuram ambas as relações para, enfim, demonstrar qual a competência para dirimir os conflitos.

Ainda restam dúvidas sobre algumas questões envolvendo os gig workers, os quais são retratados e até mesmo se autodenominam como autônomos. Por isso, é importante ressaltar que a figura do autônomo só é real quando inexistente subordinação, pois caso na realidade aconteça situações em que fique caracterizada a relação de emprego: pessoa física, subordinação, pessoalidade, não eventualidade e onerosidade (DELGADO, 2017), ele se torna um trabalhador que necessita da proteção do direito celetista. Desta feita, os trabalhadores autônomos que prestam serviços para uma empresa e que se encontram em uma relação de hipossuficiência, quando em alguma situação de não poder obter resolução diretamente com a empresa tomadora, poderão acionar a Justiça do Trabalho para dirimi-la. Neste sentido, o objetivo central da pesquisa é demonstrar que se antes as relações trabalhistas poderiam ser alvo de dúvidas a respeito de competência jurisdicional, a EC 45/2004 trouxe para a Justiça do Trabalho competência para julgar até mesmo o direito dos autônomos.

O presente estudo começa abordando as novas formas de trabalho inseridas no cenário conhecido por gig economy, destacando os dois subgêneros principais de trabalho, em seguida no segundo item, se resgata reflexões sobre as relações de trabalho perante os direitos fundamentais, princípios e regulamentações no direito brasileiro, após tais informações, o terceiro tópico confirma a competência da Justiça Trabalhista para processar e julgar as relações de trabalho advindas da gig economy.

## **1. AS NOVAS FORMAS DE TRABALHO DEFINIDAS COMO GIG ECONOMY**

Ao passo que as grandes revoluções aconteceram na sociedade, modificada foi a forma que encaramos o trabalho: em alguns momentos são tomados como forma de sobrevivência; para algumas pessoas, um fardo; e atualmente em diversas culturas, objeto dignificador do ser humano (MIGGLIACCIO FILHO, 1994). Num mundo voltado às conexões, é possível que um aplicativo através de um algoritmo conecte o prestador de serviço ao cliente final. Assim, a tecnologia de empresas guiada pela internet que conecta pessoas, transforma-se em um grande mercado de bens e serviços, e é chamada por Rifkin (2016) de 'Internet das Coisas'.

Neste sentido, a nova face da internet está levando o capitalismo típico ao fim e chegou um ponto da humanidade que o custo na produção está sendo elevado a quase zero e as grandes empresas de capital estão entrando em declínio (RIFKIN, 2018). Em contrapartida,

esse ideal de economia a custos mínimos que atende ao princípio da dignidade humana está longe do alcance da sociedade, se não for guiado adequadamente por meio de bases sustentáveis.

O reflexo negativo da internet das coisas na sociedade, àquela que demonstra prosperidade quando consegue atender a todos os pedidos do mundo com preços arrasadores, está no incentivo ao trabalho que ainda não possui regulamentação onde esteja estabelecida formas de garantia à dignidade humana da pessoa num cenário tão livre e abusivo (ABILIO, 2017; BARZOTTO e LANNER, 2019). Assim, enquanto não normatizado adequadamente, os trabalhadores permanecerão expostos a exploração, guiados pela necessidade de se manter no mercado superlotado de trabalho.

### 1.1 Os aspectos da *gig economy*

No cenário descrito acima, foi encontrado um novo termo emergindo nas redes, *gig economy*, que pode ser traduzido livremente para ‘economia dos bicos’. O Dicionário de Cambridge a conceitua como “uma forma de trabalho baseada em pessoas que têm empregos temporários ou fazem atividades de trabalho freelancer, pagas separadamente, em vez de trabalhar para um empregador fixo”<sup>23</sup>. Assim, com a intensificação dos trabalhadores informais no mercado de plataformas virtuais, a jurisprudência sobre caracterização do prestador autônomo fica à prova, uma vez que as novas formas de trabalho refletem questões importantes que envolvem o princípio da realidade dos fatos correlacionado aos elementos caracterizadores do vínculo de emprego.

Este princípio vislumbra garantir que quando existir divergência entre documentos e fatos, seja primeiramente aplicada a realidade das ocorrências práticas do trabalho, destarte, fica declarada a superioridade da situação fática da relação de trabalho acima da forma (DELGADO, 2017; PONTES, 2010; RODRIGUEZ, 2000). Neste contexto, a primazia da realidade sendo aplicada na *gig economy*, evidencia que muitos trabalhadores que acreditam ser autônomos, na verdade são como empregados, pois possuem todas as características que a lei define a respeito de tal condição de trabalho.

Entre os trabalhadores da *gig economy* foi designado o termo *gig workers*, pessoas que utilizam a internet se inserir em um nicho ou mais do mercado a fim de ganhar uma renda complementar, ou até mesmo, integral. Porém, algumas implicações à que se expõe os *gig workers* são entendidas no direito como precarização das relações de trabalho (OLIVEIRA, 2011, DELGADO, 2007). O termo se originou antes ainda do surgimento das plataformas digitais de trabalho no Brasil, mas foi alavancado por elas, e recentemente emergiu com mais forças no contexto da Uber, tanto que no Brasil, é chamada de ‘uberização’. Sendo

---

<sup>23</sup> Dicionário de Cambridge (*gig economy*) “A way of working that is based on people having temporary jobs or doing separate pieces of work, each paid separately, rather than working for an employer” (tradução livre).

que tal precarização é resultado de uma inversão de responsabilidades e, segundo Stefano (2017, p. 2), “pode acontecer por meio do uso de relações de trabalho disfarçadas ou dos falsos autônomos, de forma a fraudar as regulações trabalhistas e de seguridade social ou obrigações fiscais que podem estar atreladas exclusivamente à relação de emprego”. Nesse sentido, quando a sociedade começa a se distanciar dos direitos que elas mesmo lutaram pra conquistar, fica evidenciado o quão grave se mostra a precarização das relações trabalhistas.

Ainda, dentro das relações de trabalho gig foi observado que existem duas espécies, o crowdwork, que fica caracterizado por pessoas que se conectam aos clientes através de plataformas online, cumprindo trabalhos ou tarefas de maneira unicamente virtual e o work on-demand via aplicativos, que se diferencia no sentido de que a realização do trabalho é por meio da presença física do agente, mas da mesma forma que a anterior, o trabalhador é guiado pela plataforma virtual até o cliente.

O crowdwork é um termo evolutivo da relação ‘crowdsourcing’, que é justamente a terceirização de um serviço, onde a empresa delega a uma pessoa ou a um grupo, que faça trabalhos quais não são focos na sua atividade principal (HOWE, 2006). Assim, o crowdwork necessita dessa ferramenta unicamente virtual, e essa relação se dá quando o trabalhador escolhe o trabalho, a forma que quer realizá-lo e o tempo que pode aplicar por este motivo, a plataforma é uma facilitadora que proporciona o encontro entre trabalhador e cliente, ainda, cabe ressaltar que não existe encaminhamento pelo site, ele apenas torna visível quem precisa trabalhar e quem precisa de um determinado serviço (BARZOTTO e LANNER, 2019; STEFANO, 2017).

Um exemplo de plataforma brasileira que facilita essa interação entre cliente e fornecedor é a We do Logos, nesse site o interessado se cadastra e abre um concurso, onde irá pagar para que desenvolvam uma arte para sua marca ou produto, depois, declarara um campeão e só então irá pagar pelo serviço, desembolsando o valor para o site, que tomará porcentagem em favor de si e o restante repassará ao desenvolvedor da arte.

A outra espécie de trabalho é chamada work on-demand via apps (trabalho por demanda via aplicativos), neste formato de trabalho o serviço é disponibilizado por meio da internet, porém ele se concretiza na vida real. A forma laboral nessa seara se tornou crescente, pois traz facilidades ao dia-a-dia das pessoas, onde fica possível com o intermédio de um aplicativo no celular se ter um serviço de transporte de passageiros, facilitar o encontro de um prestador de serviços de limpeza ou até mesmo solicitar entrega de comida (STEFANO, 2017). O work on-demand tomou grandes proporções quando a empresa Uber Technologies Inc. lançou um aplicativo capaz de organizar caronas entre motorista e passageiro, tendo parâmetros de tempo e distância com base em informações disponibilizadas online.

Pode-se dizer que a solução encontrada nesse tipo de trabalho liberal em meio a economia subdesenvolvida, denota a supressão de direitos dos cidadãos. Destarte, o



'empreendedor' que não detém de um meio para desenvolver seu serviço ou que o faz sem a finalidade de obter uma melhor colocação do mesmo, na verdade é um trabalhador comum mas que não detém daqueles direitos que foram objetos de luta para serem adquiridos (OLIVEIRA, 2011; CHAVES JÚNIOR e MENDES, 2008). Assim, a flexibilização pretendida acaba por demonstrar que mais uma vez, formas de trabalho que surgem desprotegidas acabam se tornando novas modalidades precarizadas dentro das relações trabalhistas (ABILIO, 2017).

## **2. O TRABALHO NA FORMA DA GIG ECONOMY E AS RELAÇÕES DE EMPREGO**

O advento da modernidade evidenciou situações que permeiam o direito do trabalho mas se mostram além da forma de contratos típicos, cujos quais se descrevem com exatidão a função do empregado, a jornada de trabalho e demais situações de um trabalho 'celetista'. Assim, o labor pode estar ligado a outras formas contratuais que não exalam as figuras de empregado e empregador, e por motivos específicos afastam a obrigação de direitos e deveres do vínculo de emprego.

### **2.1 Elementos caracterizadores de vínculo de emprego**

Para caracterizar a relação de emprego, a Consolidação das Leis do Trabalho estabeleceu no seu artigo 3º os requisitos essenciais, quais são: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação (BRASIL, 2017). Assim, quando constatada qualquer relação de trabalho fática onde se preencha tais requisitos, poderá o trabalhador exigir vínculo empregatício e os direitos a que importam tal qualidade de trabalho celetista (DELGADO, 2017). Na falta de qualquer um deles não será possível configurar a relação de emprego, pois fica demonstrado que o trabalhador consegue ter poder para dirimir sua relação frente ao tomador.

O contrato de emprego advém de uma relação mista pessoal e patrimonial, visto que existe uma confiança recíproca de fidelidade na pessoa do empregado e também do empregador, e ainda, econômica pois o fim almejado é o valor a ser recebido com a prestação de serviços (MARTINS, 2009). Desta forma o empregado assume obrigação de fazer porque receberá remuneração, e o empregador paga pela atividade que se constituirá através da relação de compromisso entre os dois.

O primeiro requisito fixada na CLT é a pessoalidade, em que pese, o trabalhador precisa necessariamente ser pessoa física, pois os bens tutelados na CLT importam somente à elas, assim, a relação de emprego se dá pelo vínculo entre a pessoa do trabalhador, que não pode ser substituída por qualquer outra pessoa na constância do contrato de trabalho, e o próprio empregador, sendo este pessoa física ou jurídica. Se o obreiro for pessoa que não seja natural, poderá ser concretizada uma prestação de serviços, ou ainda empreitada, por exemplo. (DELGADO, 2017; MARTINS, 2009).

A onerosidade se dá pelo valor atribuído ao trabalho do empregado, Basile (2018, p. 40) colaciona que a onerosidade “se fará presente sempre que o tomador dos serviços se comprometer ao cumprimento de uma obrigação, seja de pagar (dinheiro ou utilidade), de dar, de fazer ou de não fazer”, assim sem remuneração não existe relação de emprego.

O terceiro requisito é a não eventualidade. Uma vez que o empregado assume a obrigação de fazer através da prestação de serviços ao tomador, o contrato de trabalho está vinculado ao tempo de serviço justificável que deve ser despendido (BASILE, 2018; DELGADO, 2017).

A subordinação é o item essencial para bem evidenciar o vínculo de emprego, pois entre o empregador e empregado deve existir uma dependência hierárquica. O fator subordinação é por exemplo, critério para diferenciar o autônomo do empregado, pois o autônomo é contratado pelo seu trabalho que é objeto final do acordo de vontades, independentemente da forma que o faça, enquanto o empregado segue as ordens emanadas pela empresa para exercer o trabalho e o tempo que deverá dispor (GOMES e GOTTSCHALSK, 2012). Assim, está enraizado em seu contrato de trabalho que o empregador detém o direito e dever de dirimir as situações que ocorram no exercício do trabalho, portanto, não cabe ao empregado elaborar o método de serviço.

Neste mesmo sentido, o código de leis trabalhistas demonstra que além da superioridade hierárquica do tomador, a ele fica a incumbência dos riscos do negócio. Na parte final do artigo 2º está descrito o que se entende por alteridade do empregado, onde demonstra que o empregado é alheio ao que o empregador espera em seus rendimentos, o tomador de serviços deve arcar com o salário que foi estabelecido independentemente de obter lucros (MARTINEZ, 2016, MARTINS, 2012).

## **2.2 Os trabalhadores da *Gig Economy***

A onda de flexibilização das leis trabalhistas trouxe à tona uma gestão de crise dentro do setor econômico, pois se o fim almejado era de proporcionar a criação de novos postos de trabalho, a flexibilização, ao contrário, trouxe insegurança tanto profissional quanto mental aos trabalhadores. Com o advento das relações de trabalho da *gig economy*, começaram a surgir as mais diversas questões sobre a situação do trabalhador, pois ao mesmo tempo que ele detém de flexibilidade para atingir seus objetivos, através de um trabalho neoliberal ou autônomo, a ele também se atribui os riscos do negócio (ABILIO, 2017; OLIVEIRA, 2011).

Acontece que os tomadores de serviço, por vezes, buscam se esquivar dos deveres da relação de empregador e empregado arguindo que não é vantajoso contratar alguém para prestar alguns serviços e ter que despende de uma grande parcela em pagamento de encargos trabalhistas, previdenciários e tributários (STEFANO, 2017). A partir desta suposição, fica evidenciada a importância de adunar a realidade fática das relações de

trabalho aos requisitos do vínculo empregatício pois apenas assim o âmbito protecionista da lei poderá se manifestar atendendo ao fator que o originou: amparar o hipossuficiente.

No aspecto prático, os gig workers são autônomos que não precisam de proteção através de garantias celetistas, pois cada um utiliza de sua própria energia, conhecimento e tratamento para a atividade e ainda, por este motivo tem sua responsabilidade para responder em face do consumidor. A partir disso, a relação da gig economy até então conceituada, nos mostra que é necessário haver três figuras para concretizá-la: o trabalhador, o cliente final e uma empresa intermediária entre ambos, a qual em via de regra, se estabelece como uma organização de serviços tecnológicos que determina os meios. Assim, resta ao jurista demonstrar a situação do gig worker perante os pressupostos do vínculo de emprego entre o prestador e a empresa tomadora no caso concreto (DELGADO, 2017).

Conforme aponta Delgado (2017, p. 373), “fundamentalmente, trabalho autônomo é aquele que se realiza sem subordinação do trabalhador ao tomador dos serviços. Autonomia é conceito antitético ao de subordinação”, logo, para que os gig workers se firmem como empreendedores na legislação brasileira, será necessário que se exclua qualquer situação fática que poderia se traduzir no requisito de subordinação. Apesar de haver situações em que se demonstre o critério de subordinação que é elemento chave para caracterização do vínculo, é uma forma que se encontra em uma linha muito tênue entre a situação de ser autônomo ou empregado, e se trata de um conceito de subordinação estrutural (CHAVES JUNIOR e MENDES, 2008) que não está recepcionado no direito brasileiro. Atualmente o critério de subordinação adotado é o jurídico, que decorre do contrato de trabalho firmado entre as partes (GOMES e GOTTSCHALK, 2012).

De todo o exposto, salienta-se ainda que a matéria sobre relações de trabalho derivadas dos meios digitais é nova e carece ainda de debates pois precisam serem melhor reguladas. A OIT (Organização Internacional do Trabalho) declarou que está buscando novas formas de benefícios para serem aderidas ao contrato de prestação de serviços digitais pois, conforme se depreende do estudo, ainda não há consenso entre os que defendem indubitavelmente a vinculação de emprego e os que ao contrário, defendem que não há nenhum tipo de característica de empregado. Se tratando de uma nova forma de organização do trabalho é necessária que se haja a discussão para que o patamar civilizatório mínimo que foi conquistado ao longo de muitas décadas não se perca em função do desenvolvimento tecnológico, que deve servir a população, e não o inverso (BARZOTTO e LANNER, 2019; OIT, 2015).

### **3. A COMPETÊNCIA MATERIAL DA JUSTIÇA DO TRABALHO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO DA GIG ECONOMY**

Ao passo que as novas modalidades de trabalho causam impactos diversos na esfera jurídica, o jurista deve se readequar para bem auxiliar a justiça. Desta forma, a Justiça do Trabalho foi instituída a partir do momento em que se verificou a necessidade de dirimir as

questões atinentes ao direito trabalhista de uma forma diversa do comum, com princípios norteadores que denotam a razão especial da matéria e de alguns elementos intrínsecos do processo, em favor de uma massa trabalhadora que carecia de proteção. Desta feita, à luz de sua criação, regulava apenas lides que envolviam a situação derivada do contrato de trabalho típico, porém com o crescimento de outras relações de trabalho, teve que se readequar (LEITE, 2019).

### 3.1 Emenda Constitucional 45/2004

A redação do caput do artigo 114, da Constituição Federal, entregava à Justiça do Trabalho somente os conflitos derivados das relações de emprego. Desta forma qualquer outro fato que fosse ligado a relações de trabalho mas que não fossem especificadamente entre empregado e empregador teria de seguir para a Justiça Comum. Com a reforma, o referido artigo se dispôs em nove incisos, ficando o primeiro deles na função de expandir tal competência, amparando todas as relações de trabalho. Entende-se, portanto que o objeto da alteração no artigo 114 da CF/88, que dispõe sobre competência *ratione materiae*, se verifica no labor humano, em função da disposição de energia própria na realização de atividade à outrem mediante remuneração (BASILE, 2018; SARAIVA, 2018).

Assim, resta destacar que os elementos caracterizadores do vínculo empregatício, mencionados até então, não são mais os direcionadores para à justiça especializada. O requisito para uma situação ser verdadeiramente colacionada a relação de trabalho é o de que o prestador tem de ser uma pessoa natural, que aplica seu trabalho em função de verba alimentar, para um tomador de serviços que pode ser tanto pessoa natural quanto jurídica ou ente despersonalizado (LEITE, 2019; BASILE, 2018).

Com a alteração, indagou-se sobre como ficariam os casos nebulosos em que haviam fatos de direito do consumidor ao mesmo tempo em que presenciavam relações de trabalho. Nesse contexto, a doutrina majoritária responde que deve se ter em mente o polo hipossuficiente, pois a justiça especializada ao se deparar com o caso concreto precisa ter esclarecido a existência das figuras: prestador, consumidor e tomador. Assim, imperioso diferenciar o conceito de consumidor, aquele, de acordo com art. 2º do CDC, é o destinatário final, e tomador, que conforme Calvet (2011) é “mero utilizador da energia de trabalho para consecução da sua finalidade”. Tal discussão chegou ao STJ que ditou a súmula 363 do STJ, definindo que compete à justiça estadual processar e julgar a ação de cobrança ajuizada por profissional liberal contra cliente, portanto, o entendimento vastamente sedimentado já traçou os limites entre relação de trabalho e de consumo. Nesse sentido, só haverá relação de trabalho quando o serviço dispendido pelo trabalhador for em favor do tomador, que utiliza do serviço realizado para viabilizar sua própria atuação empresarial.

Com relação ao gig worker, ele é um trabalhador que está no limbo entre o autônomo e o empregado sobre a qualidade da prestação de serviço, a reforma trabalhista resolveu

por enraizar o aspecto da figura de profissional autônomo à ele. Em virtude da introdução do artigo 442-B da CLT, relações de, por exemplo, motoristas de aplicativo se tornaram mais difíceis de serem protegidas, e estão direcionados a uma colocação autônoma. O novo artigo preceitua que o trabalhador autônomo “com ou sem exclusividade, de forma contínua ou não” será totalmente desvinculado de situações empregatícias (FRANCO FILHO, 2019).

A justiça em diversas partes do mundo está buscando a melhor saída para o caso da ‘uberização’, e no Brasil não é diferente, e ainda não existe entendimento sedimentado sobre o tema. Nos tribunais de segundo grau do país, o tema da caracterização de vínculo empregatício, se encontra em destaque pela disparidade de decisões, em alguns conotando o vínculo e em outros não. Ressalta-se a importância do tema, que chegou ao TST através do RR 1000123-89.2017.5.02.0038 que negou a caracterização de vínculo.

Superando o impasse o vínculo de emprego, em um processo onde o tema envolvia a UBER que havia retirado o ‘parceiro’ de seu aplicativo, o Supremo Tribunal de Justiça sustou competência para julgar e ainda tratou da matéria de esfera do trabalho, como bem demonstra o Conflito de Competência 164544 / MG:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INCIDENTE MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C.C. REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E MORAIS AJUIZADA POR MOTORISTA DE APLICATIVO UBER. RELAÇÃO DE TRABALHO NÃO CARACTERIZADA. SHARING ECONOMY. NATUREZA CÍVEL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO ESTADUAL. (CC 164.544/MG, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/08/2019, DJe 04/09/2019). (grifo da autora).

No entanto, como demonstra o presente estudo, não cabe a outro tribunal, se não o especializado, julgar casos sobre relação de trabalho. O que se abstrai do Conflito de Competência acima, é a declaração de competência em razão da matéria para julgar o conflito pois se tratava de reparação civil, e desse modo não estaria contrariando dispositivo legal. No entanto, o STJ sugere que o motorista não detém relação de trabalho com a empresa, e tal matéria não cabe a apreciação da Justiça Comum, e sim a Justiça do Trabalho. Assim, o órgão julgador ultrapassou o limite da sua decisão pois adentrou no em assunto de apreciação da Justiça Trabalhista (FRANCO FILHO).

Os conceitos abordados, de ‘empregado’, ‘trabalhador’ ou ainda ‘autônomo’, que se referem aos gig workers, retratam uma forma pura e geral de relação de trabalho, e por este motivo tem sua competência material firmada na Justiça trabalhista. Desta forma, quando retratada situações em que o trabalhador, atua como figura hipossuficiente da relação, uma vez que ingressa contra o tomador de serviços, não haverá qualquer dúvida em face de competência *ratione materiae*: a Justiça do Trabalho, é a correta. Conforme entendimento majoritário que decorre de décadas de estudo nos tribunais brasileiros, a competência independe de haver um contrato formal de trabalho, avulso, prestação de serviços, autônomo ou tantos outros que se difundem no ordenamento, se encontrados

os requisitos que demonstrem a qualidade de relação trabalhista, encontrará amparo na justiça do trabalho.

## PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O objeto de pesquisa parte de uma análise jurisprudencial sobre o rumo que as questões advindas do trabalho que utilizam como base aplicativos e sites estão tomando, e principalmente, qual é a competência para julgamento da lide, visto que há duas possibilidades, sendo elas a Justiça Comum ou Justiça Trabalhista.

Trata-se de uma pesquisa que utiliza o método dedutivo, uma vez que parte de premissas pré-estabelecidas a fim de encontrar uma solução para o problema apresentado (NASCIMENTO, 2012). Nesse sentido, através de uma abordagem qualitativa, as informações serão elucidadas no sentido de demonstrar aspectos que por vezes não são claros a respeito da temática. A pesquisa é realizada a partir de bibliografia sobre o tema, através de obras, artigos, revistas e jornais, tanto físicos como eletrônicos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A gig economy é uma forma de trabalho que está em uma linha tênue entre a autonomia e a parassubordinação, que decorre de processos modernizados, mesmo que de forma precarizadas, do labor humano, atribuindo aos gig workers a execução de serviços a um custo relativamente baixo, quando pensados a médio e longo prazo. De tal relação, considerada previamente com trabalho autônomo, surge discussões acerca da caracterização de vínculo de emprego, fatos de consumo e prestação de serviços.

A partir de uma situação onde há relação de trabalho enquanto gênero, fica instituído pela EC nº 45/2004, a competência da Justiça Trabalhista para julgar a demanda. Desta forma, mesmo que a lide não se trate da matéria de direito trabalhista, ela é a encarregada de processar a ação, pois é a mais especializada, uma vez que analisará o feito a partir de princípios diferentes da justiça comum, garantido que a balança da justiça seja efetivada.

## REFERÊNCIAS

ABÍLIO, Ludmila Costhek. **Uberização do trabalho: subsunção real da viração**. Passa Palavras, Campinas, 2017. Disponível em: <https://passapalavra.info/2017/02/110685>. Acesso em: 31 ago. 2020.

ALOISI, Antonio. *Commoditized Workers. Case Study Research on Labour Law Issues Arising from a Set of 'On-Demand/Gig Economy' Platforms*. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Vol. 37, No. 3, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2637485>. Acesso em: 08 jun. 2020.

BARZOTTO, Luciane Cardoso; LANNER, Maíra Brecht. Declaração do centenário da Organização Internacional do Trabalho e a proteção do trabalhador digital no paradigma da fraternidade. **E-Revista Internacional de la Proteccion Social**, v. 4, 2019. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/206910>. Acesso em: 30 mar. 2020.

BASILE, César Reinaldo Offa. **Coleção Sinopses Jurídicas 27 - Direito do trabalho: teoria geral, contrato de trabalho e segurança e saúde no trabalho**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522466153/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 10 ago. 2020.

CALVET, Otavio Amaral. A nova competência da Justiça do Trabalho: relação de trabalho x relação de consumo. **Revista LTR**, v. 69, nº 1, 2007. Paginação Irregular.

CHAVES JUNIOR, José Eduardo de Resende; MENDES, Marcus Menezes Barberino. Subordinação Estrutural – Reticular e Alienidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n. 32, Jus Laboris, TST. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/104201/2008\\_mendes\\_marcus\\_subordinacao\\_estrutural.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/104201/2008_mendes_marcus_subordinacao_estrutural.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em: 03 mai. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2017. 1697 p.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo. **(Re) Descobrimo o Direito do Trabalho: gig economy, uberização do trabalho e outras reflexões**. Disponível em: [https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2019/O\\_TRABALHO\\_NA\\_GIG\\_ECONOMY\\_-\\_Jota\\_2019.pdf](https://www.anamatra.org.br/images/DOCUMENTOS/2019/O_TRABALHO_NA_GIG_ECONOMY_-_Jota_2019.pdf). Acesso em: 01 set. 2020.

FELSTINER, Alek. *Working the crowd: employment and labor law in the crowdsourcing industry*. **Berkeley Journal of Employment & Labor Law**, v. 32. Disponível em: <https://doi.org/10.15779/Z38Z92X> Acesso em: 01 abr. 2020.

FERRER, Catharina Martinez Heinrich; MOLICA, Rogério. Direito de concorrência e UBER. **Revista Argumentum**. v. 18, n. 3. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/508/251>. Acesso em 11 jun. 2020.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Uberização e trabalho autônomo**. Revista Ltr: legislação do trabalho, São Paulo, SP, v. 83, n. 10, p. 1162-1166, out. 2019. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/168670>. Acesso em: 10 set. 2020.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. **Curso de Direito do Trabalho**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4913-6/pageid/0>. Acesso em: 07 ago. 2020.

HOWE, Jeff. The rise of crowdsourcing. **Wired**, 06 jan. 2006. Disponível em: <https://www.wired.com/2006/06/crowds>. Acesso em: 08 jun. 2020.

MIGLIACCIO FILHO, Rubens. Reflexões sobre o homem e o trabalho. **Revista de Administração de Empresas**. São Paulo, v. 34, p. 18-32, 1994. ISSN 0034-7590. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-75901994000200004&Ing=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901994000200004&Ing=en&nrm=iso). Acesso em: 18 mai. 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618125/cfi/189!4/2@100:0.00>. Acesso em: 21 ago. 2020.

NASCIMENTO, Luiz Paulo do. **Elaboração de projeto de pesquisa**: Monografia, dissertação, tese e estudo de caso, com base na metodologia científica. Minha Biblioteca. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522126293/first>. Acesso em: 01 jul. 2020.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio. A (re)significação do critério da dependência econômica: uma compreensão interdisciplinar do assalariamento em crítica à dogmática trabalhista. **Acervo Digital**. UFPR. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/26169/Murilo%20S.Oliveira.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 03 abr. 2020.

OIT. *The future of work centenary initiative*. **International Labour Organization**, 2015. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_369026.p](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_369026.p). Acesso em: 04 set. 2020.

PIRES, Adriano Roque. A Expressão 'Relação de Trabalho': o atual alcance da competência '*ratione materiae*' da Justiça do Trabalho. **Revista Jus Populis**. v. 1, p. 188-208, 2015.



PONTES, Luciana Moura Araújo Cardoso. Princípio da primazia da realidade no direito do trabalho: a atuação do juiz-investigador. In: Pamplona Filho, Rodolfo; Cerqueira, Nelson; Santana Júnior, Gilson Alves. (Org.). **Metodologia da pesquisa em Direito**. 1ª. ed. Salvador: [s.n.], 2010, v. II, p. 373-385. Disponível em: <http://www.revistametodologiaufba.xpg.com.br/arquivos/artigo027.pdf>. Acesso em: 20 mai. 2020.

RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero**. M. Books do Brasil Editora. São Paulo. 2016. 20 p.

STEFANO, Valerio de. *The rise of the 'just-in-time Workforce': on-demand work, crowdwork and labour protection in the 'gig-economy'*. **International Labour Office (ILO), Conditions of Work and Employment Series**, n. 71. SSRN. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2682602>. Acesso em: 30 de abr. 2020.

STJ. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CC: 164.544/MG, Relator: Ministro Moura Ribeiro, 2ª Seção. Data de assinatura: 28/08/2019. **STJ**. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1857953&num\\_registro=201900799520&data=20190904&formato=HTML](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1857953&num_registro=201900799520&data=20190904&formato=HTML). Acesso em: 10 set. 2020

TOSS, Luciane; EINLOFT, Denis. Uber: uma abordagem crítica. **Democracia e mundo do trabalho em debates**. 2017. Disponível em: <http://www.dmtemdebate.com.br/uber-uma-abordagem-critica/>. Acesso em: 04 set. 2020.

TST. RECURSO DE REVISTA. AIRR: 10575-88.2019.5.03.0003, Relator: Ministro Alexandre Luiz Ramos, 4ª Turma, Data de Assinatura: 11/09/2020. **TST**.

UBER. **Termos e Condições Gerais Dos Serviços De Tecnologia**. Acesso em: 10 jun. de 2020.

## A UTILIZAÇÃO DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS PARA A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NOS CASOS MARIANA E BRUMADINHO/MG

*José Carlos Heiler<sup>24</sup>*

*Luis Felipe do Nascimento Moraes<sup>25</sup>*

**RESUMO:** O presente estudo aborda os maiores acidentes trabalhistas já noticiados no Brasil ocorridos, respectivamente em Mariana e Brumadinho/MG. A importância do tema está pautada na compreensão dos meios utilizados pelo Ministério Público do Trabalho para efetivação dos direitos trabalhistas. Para tanto, se examina as ações civis públicas e a importância do referido instrumento na tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como as medidas que estão sendo tomadas para que acidentes destas proporções não voltem a acontecer. O desenvolvimento deste estudo foi através do método dedutivo e pesquisa qualitativa, uma vez que foram utilizadas referências bibliográficas encontradas em livros, revistas, jornais, bem como a análise das legislações nos casos acima mencionados. Atualmente, no que tange a reparação dos danos decorrentes do acidente socioambiental ocorrido em 2015, verifica-se que parte da quantia depositada pela empresa Samarco S.A., a título de execução de multas, está sendo destinada ao Município de Mariana/MG para o enfrentamento da COVID-19. Quanto aos processos de reparação resultantes da tragédia ocorrida em Brumadinho/MG, houve a formalização de termo aditivo na Justiça do Trabalho de Betim/MG, objetivando ampliar o prazo de adesão ao acordo entabulado entre o MPT, Defensoria Pública da União e os Sindicatos contra a Reclamada Vale S.A. Observa-se que o processo de reparação dos atingidos pelo “mar de lama” ocorre de forma muito lenta e longe de chegar a resolução completa. Ademais, constata-se que há uma fragilidade nas legislações que tratam da segurança de barragens e do próprio poder público.

**PALAVRA-CHAVE:** Ministério Público; Ação Civil Pública; Processo do Trabalho; Efetividade dos Direitos Trabalhistas

### INTRODUÇÃO

O presente estudo baseia-se na atuação do Ministério Público do Trabalho e a utilização das Ações Civis Públicas para a efetivação dos direitos trabalhistas. Portanto, possui o escopo reflexivo e comparativo, uma vez que busca por meio de casos práticos, verificar quais direitos e garantias trabalhistas efetivamente foram assegurados após o rompimento das barragens em Mariana e Brumadinho/MG; maiores acidentes trabalhistas da história do Brasil.

Neste contexto, o Ministério Público do Trabalho tem atuado como representante das partes em ambos os casos, possuindo a prerrogativa de propor inquérito civil, medidas liminares e Ações Civis Públicas, além da possibilidade de propor diversos recursos

<sup>24</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

<sup>25</sup> Professora Mestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

e cumprimentos de sentença na esfera laboral, visando tutelar direitos sociais de forma coletiva.

Neste íterim, passados mais de 04 anos, do fatídico desastre ocorrido na barragem de Fundão em Mariana/MG, onde trabalhadores tiveram suas vidas ceifadas, exsurtem diversos questionamentos.

Embora o Ministério Público do Trabalho e demais órgãos atuantes tenham unido esforços para amparar as famílias e a população das regiões afetadas, na prática, denota-se que pouca coisa efetivamente mudou após a “vitória” do MPT na Justiça. O mesmo se verifica quanto ao rompimento da barragem “Mina do Feijão” localizada no Município de Brumadinho/MG, passado um pouco mais de 01 ano do acidente.

## **1. AS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NO PROCESSO DO TRABALHO**

Diante dos crescentes conflitos de massa decorrente das transformações sociais, econômicas, tecnológicas e culturais da sociedade pós-moderna, houve a necessidade da criação pelo Estado de mecanismos que viabilizassem o acesso coletivo à justiça laboral. Neste íterim, denota-se que o sistema de acesso à justiça adotado em nosso país, resultante da concepção processual individualista dos Estados liberais se revelaram insuficientes e ineficazes para solucionar os referidos conflitos, em virtude da criação dos chamados novos direitos.

Assim, as Ações Civis Públicas ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro para salvaguardar tais direitos, porém, de forma ainda restrita, por meio da Lei Complementar n. 40/81 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. Posteriormente, foi instituída a Lei 7347/1985, constituindo seu objetivo precípua a tutela dos interesses difusos específicos. Com a constitucionalização do processo, houve uma ampliação das hipóteses de cabimento da referida ação, permitindo ao Ministério Público a defesa de outros interesses difusos e coletivos.

Portanto, a partir da Carta Magna de 1988, houve uma preocupação no tocante a prestação jurisdicional efetiva e a duração razoável do processo os quais se consolidaram ainda mais com a positivação do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/1990) e a Lei Complementar 75/93, formando assim, um sistema integrado de proteção dos direitos metaindividuais. Deste modo, para melhor elucidar o tema, cumpre transcrever as palavras de Melo (2012, p. 151),

Após o advento da Constituição Federal de 1988, que alterou as funções do Ministério Público do Trabalho e, mais precisamente, com a Lei Complementar n. 75/93, que as regulamentou, é que começaram a ser ajuizadas as ações coletivas preventivas para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos no âmbito da justiça especializada.

Com efeito, mesmo sendo elevada ao caráter constitucional, tais mecanismos não tiveram aceitação desde logo pelos operadores do direito, e mesmo após as recentes reformas no âmbito laboral, também não houveram previsões acerca das Ações Cíveis Públicas na seara trabalhista, necessitando para tanto a utilização subsidiária de outras fontes normativas que não a própria CLT. Segundo Leite (2017, p. 187),

A jurisdição trabalhista metaindividual compreende, na verdade, um microsistema de acesso difuso, coletivo ou individual homogêneo dos trabalhadores à Justiça do Trabalho, cuja fonte normativa primária não é a CLT, e sim algumas normas que estão positivadas na Constituição, na LACP, no CDC e na LOMPU.

Assim, conforme preleciona o art. 769 da CLT, uma vez omissa a norma processual do trabalho, serão utilizadas legislações esparsas como fonte subsidiária do direito comum. Ou seja, para que o referido instituto fosse utilizado na esfera laboral, mostrou-se plausível que as referidas leis fossem utilizadas. Ademais, após as alterações do Código de Processo Civil, houve a necessidade de um parecer da Subseção Especializada em Dissídios Individuais do Tribunal Superior do Trabalho, no que tange a alguns aspectos concernentes à aplicabilidade ou inaplicabilidade da legislação processual civil ao processo do trabalho em caso de omissão, e desde que haja compatibilidade com as normas e princípios do Direito Processual do Trabalho, tal situação culminou na edição da Instituição Normativa 39 de 2016.

## **2. DIREITOS DIFUSOS, COLETIVOS E INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.**

Cumprido destacar alguns conceitos concernentes aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, posto que tais conceitos definem a natureza e a titularidade do bem jurídico tutelado, afirmando ainda que os titulares desses direitos deverão estar ligados por alguma circunstância de fato, conforme se depreende das palavras de Neto, “direitos ou interesses difusos são transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81, parágrafo único, I, Lei 8.078)” (2015, p. 1278).

Já os direitos coletivos de natureza transindividual, apresentam-se como aqueles que podem ser compartilhados por vários titulares ligados por uma mesma relação fática ou jurídica, ou ainda podem ser caracterizados pelo fato de permitir que haja uma substituição no acesso individual à justiça viabilizando um acesso coletivo aos jurisdicionados, evitando uma insegurança jurídica. Assim, nas palavras de Garcia (2008, p.107),

Por meio de apenas uma ação, várias pessoas passam a ter a mesma pretensão defendida em juízo. Isso sem dúvida representa economia processual de relevo, possibilitando-se maior celeridade na entrega da tutela pelo Poder Judiciário, decorrente da redução do número de demandas propostas. Além disso, questões iguais passam a ter a mesma solução (decisão), fortalecendo a segurança jurídica e a confiabilidade na prestação jurisdicional.

De outro modo, são considerados interesses individuais homogêneos aqueles que por suas características podem ser divididos e os seus titulares serem perfeitamente identificáveis. Neste sentido, o que caracteriza o direito como individual homogêneo é a origem comum, não importando se existe um vínculo ou uma relação jurídica que una os titulares dos direitos reciprocamente ou com a parte contrária, bastando para tanto, que sejam decorrentes das mesmas circunstâncias de fato. Nesta esteira, preceitua Diniz (2017, p. 298) que,

São interesses ou direitos individuais homogêneos 'os decorrentes de origem comum' (inciso III do art. 81). 'Encontram-se reunidos por essa categoria de interesses os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato.

Quanto ao direito material coletivo, denota-se que o direito difuso pertence a uma comunidade formada por pessoas indeterminadas. Por outro lado, o direito coletivo pertence a um grupo de pessoas compondo uma comunidade de indivíduos e o direito individual homogêneo seria entendido como aquele pertencente a uma comunidade de pessoas individualizadas, ou seja, um conjunto de vítimas ligadas pelas mesmas circunstâncias de fato.

Portanto, verifica-se que frente aos constantes conflitos de massa, houve a necessidade da criação de instrumentos capazes de permitir o acesso coletivo à tutela jurisdicional. Assim, as ações civis públicas na seara trabalhista apresentam-se como importante instrumento de efetivação dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos permitindo com isso a efetivação dos direitos sociais coletivos.

### **3. CASO MARIANA E BRUMADINHO - OS MAIORES ACIDENTES DO TRABALHO REGISTRADOS NO BRASIL**

Segundo dados colhidos do site oficial da Associação Nacional de Medicina do Trabalho, cerca de 4,2 milhões de casos de acidente do trabalho foram registrados no Brasil de 2012 até 2018, sendo que destes 15.768 resultaram em morte. Contudo, nenhum empreendimento causou danos com tamanhas proporções como as tragédias provocadas pela Vale S.A. ocorridas em Minas Gerais, representando os maiores acidentes trabalhistas já noticiados no Brasil.

Em pesquisa realizada na Ação Civil Pública nº 0012054-83.2017.5.03.0069, a empresa Samarco, controlada pelas acionistas Vale S/A e BHP Billiton Brasil Ltda são solidariamente responsáveis pelo empreendimento e pela tragédia que ceifou a vidas dos trabalhadores do complexo minerário Germano. O referido complexo contava com cerca de 2800 empregados diretos e a mesma quantia de trabalhadores terceirizados. Ao todo, em torno de 50 milhões de m<sup>3</sup> de rejeitos extravasaram da barragem de Fundão culminando na morte de 19 pessoas, dentre estas, 14 empregados terceirizados da Samarco e 05 moradores da região, uma vez que no percurso da lama estava o subdistrito de Bento Rodrigues que fora devastado pelos rejeitos, deixando grande parte da população desabrigada de forma direta.

Importante mencionar que, o referido dano extrapolou os limites do ambiente laboral propriamente dito. Por meio de dados colhidos da Revista Brasileira de Medicina do Trabalho, a lama de rejeito tóxica atingiu os afluentes do Rio Doce, percorrendo 36 cidades, além de comprometer o abastecimento de água da população mineira, prejudicou a pesca dos ribeirinhos.

Ademais, pessoas que viviam da agricultura tiveram seu arrimo de família totalmente destruído. Não bastasse tamanha destruição, após a suspensão das atividades pelos órgãos competentes, a empresa iniciou um Plano de Demissão Voluntária, objetivando reduzir 40% de sua folha de pagamento, para tanto, perpetrou a dispensa de 900 trabalhadores, tal conduta, ampliou ainda mais as consequências trabalhistas geradas pelo “mar de lama”. Ao tratar de acidentes do trabalho que se tornam tragédias, Freitas e Silva (2019) observam que,

Ao terem origem nos processos produtivos relacionados à mineração e à disposição dos seus rejeitos, constituem-se primariamente como acidentes de trabalho (ATs) combinados com impactos que se ampliam no espaço (centenas de quilômetros além do local de origem) e no tempo (alterações ecológicas e contaminações cujos efeitos podem se prolongar por anos e décadas), denominados por alguns de acidentes de trabalho ampliados (APAs). Ao mesmo tempo, ao produzirem interrupções e rupturas no cotidiano dos territórios onde ocorrem, com grandes perdas e danos (materiais, econômicos e ambientais) e impactos na saúde das populações que sobrepujarem as capacidades de respostas das comunidades, municípios e regiões mais diretamente atingidas, constituem-se também como desastres.

Igualmente, a Lei 8213/1991 estabelece que, qualquer infortúnio decorrente do trabalho que resulte em lesão corporal ou perturbação funcional que acarretar em morte ou perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho é denominada acidente do trabalho, equiparando-se para os efeitos da referida lei, as doenças profissionais ou ocupacionais, bem como aquelas situações ligadas ao trabalho que, embora não tenham sido a única causa, tenham contribuído diretamente para a morte do segurado, para redução ou perda de sua capacidade para o trabalho ou produzindo lesão que exija atenção médica para sua recuperação, incluindo ainda os acidentes sofridos pelo segurado no local e no

horário do trabalho, em razão de situações como, desabamento, inundação, incêndio e outras condições decorrentes de caso fortuito ou força maior.

Sendo assim, a tragédia ocorrida em Brumadinho/MG no dia 25 de janeiro de 2019 causou um acidente com maiores proporções posto que, no caso em comento, houve maior número de vitimados. Conforme dados colhidos pelo Ministério Público do Trabalho na Ação Civil Pública nº (0010261-67.2019.5.03.0028), 271 pessoas foram vítimas deste acidente, sendo 131 empregados próprios da mineradora, 109 prestadores de serviços terceirizados, 20 moradores da região, 11 pessoas, cujos corpos estão soterrados, e os bombeiros permanecem nas buscas para encontrá-los. Além disso, os 13 milhões de m<sup>3</sup> de lama que foram despejados pela mineradora, percorreram 250 quilômetros por meio do Rio Paraopeba, atingindo 18 municípios ao longo do rio que fora altamente contaminado por rejeito de minério com elevados níveis de metais pesados.

### 3.1 A atuação do Ministério Público do Trabalho no caso de Mariana/MG

Precisamente na tragédia ocorrida em Mariana/MG houve o trabalho conjunto de diversos órgãos de modo a investigar a responsabilidade das empresas, bem como as repercussões do ocorrido no meio ambiente de trabalho e as medidas que poderiam ser adotadas para corrigir as irregularidades encontradas no local.

Conforme o sítio de notícias do Ministério Público do Trabalho da 3ª Região, uma força tarefa foi realizada com o propósito de garantir direitos trabalhistas dos empregados afetados pelo rompimento da barragem de rejeitos, de modo a garantir maior agilidade no trâmite das investigações, vejamos:

O Ministério Público do Trabalho (MPT) criou uma força-tarefa para atuar no caso envolvendo a empresa Samarco Mineração para garantir os direitos trabalhistas dos empregados afetados pelo rompimento da barragem em Bento Rodrigues, em Mariana (MG). O acidente, no dia 5 de novembro, provocou uma onda de lama com rejeitos tóxicos, destruindo inteiramente o subdistrito de Bento Rodrigues e devastando boa parte da fauna do Rio Doce. A lama chegou também ao Espírito Santo, afetando a região de Regência, Linhares, Baixo Gandu e Colatina.

Conforme se infere da referida ACP, após o acidente, os técnicos do Núcleo de Emergência Ambiental (NEA) e Fundação Estadual de Meio Ambiente (FEAM) da Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD) do Estado de Minas Gerais compareceram ao complexo Germano e verificaram a situação de risco aos trabalhadores, população e ao meio ambiente e determinaram que as atividades fossem suspensas até que a segurança no local se restabelecesse.

Destarte, após o procedimento preparatório, que foi realizado com o escopo de apurar se as empresas estavam cumprindo com as normas de saúde e segurança laboral, constatou-se que o Plano de Gerenciamento de Riscos da empresa também teria sido

mal executado ou não estaria contemplando as medidas necessárias para diminuir as consequências do acidente.

Nesse sentido, o MPT firmou inicialmente um Termo de Ajuste de Conduta (TAC), de modo a assegurar proteção preliminar aos empregados diretos e terceirizados que atuavam na mineradora, bem como aos ribeirinhos cujo sustento dependia da pesca. Tal medida visava garantir o emprego dos trabalhadores até 1º de março de 2016.

Ato contínuo, ao verificar que a empresa não vinha cumprindo as medidas impostas no TAC, coube aos Promotores de Justiça o ajuizamento da Ação Civil Pública com pedido liminar (processo nº 0012054-83.2017.5.03.0069), cuja finalidade era tutelar os direitos dos trabalhadores e dos moradores de Mariana/MG, assegurando o emprego, levando-se em conta que a empresa já havia dispensado 900 trabalhadores, além de garantir que as normas de saúde e a segurança fossem ajustadas no ambiente laboral para o retorno efetivo das atividades. Ainda, a referida ACP pleiteou a condenação da Samarco e suas proprietárias no montante de 01 bilhão de reais por dano moral coletivo. É importante mencionar que, no caso em comento, a Samarco, Vale S.A. e BHP firmaram um acordo com o Governo Federal e o Governo do Estado de Minas Gerais criando a Fundação Renova, responsável por gerir as indenizações aos atingidos pelo acidente. O livro intitulado “Mar de Lama da Samarco na Bacia do Rio Doce”, organizado por Pinheiro, Polignano, Goulart e Procópio (2019, p. 82-83) descreve o caso:

Por outro lado, foi celebrado um acordo entre mineradoras, Governo Federal e o Estado de Minas Gerais. Acordo que demonstra o poder da mineração e a fraqueza do poder público. O acordo impacta severamente a população dos municípios afetados pelo desastre, em Mariana e ao longo de toda a bacia do rio Doce. Ele cria uma Fundação privada que confere às mineradoras o poder de tratar de cada violação de direitos humanos, sociais, econômicos, culturais e ambientais no varejo. A Fundação Renova, financiada pela Samarco, Vale e BHP, irá acertar o valor das indenizações com cada um dos atingidos, de maneira isolada e, poderá contratar advogados caso os atingidos discordem da indenização proposta. Isso significa que as empresas responsáveis pelo desastre e pelas violações de direitos humanos, dele decorrentes, propõem e negociam um valor de indenização. Se não for aceito pelos atingidos e indiretamente impactados, esses podem utilizar advogados custeados pela própria Fundação para processar ela mesma. Esse mecanismo viola frontalmente as garantias do devido processo legal.

Cumprido destacar que a criação da instituição privada não contou com a participação dos atingidos tampouco dos órgãos intervenientes ao caso em análise, isso demonstra o desrespeito dessas empresas com a coletividade e indica que as reparações estão caminhando a passos lentos e longe de alcançar uma resolução.

### **3.2 A atuação do Ministério Público do Trabalho no caso de Brumadinho/MG**

Não bastasse o ocorrido em Mariana, 04 anos se passam e a Vale S.A. reincide na responsabilidade por mais uma tragédia, agora no município de Brumadinho/MG, em proporções ainda maiores.



Do mesmo modo que fora relatado anteriormente, o Ministério Público do Trabalho, juntamente com os Sindicatos e demais órgãos promoveram uma força tarefa de modo a levantar as causas do acidente, constatando diversas irregularidades no local, o que evidenciou a negligência e irresponsabilidade da Empresa.

Nesta toada, o MPT ajuizou a ação cautelar antecedente (Processo nº 0010080-15.2019.5.03.0142) objetivando o bloqueio de R\$ 1,6 bilhões da empresa Vale S.A.

O referido pedido foi deferido pela 5ª Vara do Trabalho de Betim/MG, sendo que na mesma liminar, houve o deferimento da liberação de seguro de vida aos familiares dos empregados diretos e terceirizados à medida que os corpos fossem encontrados. Após esse posicionamento da Justiça do Trabalho homologou outros dois acordos liminarmente. O primeiro em 15/02/2019 assegurando aos trabalhadores, dentre outros, o pagamento de verbas rescisórias dos empregados falecidos cujos corpos já tivessem sido identificados e o depósito do salário aos empregados diretos e terceirizados, cujos corpos tivessem desaparecidos, além da liberação do seguro de vida.

Em um segundo momento, outro acordo foi homologado ficando assegurado o emprego, salário e parcelas legais e convencionais dos empregados que trabalhavam no local do rompimento da barragem, o fornecimento da Comunicação de Acidente do Trabalho – CAT, o fornecimento de atendimento médico e psicológico dos empregados diretos, terceirizados bem como aos aprendizes e estagiários, dentre outras medidas que podem ser conferidas nas ações acima mencionadas, ou no relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Barragem de Brumadinho/MG, aprovada em 12/09/2019.

Nada obstante, a Ação Civil Pública definitiva (Processo nº 0010261-67.2019.5.03.0028) ajuizada pelo MPT visando tutelar direitos difusos e coletivos, cumulada com Ação Coletiva para tutela dos direitos individuais homogêneos, foi ajuizada em 25/03/2019, sendo as medidas cautelares incluídas na referida ação.

Conforme narrado na aludida CPI, a qual descreve todo trâmite da Ação Civil Pública até o seu deferimento definitivo, a Justiça do Trabalho de Betim/MG, visando assegurar os direitos dos trabalhadores, obrigou a Vale S.A a manter alguns direitos trabalhistas e, finalmente, em 15/07/2019 o Ministério Público do Trabalho juntamente com os Sindicatos firmaram acordo registrado em termo de audiência referente à ACP intentada contra a reclamada, onde se firmou o pagamento das indenizações aos familiares dos empregados próprios e terceirizados, falecidos ou desaparecidos no desastre.

Neste contexto, constatou-se que houve a atuação conjunta do MPT, Sindicatos da categoria e da comunidade atingida informando e orientando a população, quais direitos seriam albergados na Ação Civil Pública e, nessa perspectiva buscou alcançar justa reparação aos atingidos pelo rompimento da barragem. Tais esforços fortaleceram as negociações e impediram que a Vale S.A. entabulasse acordo com os atingidos, pagando baixas indenizações às famílias. No que tange aos trabalhadores que sobreviveram a tragédia, verificou-se que apesar do abalo moral e material sofridos, a estes, foi garantida apenas a estabilidade no emprego pelo período de 03 anos.

### 3.3 Andamento das indenizações

Atualmente, a Justiça do Trabalho de Ouro Preto/MG deferiu os pedidos formulados pelo Ministério Público do Trabalho, destinando parte dos recursos de multas, depositados pela Samarco S.A para o enfrentamento da Covid -19.

Conforme a ação de execução (autos nº 0011947-68.2019.5.03.0069) seriam destinados R\$11.000.000,00 (Onze milhões) aos hospitais e entidades da região da Bacia do Rio Doce para ampliação dos leitos de UTI, além da criação de projetos de produção de EPI's, máscaras e respiradores de baixo custo. Ademais, o mencionado órgão firmou convênio com universidades da região (UFMG, IFMG, UFV e UFOP), além da AMATER/MG (Empresa de Assistência Técnica e Extensão Rural do Estado de Minas Gerais) e do Sindicato Metabase, os quais seriam beneficiados com parte do montante para a formação de projetos de geração de trabalho, emprego e renda da população mineira, bem como a destinação de R\$ 2.000.000,00 (Dois milhões) para as universidades acima mencionadas, viabilizando a manutenção de alunos carentes nas instituições.

Na atual conjuntura, tais recursos deverão ajudar a recuperar a economia das regiões afetadas pelo rompimento da barragem de rejeito pertencentes a Samarco S.A, de forma paliativa, contudo, quanto as reparações decorrentes do maior acidente sócio ambiental da história do Brasil não houve nenhuma evolução aparente, uma vez que, as reparações geridas pela Fundação Renova têm sido lentas e inadequadas.

No que tange as indenizações relativas ao rompimento da barragem Mina Córrego do Feijão, localizada no município de Brumadinho/MG, segundo o sítio de notícias do MPT da 3ª Região, houve a ampliação do prazo para os familiares dos trabalhadores atingidos pelo desastre, aderirem ao acordo de reparação por danos morais entabulado entre o MPT e a Vale S.A.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em que pese, os órgãos responsáveis tenham unido esforços para obter uma resposta mais célere do Judiciário através das Ações Cíveis Públicas e mesmo que tenham pressionado o poder legislativo com o objetivo de criar leis mais rígidas no que tange a segurança de barragens, constatou-se uma lenta evolução no processo de reparação aos atingidos.

As legislações existentes ainda são muito flexíveis no que concerne ao licenciamento para lavra de minério de ferro no quadrilátero ferrífero. Denota-se que o rompimento da barragem em Mariana e as ações manejadas pelo MPT e demais órgãos não surtiram o efeito pedagógico desejado; posto que, passados 04 anos da tragédia, outra barragem trouxe à tona o pesadelo vivido pela população de Mariana, dessa vez em Brumadinho/MG.

Portanto, a reincidência da empresa em uma nova tragédia demonstra a fragilidade das instituições, uma vez que, temos processos morosos onde o Judiciário não repara de

forma digna, o Governo preocupado em reativar a empresa para geração de emprego e renda e, os próprios atingidos que precisam das indenizações, mas também do trabalho; assim, o que vemos é uma sociedade rendida ao capitalismo exacerbado desses grandes empreendimentos que geram consequências avassaladoras à classe trabalhadora.

Ou seja, para que novos desastres não voltem a acontecer, mostra-se necessário que haja maior capacidade de resposta do poder público, maior rigor na fiscalização, uma mudança de conduta das empresas responsáveis pela extração de minério no sentido de adotar efetivamente políticas de gestão de risco e no caso específico de Mariana, um compromisso maior da Vale, BHP e Samarco S.A em relação à Fundação Renova para que cumpra a sua função de forma célere e responsável.

## **METODOLOGIA**

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. Para Oliveira (2007, p.37), é uma pesquisa que exige “um processo de reflexão e análise da realidade através da utilização de métodos e técnicas para a compreensão detalhada do objeto de estudo em seu contexto histórico e ou segundo sua estruturação”. A referida abordagem permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avançar no conhecimento e interpretação da realidade. Henriques e Medeiros (2010) ponderam que o Direito, ao estudar os fenômenos sociais, expressam à sociedade de modo geral e não a sujeitos em particular. Ao objetivar essa expressão, a pesquisa científica permite aprofundar o conhecimento das normas da ciência jurídica. Neste sentido a pesquisa qualitativa se adéqua aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

A pesquisa do tipo bibliográfica realizada analisou as referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. O diálogo com a literatura permite construir uma linha de pensamento que percorre o texto bem como elaborar os argumentos que a sustenta (SORDI, 2013).

Ainda, a pesquisa ocorreu de forma documental, ao acrescentar documentos jurídicos que segundo Lima (2008, p.56) “pressupõem o exame ou reexame de materiais que ainda não receberam qualquer tratamento analítico, no objetivo de fundamentar interpretações novas ou complementares sobre o que está sendo investigado”. Entende-se que os documentos podem ser elucidativos e, da mesma forma, mostrar a complexidade e atualidade das quais o tema se reveste.

O método, como forma de explicitar a verdade, busca na dedução, a possibilidade de constatar “verdades particulares em verdades universais” (CERVO; BERVIAN e SILVA, 2007). O texto, portanto, busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

A pesquisa ocorreu de forma explicativa pois pretendeu mostrar as relações causais entre as variáveis. Chaves (2002, p.64) enfatiza que esse nível permite identificar as causas da emergência de algum fenômeno.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. Planalto. **Constituição (1988)**. Constituição Da República Federativa Do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 24 de jun. 2019.

BRASIL. Planalto. **Código de Defesa do Consumidor**. Lei 8078 de 11 de setembro de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm)>. Acesso em: 24 de jun. 2019.

BRASIL. Planalto. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto lei n.º 5.452/1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 24 de jun. 2019.

BRASIL. Planalto. **Lei de Ações Cíveis Públicas**. Lei nº. 7347/1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: 24 de jun. 2019.

BRASIL. Planalto. **Lei 75/1993**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 24 de jun. 2019.

BRASIL. Associação Nacional de Medicina do Trabalho. **Brasil registrou mais de 4 milhões de acidentes de trabalho entre 2012 e 2018**. Agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.anamt.org.br/portal/2018/08/02/brasil-registrou-mais-de-4-milhoes-de-acidentes-de-trabalho-entre-2012-e-2018/>>. Acesso em: 29 de Jun. 2020.

BRASIL. Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais. **CPI da Barragem de Brumadinho Relatório Final**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/56a-legislatura/cpi-rompimento-da-barragem-de-brumadinho/documentos/outros-documentos/relatorio-final-cpi-assembleia-legislativa-mg>>. Acesso em: 29 de jun. 2020.

BRASIL. Consulta processual TRT3. Disponível em: <https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/00120548320175030069>. Acesso em: 29 de jun. 2020.

BRASIL. Planalto. Lei nº 8213/1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8213cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.213%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201991.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Planos%20de,Social%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.213%2C%20DE%2024%20DE%20JULHO%20DE%201991.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20Planos%20de,Social%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs). Acesso em: 29 de jun. 2020.

DINIZ, José Janguê Bezerra Ministério Público do Trabalho: **ação civil pública, ação anulatória, ação de cumprimento** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa - Ações coletivas e competência para danos de âmbitos regional e nacional Rev. TST, Brasília, vol. 74, no 3, jul/set 2008.

JORGE NETO, Francisco Ferreira **Direito processual do trabalho** /CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra Ministério Público do Trabalho: **doutrina, jurisprudência e prática**. 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, NASCIMENTO, Sônia Mascaro **Curso de direito processual do trabalho**. 29. ed. — São Paulo: Saraiva, 2014.

SANTOS, Enoque Ribeiro do **Curso de direito processual do trabalho**. 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2018.

Pinheiro, Tarcísio Márcio Magalhães (Org.). Polígamo, Marcus Vinícius (Org.). Goulart, Eugênio Marcos Andrade (Org.). Procópio, José de Castro (Org.). **Mar de lama da Samarco na bacia do Rio Doce: em busca de respostas**. Universidade Federal de Minas Gerais, 2019. Disponível em: <https://manuelzao.ufmg.br/biblioteca/o-livro-mar-de-lama-ja-esta-disponivel-em-formato-digital/>. Acesso em: 29 de Jun. 2020.

Freitas, Carlos Machado; da Silva, Mariano Andrade. **Revista Brasileira de Acidente do Trabalho. Acidentes de trabalho que se tornam desastres: os casos dos rompimentos em barragens de mineração no Brasil**. Disponível em: <http://www.rbmt.org.br/details/416/pt-BR/acidentes-de-trabalho-que-se-tornam-desastres--os-casos-dos-rompimentos-em-barragens-de-mineracao-no-brasil>. Acesso em: 29 de jun. 2020.

## O DIREITO AO DESCANSO DO EMPREGADO QUE EXERCE CARGO DE CONFIANÇA E O DESVIRTUAMENTO DO ARTIGO 62, II DA CLT

*Willian de Amorim<sup>26</sup>*

**RESUMO:** O presente artigo busca compreender o direito ao descanso do empregado que exerce cargo de confiança a luz da limitação constitucional da jornada laboral, visto que, via de regra, aqueles que exercem esta modalidade de labor realizam jornadas de trabalho excessivas e extenuantes, havendo o desvirtuamento do artigo 62, II, da CLT. Desta forma, o tema é importante posto que a Constituição da República Federativa de 1988, em seu artigo 7º, inciso XIII e XV, estabelece que todos os trabalhadores têm direito a jornada legal e ao repouso semanal remunerado, sem fazer quaisquer distinções. Portanto, o desvirtuamento na aplicação do artigo 62, II da CLT, que se trata de uma exceção a jornada constitucional legal, autorizando a não aplicabilidade do Capítulo II (jornada de trabalho) àqueles que exercem cargo de confiança, que, conseqüentemente, não recebem por horas extras prestadas e pela inobservância do descanso semanal remunerado, representa uma extrapolação da razoabilidade do trabalho. Assim, o presente artigo possui como objetivo geral estabelecer um parâmetro argumentativo sobre a aplicabilidade abusiva do artigo 62, II da CLT em relação ao artigo 7º, XIII e XV da CF/88. A pesquisa terá abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica com método dedutivo e aprofundamento explicativo ou descritivo. A expectativa deste artigo é contribuir para análise da regularidade na aplicação do artigo 62, II da CLT para aqueles que exercem cargo de confiança, resguardando o direito constitucional ao descanso.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito ao Descanso; Jornada Exaustiva; Cargo de Confiança.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo busca trazer uma temática a respeito do direito ao descanso do empregado que exerce cargo de confiança, levando em conta as garantias estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), mais concretamente sobre a aplicabilidade do artigo 62, inciso II da CLT, visto que este dispositivo traz uma exceção ao Capítulo II do mesmo diploma legal, no qual se refere à duração de trabalho.

Desta forma, é objetivo deste estudo fazer uma análise referente ao direito ao descanso do empregado que está vinculado ao cargo de confiança, além de abordar o desvirtuamento do artigo 62, inciso II da CLT, buscando trazer os efeitos que uma jornada extenuante pode ocasionar ao empregado, bem como, as principais conseqüências que o empregador estará sujeito caso submeta seu empregado a uma jornada exaustiva.

A metodologia utilizada para o embasamento deste trabalho foi uma pesquisa jurisprudencial, com uma abordagem qualitativa, do tipo bibliográfica com método dedutivo e explicativo, além de aspectos doutrinários.

---

<sup>26</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

## 1. CARGO DE CONFIANÇA, REQUISITOS, FINALIDADE E OS PRINCIPAIS EFEITOS

Primeiramente, vale destacar que o funcionário que exerce cargo de confiança está disciplinado pelo artigo 62, inciso II da Consolidação das Leis do Trabalho, trazendo consigo, conseqüentemente, uma exceção ao Capítulo II do mesmo diploma legal, no qual se refere à duração de trabalho, verbis:

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo:

[...]

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial.

[...]

Parágrafo único - O regime previsto neste capítulo será aplicável aos empregados mencionados no inciso II deste artigo, quando o salário do cargo de confiança, compreendendo a gratificação de função, se houver, for inferior ao valor do respectivo salário efetivo acrescido de 40% (quarenta por cento).<sup>27</sup>

Logo, para os efeitos do referido artigo, considera-se cargo de confiança os gerentes, exercentes de cargo de gestão, bem como os diretores e chefes de departamento ou filial, compreendendo uma contraprestação igual ou superior a 40% (quarenta por cento) em relação ao valor do respectivo salário efetivo. Assim, cargo de confiança é aquele desenvolvido na mais alta hierarquia da empresa, onde o empregado pode exercer e administrar de fato os interesses da mesma em nome do empregador, seja de forma representativa ou de mando, isto é, com poder efetivo de gestão de modo geral. Nesta linha, conceitua Romar:

“Cargo de confiança é aquele caracterizado pelo especial relevo que se dá ao elemento fiduciário decorrente do contrato de trabalho, tendo em vista que as funções desempenhadas pelo empregado ocupante de tal cargo são revestidas de atribuições de gestão”.<sup>28</sup>

Entretanto, cabe ressaltar que aquele que está submetido ao cargo de confiança é, na prática, um empregado, e conseqüentemente, não possui poderes absolutos e inquestionáveis dentro da empresa, visto que está vinculado aos dizeres do empregador. Diante disso, para caracterizar cargo de confiança, em síntese, o empregado deve deter de um alto nível de poder de gestão e atribuições em relação a empresa, além de auferir um padrão salarial mais elevado, de no mínimo 40% a mais do salário do cargo efetivo.

Ademais, vale destacar neste ponto o conceito de “alter ego”, isto é, o empregado exercente deste cargo deve ser considerado como um segundo empregador praticamente. Conseqüentemente, os principais efeitos que advêm do exercício do cargo de confiança é

<sup>27</sup> BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Artigo 62, inciso II. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 18 nov. 2020.

<sup>28</sup> Romar, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho: coordenador Pedro Lenza. Ed. 5ª. São Paulo: Saraiva. 2018. Pág. 196 a 197.

não estar vinculado o Capítulo II da Consolidação das Leis do Trabalho, onde aduz sobre a duração de trabalho, não estando submetido, como por exemplo, a uma jornada de trabalho certa e determinada, além de não auferir horas extras. Outrossim, caso o empregado retorne a sua antiga função, isso não se considera como rebaixamento.

Neste sentido, antes da reforma da CLT de 2017, aquele que exercia um determinado cargo a mais de dez anos, e era rebaixado sem justa causa, as gratificações advindas do exercício do cargo acompanhavam o empregado. Entretanto, após esta reforma, as gratificações não mais vinculava-se a remuneração do obreiro, deixando de receber caso retornasse ao seu antigo cargo. Como bem disciplina Romar:

“Em relação à gratificação de função percebida durante o período de ocupação do cargo, com a reversão ao cargo anterior, com ou sem justo motivo, a gratificação não se incorpora à remuneração do empregado, não sendo assegurado a este o direito à manutenção do seu pagamento, independentemente do tempo de exercício da respectiva função”.<sup>29</sup>

Na mesma linha, disciplina Gustavo Cisneiros:

“Assim sendo, não mais importa o tempo de cargo ou o motivo da reversão, porquanto, uma vez ocorrendo, o obreiro, além de perder o cargo de confiança, também perderá a gratificação”.<sup>30</sup>

Por outro lado, se na prática, aquele que possui a denominação cargo de confiança, não detém de efetivo poder de gestão, ou não recebe uma gratificação de no mínimo 40% a mais do salário do cargo efetivo, ou até mesmo esteja ligado a um controle de jornada específico, o empregado deve deixar de ser vinculado a este cargo e as suas disposições e passará a ser submetido ao Capítulo II da CLT. Segundo Delgado:

“Note-se que a lei, aqui, apenas estabelece uma presunção — ela não autoriza discriminação (que seria inconstitucional, a propósito — ver art. 7º, XIII e XVI, CF/88). Comprovado, inequivocamente, que o obreiro, ainda que exercente de cargo ou função de confiança ou gestão, vê-se submetido a rigoroso controle de horários ao longo de seu cotidiano de trabalho, não há que se falar em exclusão de tal empregado do regime de jornada delimitada e, por consequência, da possibilidade de aferição de sobrejornada”.<sup>31</sup>

Sendo assim, a exceção que o artigo 62 da CLT atribui aos empregados exercentes do cargo de confiança em relação ao Capítulo II do mesmo diploma legal, tem por finalidade buscar dar uma maior flexibilidade devido aos poderes que detém, visto que, conforme destacado acima, este obreiro é considerado como um alter ego do empregador, e na

<sup>29</sup> Romar, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho: coordenador Pedro Lenza. Ed. 5ª. São Paulo: Saraiva. 2018. Pág. 199.

<sup>30</sup> Cisneiros, Gustavo. Direito do Trabalho Sintetizado. Ed. 2ª. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2018. Pág. 91.

<sup>31</sup> Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. Ed. 16ª. São Paulo: LTr. 2017. Pág. 400 a 401.



prática, não faria qualquer sentido submetê-lo a um controle de jornada certo e específico. Ainda, dispõe Delgado:

“Ora, o preceito celetista quer excluir as regras relativas à jornada de trabalho quanto aos detentores de cargo de confiança, por considerar tais regras incompatíveis, em face dos amplos poderes desses altos empregados”.<sup>32</sup>

## 2. DESVIRTUAMENTO DO ARTIGO 62, II DA CLT E O DIREITO AO DESCANSO

Em primeiro lugar, conforme o exposto, aquele que exerce cargo de confiança não está vinculado a uma jornada de trabalho específico, por conta da exceção do artigo 62, inciso II da CLT em relação ao Capítulo II do mesmo diploma, e por conta deste fator, este trabalhador pode estipular a sua própria jornada de trabalho. Esta prerrogativa está vinculada aos poderes que o mesmo detém. Conseqüentemente, por não estar submetido a uma duração de trabalho determinado, pode ocorrer a supressão de direitos ligados ao descanso bem como ao lazer, podendo privar o sujeito do convívio familiar ou social.

Assim, no que se refere ao direito ao descanso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, mais precisamente em seu artigo 7º, incisos XIII e XV, onde aduz sobre os direitos sociais, concede a todo empregador “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 “repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos.”<sup>33</sup> Desta forma, mesmo que o empregado exerça cargo de confiança, as prerrogativas inerentes ao descanso devem ser respeitadas, visto que este fator está diretamente interligado com a saúde física e psíquica do obreiro. Neste ponto, vale dizer que, mesmo que o empregado exerça cargo de confiança e não esteja vinculado a um controle de jornada, esta prerrogativa não legitima com que o empregador se utilize desta exceção ao ponto de mobilizá-lo a qualquer momento, desrespeitando o direito de descanso deste obreiro ou de submetê-lo a uma jornada exaustiva e extenuante, que extrapole a razoabilidade.

Ademais, com o avanço tecnológico atualmente, muito dos trabalhos desenvolvidos podem ser exercidos a qualquer tempo ou lugar em que se encontra o empregado, seja via WhatsApp, e-mails, dentre outros aplicativos que permitem a interação do empregado com o empregador, e este fator contribuiu para que muitos empregados estejam ligados ao empregador de forma contínua, negligenciando o direito ao descanso. “No caso dos empregados que ocupam cargos de confiança, o problema têm se agravado ainda mais, pois há entendimento equivocado de que eles estariam sujeitos à uma disponibilidade integral

<sup>32</sup> Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. Ed. 16º. São Paulo: LTr. 2017. Pág. 399.

<sup>33</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Artigo 7º, incisos XIII e XV. Acesso em: 18 nov. 2020.

para o empregador, o que afeta diretamente sua qualidade de vida e seu desenvolvimento no ambiente de trabalho”<sup>34</sup>.

Aliás, outro instituto que viabiliza o direito ao descanso do empregado concerne no “direito à desconexão” do trabalho. Refere-se a um conjunto de princípios que tem por objetivo fazer com o trabalhador se desligue propriamente dito em seus períodos de descanso do trabalho, como por exemplo, em intervalos intrajornada e interjornada, fazendo com a interação excessiva do empregador seja limitada e não interfira na vida privada do empregado. Nesta linha, assevera Jorge Luiz Souto Maior:

“Os períodos de repouso são, tipicamente, a expressão do direito à desconexão do trabalho. Por isto, no que se refere a estes períodos, há de se ter em mente que descanso é pausa no trabalho e, portanto, somente será cumprido, devidamente, quando haja a desvinculação plena do trabalho”.<sup>35</sup>

Desta forma, o direito à desconexão do trabalho está interligado com o princípio da dignidade da pessoa humana, do direito ao lazer e principalmente do direito ao descanso, e como dito anteriormente, as relações de trabalho entre empregado e empregador vem se intensificando com os avanços tecnológicos, fazendo com que esta interação migre para outros meios de comunicação e novos modos de trabalho, tendo a ideia de que o trabalhador deve estar à disposição deste a qualquer momento. Assim, este instituto viabiliza a desconexão plena e integral do empregado em relação ao trabalho, fazendo com que este goze do seu direito de lazer e de descanso, prezando ainda pelo convívio social e familiar.

### **3. EFEITOS DAS JORNADAS DE TRABALHO EXTENUANTES E ESCRAVIDÃO CONTEMPORÂNEA**

Muitos trabalhadores acabam recebendo a denominação de “cargo de confiança” para que o empregador não tenha que efetuar o pagamento de horas extras, visto que o exercente deste cargo não possui uma jornada de trabalho controlada, dentre outros aspectos incluídos pelo Capítulo II da CLT. Além disso, pode ocorrer situações onde os trabalhadores exercem jornadas de trabalhos exacerbadas e extenuantes, ultrapassando o máximo legal. Nestas ocasiões, deve vigorar o princípio da primazia da realidade, ou seja, este princípio têm o condão de fazer com que os fatos ocorridos no cotidiano e devidamente comprovados, tenham uma maior relevância em relação aos atos e cláusulas que foram estipuladas por um contrato ou qualquer outro instrumento particular. Consequentemente, caso haja a comprovação de que o obreiro esteja vinculado a uma jornada de trabalho

<sup>34</sup> Vinhal, Fabiane. O exercício de cargo de confiança e o direito à desconexão do trabalho: núcleo de Direito do Trabalho do IEAD. 2019. Disponível em: <https://ieadireito.jusbrasil.com.br/artigos/737127054/o-exercicio-de-cargo-de-confianca-e-o-direito-a-desconexao-do-trabalho>. Acesso em: 18 nov. 2020.

<sup>35</sup> Maior, Jorge Luiz Souto. Do Direito à Desconexão do Trabalho. 2003. Disponível em: [https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do\\_direito\\_%C3%A0\\_desconex%C3%A3o\\_do\\_trabalho..pdf](https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf). Acesso em: 18 de nov. 2020.

extenuante, a denominação do referido cargo atribuída será afastada e, por conseguinte, o empregador pode responder por eventuais sanções.

Assim, por conta da regra prevista no artigo 62, inciso II da CLT, que busca trazer uma exceção à duração de trabalho previsto no Capítulo II do mesmo diploma legal e, devido as atribuições que aquele que exerce cargo de confiança está submetido, como por exemplo, de possuir grandes poderes de gestão e administração de modo geral, o mesmo pode ficar sujeito a jornadas de trabalho extenuantes a ponto de extrapolar a razoabilidade. Neste interim, vale dizer que tanto a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como a Consolidação das Leis Trabalhistas buscam trazer uma limitação a jornada de trabalho, sendo de 8 horas diárias, podendo esta duração ser estendida por até duas horas, que será atribuída como horas extras, todavia, para isso deve ocorrer expresso acordo individual ou convenção coletiva entre o empregado e empregador legitimando tal feito. Entretanto, ressalta-se neste ponto que o empregado exercente do cargo de confiança não aufere horas extras, por conta da exceção ora já citada. Desta forma, considera-se jornada exaustiva quando o tempo de duração do trabalho é desrespeitada e ultrapassada diversas vezes de forma reiterada.

Por derradeiro, uma jornada de trabalho extenuante e abusiva, que ultrapassa a razoabilidade e que venha a suprimir o direito ao descanso do empregado, pode configurar o que se chama atualmente de trabalho análogo a escravidão contemporânea. Assim sendo, trabalho análogo a escravidão, entretanto, é uma expressão vinculada ao trabalho exercido pelo empregador e, neste sentido, aduz Luciano Martinez:

“[...] em rigor, “escravo” é um qualificativo dado ao trabalho, e não ao trabalhador. Afirmase isso porque qualquer trabalhador, na condição de pessoa humana, tem a possibilidade jurídica de invocar direitos, o que, obviamente, não ocorreria se ele fosse um escravo”.<sup>36</sup>

Deste modo, trabalho análogo a escravidão se caracteriza quando há trabalho forçado (quando a pessoa realizada determinada situação sob ameaças ou sanções, onde não tenha se oferecido voluntariamente), condição degradante (qualquer forma de trabalho que infringe as regras de segurança, proteção, higiene e saúde), servidão (trabalho que não se encerra por circunstâncias alheias a vontade do empregado) e jornada exaustiva (que submeta o trabalhador a jornadas extenuantes ou pela sua intensidade).

Por conseguinte, o empregador que venha a submeter o seu empregado a uma jornada abusiva, configurando como um trabalho análogo a escravidão contemporânea, pode responder por eventuais danos existências sofridos pelo trabalhador, como responder penalmente pelos seus atos. No primeiro momento, entende-se como dano existencial aquilo que afeta diretamente a vida do empregado, seja ela privada ou social, provocando

<sup>36</sup> Martinez, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. Ed. 11º. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. Pág. 102.

um vazio na pessoa por não alcançar seus objetivos pessoais por conta das condições advindas do trabalho, frustrando também seu projeto de vida como ser humano. Assim, comprovado que o obreiro veio a sofrer danos existenciais advindos da relação de trabalho, o empregador será obrigado a reparar o empregado, no qual vem em forma de natureza indenizatória. Neste sentido, já estabeleceu o Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região:

JORNADA DE TRABALHO EXCESSIVA, ACIMA DOS LIMITES LEGAIS. DANO EXISTENCIAL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. A exigência de trabalho em jornada excessiva traduz conduta abusiva da ré e, ainda que o labor extra seja remunerado, o empregado sofre dano existencial em razão do reiterado desrespeito aos limites legais de jornada, evidenciando conduta patronal abusiva que atenta, por sua repetição, contra a integridade física e psíquica do trabalhador, e de terceiros, eis que a função do autor era motorista de caminhão de entregas. Além de violar o direito fundamental ao lazer e descanso, podendo levar, inclusive, diante da exaustiva jornada, ao reconhecimento do trabalhador à condição análoga à de escravo (ilícito penal expressamente capitulado no art. 149 do CP), a jornada excessiva também obsta a criação de novos postos de trabalho (TRT12 - ROT - 0000326-26.2016.5.12.0038, UBIRATAN ALBERTO PEREIRA, 3ª Câmara, Data de Assinatura: 14/09/2016).

Em segundo plano, o empregador poderá responder penalmente por submeter o empregado a um trabalho análogo a escravidão, conforme o artigo 149, caput, do Código Penal, onde aduz:

“Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:  
Pena — reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.<sup>37</sup>

Ainda, além de responder penalmente e pelos eventuais danos existências sofridos pelo empregado, terá o seu nome propriamente dito incluído na lista suja, ou seja, uma lista que contém todos os nomes dos empregadores que submeteram seus trabalhadores a serviços análogos a escravidão. Entretanto, dispõe Luciano Martinez:

“Por ser tênue demais a pena em relação ao agravo e por existirem diversas alternativas jurídicas de abrandamento das sanções criminais, a resposta mais enfática contra o trabalho escravo tem mesmo vindo da Justiça do Trabalho. Os seus magistrados, quando provocados a reconhecer a ocorrência do trabalho escravo e as consequentes lesões, têm aplicado dissuasórias indenizações por danos morais transindividuais”.<sup>38</sup>

Portanto, muita das vezes, a Justiça do Trabalho se vê submetida a lidar de forma mais

<sup>37</sup> BRASIL. Direito Penal. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Artigo 149. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acessado em: 19 nov. 2020.

<sup>38</sup> Martinez, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. Ed. 11ª. São Paulo: Saraiva Educação. 2020. Pág. 104.

“agressiva” e acentuada contra aqueles que vinculam seus obreiros a trabalhos análogos a escravidão contemporânea.

Por outro lado, caso haja uma jornada de trabalho abusiva e extenuantes, que extrapole a razoabilidade, este ato poderá prejudicar tanto o empregador como a qualidade de vida do empregado. Em primeiro lugar, este fator pode prejudicar o empregador visto que, como o descanso do empregado está sendo prejudicado, isso afeta diretamente a sua produção no trabalho e eventuais rendimentos na empresa, uma vez que este é considerado como um segundo empregador em relação a sociedade. Em segunda análise, a supressão do direito ao descanso eventualmente afetará diretamente o empregado, acarretando problemas de saúde tanto de caráter físico, quanto mental, como por exemplo, ansiedade, depressão e principalmente a síndrome de Burnout, conhecida também como síndrome do esgotamento profissional, sendo aquela onde o trabalhador sofre de uma exaustão extrema e de grandes níveis de estresses advindos do trabalho. Além disso, em âmbito pessoal, uma jornada abusiva e que desrespeita o descanso do empregado faz com que este seja privado de certa forma de seu convívio social e familiar bem como afetar seu desenvolvimento pessoal, ferindo também um dos principais elementos dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no qual se refere-se ao direito ao lazer.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Portanto, no que pese ao direito ao descanso do empregado que exerce cargo de confiança e o desvirtuamento do artigo 62, II da CLT, tem-se que muitos trabalhadores acabam recebendo esta denominação de forma desvirtuosa, para que desenvolva atividades mínimas de gestão dentro da empresa para não estar submetido ao Capítulo II do mesmo diploma já citado, no qual se refere a duração de trabalho.

Entretanto, este fator pode contribuir para que o empregado esteja vinculado a uma jornada exaustiva e abusiva, ao ponto de extrapolar a razoabilidade e, conseqüentemente, afetar tanto o empregador, de forma indireta, além do empregado, seja em sua vida pessoal, familiar ou social, impedindo que este usufrua do direito ao descanso e do lazer.

Assim sendo, o direito ao descanso é um fator de grande importância na vida de qualquer pessoa, visto que é essencial para o desenvolvimento humano. Desta forma, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 buscar traz elementos que beneficiam este fator, estando previsto no artigo 7º, incisos XIII e XV, onde trata dos direitos sociais. Ademais, há novas correntes que buscam o bem-estar do empregado, como por exemplo, o direito à desconexão, possibilitando o obreiro se desligar por completo do trabalho em seus períodos de descanso.

Logo, com o avanço massivo da tecnologia e com o “surgimento” de novos meios de trabalho e comunicação, que possibilitam com que o empregado esteja vinculado ao empregador de forma integral, o Direito do Trabalho e suas instituições estão diante de um

novo desafio e de mudanças nas relações de trabalho, fazendo que acompanhem estes avanços para que a saúde física como mental do empregado seja resguardadas, acima de tudo, seu direito de descanso e de lazer, respeitando também, a dignidade da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS

Martinez, Luciano. Curso de Direito do Trabalho. Ed. 11º. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

Maior, Jorge Luiz Souto. Do Direito à Desconexão do Trabalho. 2003. Disponível em: [https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do\\_direito\\_%C3%A0\\_desconex%C3%A3o\\_do\\_trabalho..pdf](https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf). Acesso em: 18 de nov, 2020.

Vinhal, Fabiane. O exercício de cargo de confiança e o direito à desconexão do trabalho: núcleo de Direito do Trabalho do IEAD. 2019. Disponível em: <https://ieadireito.jusbrasil.com.br/artigos/737127054/o-exercicio-de-cargo-de-confianca-e-o-direito-a-desconexao-do-trabalho>. Acesso em: 18 de nov, 2020.

Delgado, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. Ed. 16º. São Paulo: LTr. 2017.

Romar, Carla Teresa Martins. Direito do Trabalho: coordenador Pedro Lenza. Ed. 5º. São Paulo: Saraiva. 2018.

Cisneiros, Gustavo. Direito do Trabalho Sintetizado. Ed. 2º. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2018.

BRASIL. Direito Penal. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Artigo 149. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acessado em: 19 nov. 2020.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho, [Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Artigo 62, inciso II. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm). Acesso em: 18 nov. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Artigo 7º, incisos XIII e XV. Acesso em: 18 nov. 2020.

---

**GRUPO DE TRABALHO:  
CONSTITUCIONALISMO E JUSTIÇA**

## A (I)LEGALIDADE DO DECRETO Nº 38.520/2020 DO MUNICÍPIO DE JOINVILLE/SC NO QUE TANGE AO ISOLAMENTO DOMICILIAR DOS IDOSOS

*Ethieny Vieira Pereira*<sup>39</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objeto o estudo a respeito da legalidade do Decreto nº 38.520 de 23 de junho de 2020 do município de Joinville/SC no que tange ao isolamento compulsório das pessoas idosas. O tema é importante em razão do debate sobre a limitação de direitos individuais, neste caso, a liberdade de locomoção, frente a tentativa de conter o avanço do coronavírus (covid-19) junto à população idosa joinvilense. Os objetivos específicos são: a) conhecer a respeito da liberdade de locomoção existente da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 e suas formas de limitá-lo; b) verificar como a Lei Federal n.º 13.979/2020 dispõe sobre as medidas de enfrentamento ao coronavírus (covid-19) e possibilidade de limitação da liberdade de locomoção; e c) discutir a respeito da legalidade do Decreto n.º 38.520 do município de Joinville que restringiu o direito de ir e vir/ liberdade de locomoção da população idosa. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. A expectativa deste artigo é contribuir com a discussão sobre a importância da liberdade de locomoção, a reflexão sobre a necessidade de restrição de direitos em pandemias declaradas e o isolamento domiciliar compulsório. Como resultados preliminares é possível observar uma suposta legalidade do referido decreto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Decreto nº 38.52/2020; Coronavírus; População Joinvilense; Direito de Ir e Vir; Direito de Locomoção; Isolamento Domiciliar.

### INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo a análise do Decreto nº 38.520 de 23 de junho de 2020 do município de Joinville/SC no que tange à determinação do município ao isolamento domiciliar compulsório das pessoas idosas para restringir a circulação de pessoas e evitar a disseminação do coronavírus entre a população idosa (JOINVILLE, 2020b). O tema é importante em razão de sua atualidade devido a epidemia global de SARS-Cov-2 e fomentar o debate da restrição de direitos fundamentais, neste caso, a liberdade de locomoção, chegando tal tema ao Supremo Tribunal Federal - STF, o que evidencia ainda mais sua relevância.

Com o início da epidemia de coronavírus se iniciou o debate em todo o mundo a respeito da necessidade de se restringir diversos direitos fundamentais, bem como de privar a liberdade econômica, realizando lockdowns para conter o avanço do vírus pelo mundo.

---

<sup>39</sup> Acadêmico do Décimo Semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE. E-mail: vieira.ethieny@gmail.com



Embora seja intenso o debate a respeito da possível quebra da economia, como já dito, também é necessário o debate a respeito dos direitos fundamentais, como a liberdade de locomoção estampada no artigo 5º, inciso XV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88.

No caso deste estudo, em 23 de junho de 2020, foi deliberado por meio do Decreto nº 38.520 do município de Joinville/SC, dentre diversas determinações, o isolamento domiciliar de pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos), independentemente de estarem ou não contaminados com o coronavírus (JOINVILLE, 2020b).

Tal determinação gerou um debate no âmbito local, inclusive com ajuizamento de habeas corpus por meio da Defensoria Pública Estadual, para questionar a legalidade dessa determinação.

Em sede de sentença, a magistrada, Excelentíssima Doutora Juíza Substituta Gabriella Matarelli Calijorne Daimond Gomes, discorreu a respeito das medidas já tomadas em diversas localidades do país e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, finalizando sua sentença com o entendimento de que não poderia adentrar a análise da proporcionalidade do decreto, “posto que afeta ao mérito do ato administrativo e à esfera da discricionariedade do administrador, sob pena de incorrer em violação ao princípio constitucional da separação de poderes” (SANTA CATARINA, 2020a).

Irresignada a Defensoria Pública Estadual impetrou Habeas Corpus contra a sentença prolatada, mas novamente a ordem foi denegada, sob o entendimento de que “a norma [o Decreto] não está em desacordo com as diretrizes científicas defendidas pela Organização Mundial de Saúde e com as estratégias de enfrentamento desta crise sem precedentes de saúde pública” (SANTA CATARINA, 2020b).

Portanto, diante deste cenário, mesmo que já revogado o decreto (por meio do Decreto n.º 39.289, de 04 de setembro de 2020), é necessário a análise da legalidade dessa determinação, pois nada impede que novamente seja decretado algum tipo de isolamento domiciliar compulsório de pessoas não infectadas com coronavírus no âmbito municipal.

## 1. DO HISTÓRICO DE NORMAS A RESPEITO DO CORONAVÍRUS

Como já abordado, o debate a respeito de formas de conter a disseminação do coronavírus é global e não se restringe apenas ao âmbito municipal, neste sentido, é necessário repisar o que foi publicado a respeito desde a descoberta da doença:

Em 06/02/2020 é publicada a Lei Federal nº 13.979/2020 dispendo sobre medidas de enfrentamento do coronavírus (BRASIL, 2020c). Em 11/03/2020 a Organização Mundial da Saúde anunciou que a doença causada pelo coronavírus é uma pandemia (OPAS BRASIL, 2020). Em 13/03/2020 foi publicada a Portaria nº 34/2020 do município de Joinville recomendando para que se evitasse agrupamento de pessoas idosas (JOINVILLE, 2020c). Em 16/03/2020 foi publicada a Portaria nº 35/2020 do município de Joinville recomendando

a dispensa e evitação da participação de pessoas idosas em eventos (JOINVILLE, 2020d). Em 17/03/2020 foi publicado o Decreto nº 37.576 do município de Joinville recomendando que crianças menores de 14 anos não fiquem sob cuidados de pessoas idosas durante a suspensão das aulas (JOINVILLE, 2020a). Em 20/03/2020 foi publicado o Decreto Legislativo nº 06/2020 reconhecendo o estado de calamidade pública em todo o país (BRASIL, 2020b). Em 23/06/2020 foi publicado o Decreto nº 38.520 do município de Joinville determinando o isolamento domiciliar de pessoas idosas (JOINVILLE, 2020b).

No âmbito municipal, as Portarias nº 34 e 35 e Decreto nº 37.576, apenas fizeram recomendações, jamais houve obrigatoriedade no cumprimento daquelas normas, portanto, não se pode afirmar que havia algum tipo de coação nessas normativas ou então restrição de direitos, no entanto, no Decreto nº 38.520/2020 surgiu a palavra 'DETERMINA', ou seja, uma imposição do Executivo Municipal à população idosa de Joinville e desta forma é necessário a análise da legalidade desta normativa.

## **2. LEI FEDERAL N.º 13.979/2020, CONSTITUIÇÃO E STF SOBRE LIMITAÇÃO DA LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO**

O Decreto nº 38.520/2020 do município de Joinville não é ato discricionário e sim vinculado, dentre suas vinculações está a Lei Federal nº 13.979/2020 que dá embasamento para todas as normas inferiores editadas, dentre elas, portarias, decretos, instruções normativas etc.

Nesta Lei ficou estabelecido em seu artigo 2º que se considera isolamento “a separação de pessoas doentes ou contaminadas” e quarentena a “restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes” (BRASIL, 2020c). Veja que a Lei é específica ao estampar que ambas as medidas são para pessoas doentes ou contaminadas.

Já no artigo 3º da referida Lei, dispõe que enfrentar o coronavírus é possível adotar diversas medidas, entre elas o isolamento [inciso I], quarentena [inciso II], restrição de locomoção intermunicipal [inciso VI, b], enfatizando o § 6º-B que a medida de restrição de locomoção intermunicipal necessita de amparo de recomendação técnica do órgão estadual de vigilância sanitária (BRASIL, 2020c).

É possível observar que a Lei Federal nº 13.979/2020 permite a restrição de locomoção de pessoas, assim, limitando o direito de ir e vir/ liberdade de locomoção estritamente naquelas hipóteses que a Lei prevê, pois ela é taxativa, não restritiva.

Kelsen (1998, p. 247) explica que “a norma que regula a produção é a norma superior, a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior”, dessa forma, para que haja também validade na referida Lei, é necessário que esta esteja apoiada na CRFB/88.

Quanto a restrição do direito de ir e vir/ liberdade de locomoção, a CRFB/88 prevê que

é possível a restrição desse direito em caso de Estado de Defesa [artigo 136] e Estado de Sítio [artigo 137] (BRASIL, 2020a). Em ambos os casos, tal medida não seria suficiente, pois o Estado de Defesa não pode ultrapassar o prazo de 60 (sessenta) dias e o Estado de Sítio, para o caso de grave repercussão nacional [que é o aplicável ao caso de epidemia], também estaria restrito ao mesmo período.

Desta forma para a dúvida se de alguma outra forma é possível restringir o direito de ir/locomoção, por meio de uma lei, decreto ou qualquer ato discricionário, visto que esse direito é tão importante que tem um remédio constitucional próprio para sua garantia, o habeas corpus [artigo 5º, inciso XV, da CRFB/88].

Assim fica o questionamento, o que é mais importante: o direito à liberdade ou proteção da saúde?

Sobre o artigo 5º, inciso XV, da CRFB/88, Moraes (2019) explica que a liberdade de locomoção é uma “norma constitucional de eficácia contida, cuja lei ordinária pode delimitar a amplitude, por meio de requisitos de forma e fundo, nunca, obviamente, de previsões arbitrárias”, reforçando ainda que o legislativo pode estabelecer regras referente à circulação das pessoas no âmbito interno.

Não fosse suficiente a discussão do direito à liberdade de locomoção, quando falamos do Decreto n.º 38.520/2020 do município de Joinville/SC, diz a respeito também da proteção e defesa da saúde, estampado no artigo 24, da CRFB/88, constando que a União, os Estados e o Distrito Federal concorrem na legislação sobre o tema, dispondo ainda o artigo 30 que compete aos municípios legislarem sobre assuntos de interesse local (BRASIL, 2020a).

O professor Sarlet (p. 949, 2019) ensina que “a competência legislativa dos Estados para complementar as normas gerais da União não afasta a suplementação de tais normas gerais por parte dos municípios, de tal sorte que o município deverá observar tanto as normas gerais da União, quanto as normas estaduais complementares eventualmente editadas”.

Tendo em vista a urgência do tema, a discussão sobre as medidas impostas pelos Governadores e Prefeitos serem ou não válidas, o assunto chegou até o Supremo Tribunal Federal – STF, por meio de diversas ações.

A primeira a ser julgada foi a Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental – ADPF n.º 672 que reconheceu a competência concorrente dos Estados, Distrito Federal e suplementação pelos municípios para a “adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, [...] restrições [...] à circulação de pessoas” (BRASIL, 2020f).

Tal entendimento também foi estampado na Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI n.º 6341, onde foi questionado a competência concorrente dos estados, DF, municípios e União para dispor normas sobre enfrentamento do coronavírus (STF, 2020), pois no entendimento do Ministro Marco Aurélio “a possibilidade do chefe do Executivo Federal definir por decreto a essencialidade dos serviços públicos, sem observância da autonomia dos entes locais, afrontaria o princípio da separação dos poderes” (BRASIL, 2020d).

Portanto, é possível concluir que os municípios, assim como o de Joinville, podem editar normas para combater a disseminação do coronavírus, porém na ADPF n.º 672 e ADI n.º 6341, não foi tratada da temática da locomoção das pessoas.

Embora o debate da locomoção de pessoas não tenha sido realizado nessas ações, em 17/04/2020, houve o debate sobre toque de recolher na Suspensão de Liminar n.º 1.315 do STF.

Naquele caso, o município de Umuarama – PR, havia editado o Decreto n.º 82/2020, que determinou o toque de recolher na cidade o período de 21 horas até as 5 horas do dia seguinte.

Diante disso, houve a impetração de habeas corpus para reconhecer a ilegalidade do decreto e fosse concedido salvo-conduto, o que foi deferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná – PR em medida liminar e suspendeu os efeitos do Decreto em 08/04/2020 (PARANÁ, 2020).

Não conformado, o município recorreu ao STF, onde o Ministro Dias Toffoli (na época presidente do Tribunal) negou seguimento a suspensão da liminar.

Em sua fundamentação o ministro relata que a Lei n.º 13.979/2020 determina que a restrição intermunicipal é em caráter excepcional e temporária, seguindo recomendação da ANVISA e que no caso daquele decreto, não estava respaldado em nenhuma recomendação técnica e que só o fato de existir a pandemia não justifica a restrição do direito de locomoção (BRASIL, 2020g).

Assim na Suspensão de Liminar n.º 1.315 do STF o Ministro Dias Toffoli, deu interpretação literal ao § 6º-B, incisos I e II do artigo 3º, da Lei n.º 13.979/2020.

O debate parecia encerrado, mas ainda havia outra discussão no STF, sendo a respeito da obrigatoriedade de as medidas serem pautadas em recomendações técnicas da ANVISA (para restrição de locomoção interestadual) ou vigilância sanitária estadual (para restrição de locomoção intermunicipal), conforme disposto no artigo acima citado.

Para essa discussão, foi pautado o julgamento da ADI n.º 6343, tendo sido julgada em 06/05/2020 e sido decidido:

i) suspender parcialmente, sem redução de texto, o disposto no art. 3º, VI, b, e §§ 6º e 7º, II, a fim de excluir estados e municípios da necessidade de autorização ou observância ao ente federal; e ii) conferir interpretação conforme aos referidos dispositivos no sentido de que as medidas neles previstas devem ser precedidas de recomendação técnica e fundamentada, devendo ainda ser resguardada a locomoção dos produtos e serviços essenciais definidos por decreto da respectiva autoridade federativa, sempre respeitadas as definições no âmbito da competência constitucional de cada ente federativo [...] (BRASIL, 2020e).

Portanto, entendeu o STF que os municípios podem editar normas sem autorização de algum ente federal, desde que precedidas de recomendação técnica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao chegar ao final deste artigo, considera-se que ele apresentou uma discussão a respeito da legalidade do Decreto n.º 38.520 de 23 de junho de 2020 do município de Joinville/SC no que tange ao isolamento compulsório das pessoas idosas.

O tema gerou diversas críticas no âmbito municipal e questões semelhantes a essa também foram tratadas em outros municípios como discorrido no decorrer deste artigo, tendo que o STF se debruçar sobre o tema diversas vezes e até que de maneira repetida devido às diversas ações protocoladas e recursos que chegaram na Corte, até porque não se esperava um cenário como esse.

Daquilo que há na CRFB/88, na Lei, doutrina e entendimentos adotado pelo STF, pode-se concluir que o direito à liberdade de locomoção pode ser restringido por meio de Lei, no caso deste artigo, a Lei Federal nº 13.979/2020 que dispôs expressamente da possibilidade da restrição à locomoção intermunicipal em seu artigo 3º, inciso VI, b.

Quanto a necessidade de amparo em recomendação da ANVISA para restrição da locomoção interestadual e da vigilância sanitária estadual para restrição intermunicipal (§ 6º-B, incisos I e II da referida Lei) o STF também que não é necessário que a recomendação seja desses órgãos.

No caso do Decreto n.º 38.520/2020 do município de Joinville, ficou amparado na recomendação da OMS e análise do próprio município, portanto, neste quesito, ele está correto.

No que tange a competência, o STF também entendeu que o município é competente, desde que respeite as normas dos entes estaduais e à União.

Ocorre que, o Decreto editado, foi um ato um motivado, uma vez que se pautou nas normativas superiores e recomendações técnicas e, portanto, sua validade está vinculada à sua motivação. Almeida (p. 312, 2020) explica que “em caso de inexistência ou falsidade do motivo, o ato será declarado nulo”.

O Decreto n.º 38.520/2020 do município de Joinville determinou o isolamento compulsório das pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos citando a recomendação da OMS afirmando que ela recomenda “o confinamento domiciliar pode ser aplicado a segmentos selecionados da população (por exemplo, idosos) ou à população em sua totalidade” (JOINVILLE, 2020b).

Embora a OMS recomende tal medida, por questão de soberania, sua aplicação só é permitida se o Direito Brasileiro assim permitir.

Além disso, o referido decreto se vinculou à Lei Federal n.º 13.979/2020 e nela dispõe que a quarentena e o isolamento domiciliar são para pessoas contaminadas ou infectadas (BRASIL, 2020c).

Considerando que o decreto determinou essas medidas para pessoas saudáveis, o ato se torna nulo, pois se trata de medida ilegal.

Impedir o idoso de frequentar determinados estabelecimentos não é ilegal, pois a Lei e o STF já entenderam que é permitido restrição de ingressos em estabelecimentos públicos e privados, no entanto, impedir o idoso de sair de casa, embora justificável, se tornou uma medida ilegal.

Posterior o ato foi revogado pelo Decreto n.º 39.289, de 04 de setembro de 2020 que teve vigência a partir de 09/09/2020.

O objetivo do município era diminuir a ocupação dos leitos de UTI, uma vez que no Decreto n.º 38.520/2020 afirmou considerou que (na época da edição do decreto) aproximadamente 84% (oitenta e quatro por cento) dos óbitos decorrentes do coronavírus eram de pessoas idosas e 64% (sessenta e quatro por cento) dos leitos dedicados ao coronavírus já haviam sido ocupados (JOINVILLE, 2020b).

Ao que parece, surtiu seu efeito, portanto, embora teoricamente ilegal, a medida conseguiu alcançar sua finalidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraivajur, 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 03 nov. 2020a.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto legislativo n.º 6, de 2020**. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem n.º 93, de 18 de março de 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/portaria/DLG6-2020.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm). Acesso em: 03 nov. 2020b.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm). Acesso em: 03 nov. 2020c.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 6341**. Origem: Distrito Federal – DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 15 abr. 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5061894&ext=RTF>. Acesso em: 04 nov. 2020d.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 6343**. Origem: Distrito Federal – DF. Requerente: Rede Sustentabilidade - REDE. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 06 maio 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=5077227&ext=RTF>. Acesso em: 09 nov. 2020e.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental n.º 672**. Origem: Distrito Federal – DF. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados Do Brasil – CFOAB. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Data do Julgamento: 08 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF672liminar.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2020f.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Suspensão de liminar n.º 1.315**. Origem: Umuarama – PR. Requerente: Município de Umuarama. Relator: Ministro Dias Toffoli. Data do Julgamento: 17 abr. 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaPresidenciaStf/anexo/SL1315.pdf>. Acesso em 19 out. 2020g.

JOINVILLE. **Decreto n.º 37.576, de 17 de março de 2020**. Dispõe sobre medidas de prevenção e combate ao contágio pelo coronavírus (COVID-19) nos órgãos e nas entidades da Administração Pública Municipal Direta e Indireta e estabelece outras providências. Disponível em: [https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador\\_publicacoes.php?acao=publicacao\\_visualizar&id\\_documento=10000006496507&id\\_orgao\\_publicacao=0](https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=10000006496507&id_orgao_publicacao=0). Acesso em: 03 nov. 2020a.

JOINVILLE. **Decreto n.º 38.520, de 23 de junho de 2020**. Determina o isolamento domiciliar de pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos e estabelece medidas adicionais para enfrentamento da pandemia de Covid-19. Disponível em: [https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador\\_publicacoes.php?acao=publicacao\\_visualizar&id\\_documento=10000007170170&id\\_orgao\\_publicacao=0](https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=10000007170170&id_orgao_publicacao=0). Acesso em: 03 nov. 2020b.

JOINVILLE. **Portarian.º 34/2020**. Estabelece medida preventiva para o controle da transmissão e redução dos riscos decorrentes da difusão do novo coronavírus (COVID-19) no Município de Joinville. Disponível em: [https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador\\_publicacoes.php?acao=publicacao\\_visualizar&id\\_documento=10000006468510&id\\_orgao\\_publicacao=0](https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=10000006468510&id_orgao_publicacao=0). Acesso em: 03 nov. 2020c.

JOINVILLE. **Portaria n.º 35/2020**. Estabelece medidas preventivas para o controle da transmissão e redução dos riscos decorrentes da difusão da doença infecciosa viral respiratória COVID-19, provocada pelo agente Novo Coronavírus (SARS-CoV-2), no Município de Joinville. Disponível em: [https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador\\_publicacoes.php?acao=publicacao\\_visualizar&id\\_documento=10000006473188&id\\_orgao\\_publicacao=0](https://sei.joinville.sc.gov.br/sei/publicacoes/controlador_publicacoes.php?acao=publicacao_visualizar&id_documento=10000006473188&id_orgao_publicacao=0). Acesso em: 03 nov. 2020d.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020915/>. Acesso em: 10 out. 2020.

OPAS BRASIL. **OMS afirma que COVID-19 é agora caracterizada como pandemia**. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=6120:oms-afirma-que-covid-19-e-agora-caracterizada-como-pandemia&Itemid=812). Acesso em: 03 nov. 2020.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Habeas corpus**. Processo n.º. 0016440-55.2020.8.16.0000, da comarca de Umuarama. Relator: José Maurício Pinto de Almeida. Data do Julgamento: 08 abr. 2020. Disponível em: [https://projudi.tjpr.jus.br/projudi\\_consulta/arquivo.do?\\_tj=8a6c53f8698c7ff/e5/a8effb/e25219f473376851d5cba3efdf726530d5310e9dd0b0b975d50f7](https://projudi.tjpr.jus.br/projudi_consulta/arquivo.do?_tj=8a6c53f8698c7ff/e5/a8effb/e25219f473376851d5cba3efdf726530d5310e9dd0b0b975d50f7). Acesso em: 09 de nov. 2020.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Habeas corpus**. Processo n.º 5021819-47.2020.8.24.0038, da 4ª Vara Criminal da Comarca de Joinville. Juíza Substituta: Gabriella Matarelli Calijorne Daimond Gomes. Data do Julgamento: 30 jun. 2020a.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Habeas corpus**. Processo n.º 5019192-87.2020.8.24.0000, da 4ª Câmara Criminal. Relator: José Everaldo Silva. Data do Julgamento: 20 ago. 2020b.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2019.

STF. **STF reconhece competência concorrente de estados, DF, municípios e União no combate à covid-19**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441447>. Acesso em: 19 out. 2020.



## A INCONSTITUCIONALIDADE DO USO DAS FORÇAS ARMADAS COMO PODER MODERADOR

*Isabelle Ramirez Santiago Bezerra<sup>40</sup>*

**RESUMO:** O presente artigo busca discutir sobre a questão da impossibilidade do uso das Forças Armadas como “Poder Moderador” nos conflitos entre os três poderes, definidos pelo art. 2º da Constituição Federal de 1988, como sendo Executivo, Legislativo e Judiciário, considerados cláusulas pétreas pelo §4º, inciso III do art. 60. Tendo como objetivo demonstrar os contextos históricos de existência do Poder Moderador e da Separação de Poderes durante as Constituições do Brasil, para analisar as questões discutidas que foram recentemente trazidas à tona por meio de manifestações de figuras políticas à imprensa, defendendo o uso do instituto das Forças Armadas para realização de intervenções armadas, de forma a agir como um “Poder Moderador”. A sugestão de intervenção militar constitucional se tornou novamente tópico de discussão, após a divulgação das falas do atual Presidente da República na reunião ministerial do dia 22 de abril de 2020, em que este fez menção ao art. 142 da Constituição Federal como sendo uma autorização constitucional para que as Forças Armadas “intervenham para restabelecer a ordem no Brasil”.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional; Hermenêutica; Cláusulas Pétreas; Separação de Poderes; Poder Moderador.

### INTRODUÇÃO

No período em que a Constituição Federal de 1988 completa mais um ano de sua terceira década de existência, muitos persistem acreditando que esta seria apenas mais um rol de normas meramente descritivas, passando por cima da autoridade constitucional com propostas e falas extremamente contrárias ao consolidado em texto constitucional, em especial a Cláusula Pétreia explícita do art. 60, §4º, inciso III, referente a Separação de Poderes.

A Constituição Federal não confere às Forças Armadas, mesmo que para suposta defesa aos valores constitucionais, a possibilidade de intervir nos conflitos entre os Poderes. Falar em um “Poder Moderador” exercido pelas Forças Armadas não seria apenas demonstração de uma hermenêutica jurídica distorcida, mas também um argumento sem qualquer contexto histórico.

Dito isso, o presente artigo descreverá o contexto histórico necessário para o entendimento do que seria o Poder Moderador, e uma breve explicação da questão histórica da Separação de Poderes no Brasil. Bem como uma análise da hermenêutica do art. 142 da Constituição Federal de 1988.

---

<sup>40</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

## 1. CONTEXTO HISTÓRICO DO PODER MODERADOR NO BRASIL

Dentre todas as constituições brasileiras, apenas a primeira, de 1824, previa um Poder Moderador. A referida Constituição do Império, outorgada por Dom Pedro I, previa um governo monárquico e hereditário, com a figura do imperador sendo inviolável e sem a obrigação de se sujeitar a responsabilidades legais. O imperador exercia o Poder Executivo e o Poder Moderador, juntamente dos seus conselheiros, tendo a função de regular e fiscalizar os demais poderes, de forma que o imperador detinha o poder político absoluto.<sup>41</sup>

Nos termos do art. 98 da Constituição de 1824, o Poder Moderador seria:

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

Portanto, entende-se que o Poder Moderador estaria acima dos demais poderes, sendo uma chave para a organização política do império através da centralização do poder.

Posterior aos eventos do Brasil Imperial, sendo proclamada a república em novembro de 1889, ocorreu a promulgação de uma nova constituição em 1891. Esta, por sua vez, extinguiu o Poder Moderador e adotou o modelo da tripartição de poderes baseado na doutrina de Montesquieu. Definindo os poderes como sendo Legislativo, Executivo e Judiciário, todos harmônicos e independentes entre si.

O fim do Poder Moderador coincide com a adoção do modelo de supremacia constitucional, onde nenhuma lei estaria acima da Constituição. Da forma que descreve Christian Lynch<sup>42</sup>, ao introduzir o controle difuso de constitucionalidade, os constituintes de 1891 tinham em mente substituir o Poder Moderador pela jurisdição constitucional, com a função de arbitrar os conflitos políticos e zelar pelo cumprimento da Constituição.<sup>43</sup>

O controle de constitucionalidade constitui um dos mecanismos criados para verificação da conformidade de um ato em relação à Constituição, buscando manter o funcionamento da harmonia entre o sistema jurídico e político. Para os casos de ameaças mais graves à estabilidade institucional, a Constituição autoriza o uso de instrumentos excepcionais, como é o caso da intervenção federal e o estado de sítio. Em nenhum desses instrumentos citados é dado às forças armadas o poder de atuar como uma espécie de Poder Moderador, acima dos demais poderes.

<sup>41</sup> YAMASAKI, Sergio. Os Maiores Acontecimentos da História do Brasil. Melhoramentos. Rio de Janeiro, 2006. P. 40.

<sup>42</sup> LYNCH, Christian Edward Cyril. O caminho para Washington passa por Buenos Aires. Revista Brasileira de Ciências Sociais, Vol. 27, p. 78, fevereiro 2012.

<sup>43</sup> Conselho Federal da OAB – Inconstitucionalidade das propostas de intervenção militar constitucional. Forças Armadas não exercem papel de Poder Moderador. 2020. P. 4. Disponível em <http://s.oab.org.br/arquivos/2020/06/682f58de-5b3e-46cc-bda6-7397b1a93009.pdf> Acesso em: 17 de nov. 2020

## 2. A SEPARAÇÃO DE PODERES DURANTE AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Na primeira constituição brasileira, a Constituição Imperial de 1824, já existia o instituto da separação de poderes, presente em seu art. 10, o qual demonstra que:

Art. 10. Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial.

Entretanto, não se tratava da atual tripartição de poderes, como bem se sabe, pois esta continha o Poder Moderador, sendo de competência do Imperador para que este mantivesse o equilíbrio e a harmonia entre os demais poderes.<sup>44</sup>

Em 1891, o Brasil promulgou sua segunda Constituição, nomeada de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que estabelecia não apenas a república, mas também a questão da separação de poderes, em que excluía o Poder Moderador.<sup>45</sup> Em seu art. 15, afirmava que:

Art. 15 - São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.

Ademais, estabelecia em seu art. 14 que as forças armadas seriam essencialmente obedientes aos seus superiores hierárquicos:

Art. 14 - As forças de terra e mar são instituições nacionais permanentes, destinadas à defesa da Pátria no exterior e à manutenção das leis no interior. A força armada é essencialmente obediente, dentro dos limites da lei, aos seus superiores hierárquicos e obrigada a sustentar as instituições constitucionais.

Mais tarde, em 1934, foi promulgada a terceira constituição instituída no fim do governo provisório de Getúlio Vargas, que ainda era nomeada como Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a qual buscou de igual modo a defesa da separação de poderes, prevista no caput do art. 3º, como sendo:

Art. 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

Durante essa Constituição, o Senador Federal era encarregado de coordenar os poderes federais entre si, para manter a continuidade administrativa e velar pelo cumprimento da Constituição. Assim, a Constituição de 1934 acabou por delegar ao Senado Federal um poder semelhante ao moderador.<sup>46</sup>

<sup>44</sup> YAMASAKI, Sergio. Os Maiores Acontecimentos da História do Brasil. Melhoramentos. Rio de Janeiro, 2006. P. 40.

<sup>45</sup> YAMASAKI, Sergio. Os Maiores Acontecimentos da História do Brasil. Melhoramentos. Rio de Janeiro, 2006. P. 58.

<sup>46</sup> YAMASAKI, Sergio. Os Maiores Acontecimentos da História do Brasil. Melhoramentos. Rio de Janeiro, 2006. P. 68.

Ainda no período denominado de Era Vargas, mais precisamente durante o que ficou conhecido como Estado Novo em 1937, o Brasil teve sua quarta Constituição, novamente conhecida por Constituição dos Estados Unidos do Brasil, a qual marcou um grande retrocesso em relação à separação de poderes. Diferentemente das Constituições anteriores, a de 1937 foi a primeira a não prever expressamente, o princípio da separação de poderes. O texto constitucional trouxe mais poderes ao presidente, o qual era tratado como a autoridade suprema do estado. A Constituição que ficou conhecida como “Polaca” estabeleceu um grande desequilíbrio na separação dos poderes, visto que concentrou excessivamente o poder ao Executivo.<sup>47</sup>

O fim da Era Vargas se deu em 1945, sendo promulgada a quinta constituição em 1946, novamente nomeada como Constituição dos Estados Unidos do Brasil, onde foi reestabelecido o princípio da separação de poderes, disposto em seu art. 36:

Art. 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.

De forma a trazer de volta a harmonia entre os três poderes, reduzindo os poderes do executivo que haviam sido concedidos na Constituição de 1937.<sup>48</sup>

Posteriormente, com o início do regime militar, em 1967 o Brasil promulgou sua sexta Constituição, denominada de Constituição da República Federativa do Brasil. Apesar de existir em sua redação a previsão legal da tripartição de poderes, no art. 6º:

Art. 6º - São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Na realidade, não havia o equilíbrio necessário entre os poderes, mas sim uma prevalência novamente do executivo. O período compreendido entre 1964-1985, ficaria conhecido por seus Atos Institucionais, sendo verdadeiros instrumentos de repressão, onde ficariam suspensos inúmeros direitos, garantias e princípios defendidos em Constituições anteriores.<sup>49</sup>

Por fim, nossa Constituição atual, a sétima, foi promulgada em 1988 e foi um marco entre a ditadura e a volta da democracia, visto que incorporou importantes avanços no que se refere à organização política e aos direitos individuais e coletivos. A nova constituição, em seu art. 2º, estabelece que:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

<sup>47</sup> YAMASAKI, Sergio. Os Maiores Acontecimentos da História do Brasil. Melhoramentos. Rio de Janeiro, 2006. P. 70.

<sup>48</sup> VILLA, Marco Antonio, A História das Constituições Brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo, Texto Editores LTDA, 2011. P. 58

<sup>49</sup> VILLA, Marco Antonio, A História das Constituições Brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo, Texto Editores LTDA, 2011. P. 67 e 68

### 3. ANÁLISE DA HERMENÊUTICA DO CAPUT DO ART. 142 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

A redação do art. 142, caput, da Constituição Federal, reconhece e limita os poderes e funções das Forças Armadas. De forma que, o Constituinte teve o cuidados de indicar com clareza a submissão das Forças Armadas à “autoridade suprema do Presidente da República” e de definir sua configuração como sendo “instituições nacionais permanentes e regulares”, de modo a se submeterem, em qualquer tempo, aos ditames do sistema constitucional, independentemente do governo (pois são permanentes) e mesmo estando em contextos excepcionais (pois são regulares).<sup>50</sup>

Ao tratar da possibilidade de atuação das Forças Armadas para garantia da lei e da ordem, a Constituição flexibiliza o comando que atribui ao presidente como autoridade suprema sobre as corporações militares. De forma que, não cabe às Forças Armadas agirem sem serem convocadas, assim como não cabe ao chefe do poder executivo a exclusividade de competência para realizar tal convocação.

A submissão e obediência devida à lei é de todo modo incompatível com a posição de moderador de conflitos entre os Poderes. Como instituição que detém o poder das armas, as Forças Armadas agem sob o comando das autoridades competentes e apenas nas hipóteses autorizadas por lei. Se, removidos tais limitações condicionais, estariam expondo a ordem jurídica e política ao risco do desvirtuamento do uso das armas e a negação da missão constitucional das forças militares, como bem diz Seabra Fagundes.<sup>51</sup>

Os conflitos entre os Poderes devem, portanto, ser resolvidos pelos mecanismos de freio e contrapeso devidamente regulados pelo texto constitucional. Tais mecanismos são suficientemente adequados para solucionar eventuais conflitos entre os Poderes. Não há como, portanto, cogitar que as Forças Armadas tenham essa função ofensiva ao princípio da Separação dos Poderes.

A interpretação conferida às Forças Armadas com a atribuição do Poder Moderador ignora os limites constitucionais a ela impostos, para livrar-se de qualquer controle constitucional, tornando-se a intérprete máxima da Constituição Federal, especialmente no que se refere à repartição de poderes entre Legislativo, Executivo e Judiciário.

<sup>50</sup> Conselho Federal da OAB – Inconstitucionalidade das propostas de intervenção militar constitucional. Forças Armadas não exercem papel de Poder Moderador. 2020. P. 7. Disponível em <http://s.oab.org.br/arquivos/2020/06/682f58de-5b3e-46cc-bda6-7397b1a93009.pdf> Acesso em: 17 de nov. 2020

<sup>51</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. As Forças Armadas na Constituição. RDA 9/1947, p. 1-29, jul./set. 1947.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, é possível concluir que sempre se faz necessário compreender o contexto em que a norma esteve inserida em sua criação, assim como tudo que veio antes dessa e a ajudou a ser compactuada em seu texto e publicação. Nosso atual texto constitucional tem mais de trinta anos de existência, e mesmo com esforços de doutrinadores especialistas em exercer a hermenêutica jurídica, as normas continuam sendo compreendidas de forma equivocada e distorcidas a bel prazer.

Atualmente se denota a presença de uma intensa difusão de informações, sem que haja qualquer análise mais aprofundada buscando evitar lesões ao direito em discursos de figuras políticas. Em razão disso, se faz necessária a atuação ativa dos órgãos responsáveis pela defesa da constituição, como brilhantemente o fez o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em seu parecer jurídico sobre a questão das Forças Armadas não exercerem papel do Poder Moderador.

## REFERÊNCIAS

Conselho Federal da OAB – **Inconstitucionalidade das propostas de intervenção militar constitucional. Forças Armadas não exercem papel de Poder Moderador. 2020.** Disponível em <http://s.oab.org.br/arquivos/2020/06/682f58de-5b3e-46cc-bda6-7397b1a93009.pdf> Acesso em: 17 de nov. 2020

LYNCH, Christian, **O Caminho para Washington Passa por Buenos Aires.** A recepção do conceito argentino do estado de sítio e seu papel na construção da República Brasileira. RBCS, Vol 27 n° 78, Fevereiro 2012.

VILLA, Marco Antonio, **A História das Constituições Brasileiras: 200 anos de luta contra o arbítrio.** São Paulo, Texto Editores LTDA, 2011.

Câmara dos Deputados - **Constituições Brasileiras.** 2005. Disponível em [https://www2.camara.leg.br/a-camara/visiteacamara/cultura-na-camara/copy\\_of\\_museu/publicacoes/arquivos-pdf/Constituicoes%20Brasileiras-PDF.pdf](https://www2.camara.leg.br/a-camara/visiteacamara/cultura-na-camara/copy_of_museu/publicacoes/arquivos-pdf/Constituicoes%20Brasileiras-PDF.pdf) Acesso em: 16 de nov. 2020

Senado Federal - **25 anos da Constituição Cidadã.** 2013. Disponível em <http://www.senado.gov.br/noticias/especiais/constituicao25anos/historia-das-constituicoes.htm> Acesso em 16 de nov. 2020

FAGUNDES, Miguel Seabra. **As Forças Armadas na Constituição.** RDA 9/1947, jul./set. 1947.

YAMASAKI, Sergio. **Os Maiores Acontecimentos da História do Brasil.** Melhoramentos. Rio de Janeiro, 2006.

---

**GRUPO DE TRABALHO:  
DIREITOS CULTURAIS, CRIMINOLOGIA  
E JUSTIÇA SOCIAL**

## A EFETIVIDADE DO ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA FRENTE AO APRISIONAMENTO EM MASSA DE MULHERES NO BRASIL

*Laísa Rohrbacher<sup>52</sup>  
Sarah Francine Schreiner<sup>53</sup>*

**RESUMO:** O aumento do aprisionamento de mulheres chama a atenção em relação aos impactos no próprio sistema prisional e dos direitos humanos. Embora ainda carente de dados acerca do perfil das mulheres presas, o INFOPEN Mulheres apontou um aumento de 567,4% na população carcerária feminina, durante o período de 2000 a 2014, e segundo dados do relatório “Mulheres em prisão” do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania de 2017, 48,8% dessas mulheres eram mães que poderiam estar cumprindo com a sua pena de forma alternativa ao cárcere. Há demandas específicas que as mulheres apresentam, principalmente, o acompanhamento do desenvolvimento dos seus filhos durante os primeiros anos de vida, cujos marcos legislativos – como as Regras de Bangkok e Estatuto da Primeira Infância - visam garantir o convívio de mães e filhos durante o desenvolvimento inicial das crianças, além de incentivar o regime fechado como última alternativa para o cumprimento de pena dessas mulheres. Somados aos direitos constitucionais já previstos e às normas contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que há solidez no respaldo legal, que dá privilégio ao melhor interesse da criança, entretanto, as políticas aplicadas ainda são deficitárias. Daí a inquietude deste estudo: cumprem-se as previsões legais acerca dos direitos das crianças cujas mães estão encarceradas? Pelo método bibliográfico, objetiva-se compreender as políticas aplicadas que visam diminuir a desigualdade de gênero no sistema de prisional, e analisar se, de fato, há efetividade no cumprimento do Estatuto da Primeira Infância em relação aos filhos das mulheres aprisionadas.

**PALAVRAS-CHAVE:** Encarceramento; Mulheres; Primeira Infância; Sistema Prisional.

### INTRODUÇÃO

Apresentando-se atualmente como o país com a terceira maior população prisional do mundo, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN, 2015), nos últimos anos o Brasil teve uma explosão no número de pessoas que tiveram a sua liberdade privada em razão de práticas de caráter delitivo, destacando-se, especialmente, a curva ascendente da população carcerária feminina.

Conforme estudos realizados pela filósofa Djamila Ribeiro (2019, p. 96/97), reconhecida como um espaço de correção de condutas, a prisão, no contexto do sistema penal, foi muito

<sup>52</sup> Graduanda em Direito pela Univille *campus* São Bento do Sul – SC. Participante do grupo de estudos do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos – NEADH. Brasil. E-mail: laisarohrbacher@gmail.com.

<sup>53</sup> Professora do Curso de Direito da Univille *campus* São Bento do Sul – SC. Mestre em Direitos Humanos e Políticas Públicas – PUC/PR (bolsista CAPES). Participante do grupo de estudos do Núcleo de Estudos e Atividades em Direitos Humanos – NEADH. Brasil. E-mail: sarahfrancine@yahoo.com.br.



utilizada para promover um controle social, marginalizando aqueles grupos considerados como “indesejados” pelos indivíduos que detinham o poder de definir os crimes e os criminosos.

Nessa linha, tendo o seu foco punitivo voltado para a privação de liberdade do criminoso, o aumento expressivo de número de presos e de prisões tem causa em uma violência institucional estruturada, revelada na forma em que os serviços públicos são oferecidos ou negligenciados, se utilizando, ainda, de dispositivos legais da esfera penal que se mostram hesitantes, como no caso da Lei 11.343/06<sup>54</sup>, onde a diferenciação entre traficante e usuário é extremamente subjetiva, deixando toda a decisão a encargo do judiciário (RIBEIRO, 2019), que na maioria das vezes, constrói seu entendimento de maneira seletiva, relevando características socioeconômicas dos indivíduos acusados.

Nesse aumento significativo dos números de aprisionados, o fenômeno que mais se destacou foi o encarceramento em massa de mulheres. Durante os anos de 2000 a 2014, o contingente de mulheres encarceradas aumentou em 567,4%, enquanto o índice correspondente à prisão dos homens teve um aumento de 220% (INFOPEN, 2015).

Esse aumento significativo de mulheres aprisionadas chamou a atenção de diversos setores estatais e da sociedade civil que buscavam analisar os impactos gerados nas políticas públicas de segurança e administração penitenciária, bem como revelar os dados dessa realidade negligenciada.

Das análises e estudos realizados, verificam-se problemas sociais latentes que urgem por respostas do Estado. Nesse ponto, as principais problemáticas ressaltam a dura desigualdade de gênero vivenciada pelas mulheres presas, que observam suas demandas e necessidades específicas, a exemplo da maternidade, serem negligenciadas por completo pelo sistema prisional, além das anomalias apresentadas pelo próprio sistema que não é efetivo em seu propósito de ressocialização.

Somando essas disfunções do sistema prisional, verificava-se o surgimento de uma problemática ainda mais complexa que deixa exposto um sistema penitenciário extremamente machista, fruto de toda uma construção histórica derivada do patriarcado, que sujeita as mulheres presas e, conseqüentemente para aquelas que são mães, os seus filhos, a punições que vão além da privação de liberdade, afetando a sua dignidade como pessoa humana.

Nesse viés, reflexões começaram a ser suscitadas acerca da necessidade de repensar as formas de aprisionamento e de todo o sistema prisional em si. Atendendo a orientações internacionais assinaladas, principalmente, pelas Regras das Nações Unidas, notou-se uma intensa produção normativa voltada principalmente para o tratamento das mulheres aprisionadas, considerando suas demandas específicas, e propondo maior ênfase às medidas não privativas de liberdade como alternativas à prisão, a exemplo do formulado nas Regras de Bangkok (BRASIL, 2016a).

---

<sup>54</sup> Também conhecida como Lei Anti-Drogas.

Considerando ainda as relações e vínculos familiares que a mulher presa possui, dando atenção especial à maternidade e aos filhos dessas mulheres, elaborou-se a Lei n. 13.257/16<sup>55</sup>, que fez alterações significativas na Legislação Celetista<sup>56</sup>, no Estatuto da Criança e do Adolescente<sup>57</sup> e no Código de Processo Penal<sup>58</sup>, com o intuito de preservar o melhor interesse da criança e garantir uma convivência fundamental e saudável com sua mãe nos primeiros anos de vida.

A formulação dos dispositivos legais supracitados resultou em grandes inovações no campo das garantias que deveriam ser proporcionadas às mulheres presas como meio de garantir a sua dignidade e integridade, enquanto em cumprimento de punição por ato criminoso. Mesmo assim, a concretização dessas normativas ainda é deficitária, deixando, principalmente, as mulheres mães presas em situação de desamparo.

Desta forma, o presente artigo possui como objetivo analisar a efetividade na aplicação do Estatuto da Primeira Infância (BRASIL, 2016b) em relação à prisão de mulheres mães no país. Além disso, o estudo visa compreender a razão dessas mulheres continuarem sem direito à prisão domiciliar mesmo tendo filhos ou estando grávidas, o que contraria previsões legais presentes no ordenamento jurídico brasileiro, como as garantias protecionistas da Constituição Federal de 1988<sup>59</sup>, do Estatuto da Criança e do Adolescente, e disposições de outros instrumentos normativos elaborados para evitar o agravamento da situação.

## 1. DESENVOLVIMENTO

Durante muitos séculos, a punição da mulher cabia única e exclusivamente aos seus maridos ou pais, ou ainda aos seus irmãos, caso estes identificassem qualquer desvio no campo moral cometido por elas ou alguma transgressão no papel social que se esperava da mulher, refletindo assim, uma intensa relação de proprietário e propriedade.

Superada, mas não inteiramente, essa forma de punir se projeta no atual sistema prisional que, em sua realidade, ignora a dignidade e necessidades da mulher e de seus vínculos familiares. Segundo a norte-americana Angela Davis (2003), os sistemas punitivos se estabelecem como masculinos porque refletem a estrutura legal, política e econômica negada às mulheres.

Mas os condenados punidos com o aprisionamento em sistemas penitenciários emergentes eram sobretudo homens. Isso refletia a estrutura profundamente influenciada pelo gênero dos direitos econômicos, políticos e legais. Como o status público de indivíduos detentores de direitos era amplamente negado às mulheres, elas não podiam ser punidas com a privação desses direitos por meio do encarceramento (DAVIS, 2003).

<sup>55</sup> Também conhecida e referenciada como Estatuto da Primeira Infância.

<sup>56</sup> Referenciada também como CLT ou Consolidação das Leis do Trabalho.

<sup>57</sup> Referenciado também como ECA.

<sup>58</sup> Referenciado também como CPP.

<sup>59</sup> A partir de agora referenciada como CRFB/88.

Resgatando esse contexto histórico, é possível compreender os reflexos que a estrutura patriarcal projeta na situação atual de aprisionamento em massa de mulheres, principalmente, ao observamos que não são oportunizadas a aplicação das medidas alternativas à prisão para a maioria das mulheres presas, que são mães, fragilizando, assim, um indivíduo e seus vínculos que já se encontram numa posição bastante vulnerável.

Contudo, um passo importante para priorizar a aplicação de medidas alternativas à prisão é o entendimento acerca do perfil dessas mulheres presas, suas especificidades de gênero, como e porque elas estão no sistema de justiça, e quais são os efeitos do cárcere sobre elas e suas relações familiares.

Embora ainda exista grande deficiência de dados e indicadores sobre o perfil de mulheres em privação de liberdade nos bancos de dados oficiais do governo, estudos apontam que, das mulheres encarceradas cerca de 68% são negras, e três em cada dez não tiveram julgamento, sendo consideradas presas provisórias. Além disso, 50% dessas mulheres não concluíram o ensino fundamental e 50% são jovens, sendo que essa média de mulheres possuem em torno de 20 anos (BORGES, 2019, posição 872).

Esses dados são alarmantes e ganham grande destaque no meio social. Por meio deles é possível vislumbrar a prevalência de certos perfis de mulheres que são aprisionadas que acabam por refletir o já conhecido perfil geral da população prisional, uma vez que englobam estatísticas de mulheres jovens, pobres, negras ou pardas, com baixa escolaridade, muitas vezes acusadas de crimes que poderiam ter sua punição voltada para vias alternativas à prisão. Sob essa perspectiva, segundo a pesquisadora Juliana Borges (2019, posição 872), conclui-se que o encarceramento segue como uma engrenagem de profunda manutenção das desigualdades baseadas na hierarquia racial e tendo no segmento juvenil seu principal alvo.

Observa-se que um grande ponto de intersecção entre as mulheres presas é a maternidade. Considerando esse perfil, o relatório “Mulheres em prisão” de 2017, do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania<sup>60</sup>, aponta que 48,8% das mulheres aprisionadas eram mães, sendo que a idade média dos seus filhos é de nove anos. Dessa forma, considerando as normativas já previstas no ordenamento jurídico, essas mulheres que são mães poderiam perfeitamente responder por seus atos em prisão domiciliar, sem necessidade da manutenção da prisão provisória, quando esta for decretada.

Em adição aos referenciais já mencionados, analisando a condição específica de gestantes/lactantes e expondo as deficiências no campo da saúde dentro do sistema prisional, dados do INFOPEN (2015) indicam que há apenas 32 profissionais médicos ginecologistas para atender todo o contingente de mulheres encarceradas no Brasil (BORGES, 2019). Evidente que o direito ao pré-natal, embora dito assegurado, está gravemente violado, visto que muitas dessas mulheres têm o seu acesso à saúde fornecido de forma precária e insuficiente. Além disso, são graves os relatos de partos realizados com mulheres algemadas que colocam em risco tanto à saúde da mãe quanto do recém-

---

<sup>60</sup> Também referenciado como ITTC.

nascido, que, além disso, ainda podem acabar provocando a antecipação do parto. Essa situação persiste em violar preceitos constitucionais e o direito à dignidade mesmo com a aprovação de decisão terminativa do projeto que visa a proibição desse procedimento pela Comissão de Constituição e Justiça, em 2016<sup>61</sup>.

Dentro desse contexto de violação do princípio da dignidade da pessoa humana, relativamente aos direitos à saúde conferidos às mulheres aprisionadas, vale ressaltar que esse princípio configura-se como diretriz central para toda a ordem jurídica, conforme entendimento do autor Aury Lopes Júnior:

A dignidade da pessoa humana constitui-se: um valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual para muitos se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológica-valorativa (LOPES JR., 2011).

No sentido de expandir as medidas menos encarceradoras para mulheres e principalmente assegurar o melhor interesse da criança, que conseqüentemente e involuntariamente integra toda a situação do cárcere com sua mãe, foram estabelecidas as Regras de Bangkok (BRASIL, 2016a), que se consagraram como marco normativo internacional para a redução do encarceramento e promoção de políticas despenalizadoras, além do já mencionado Estatuto da Primeira Infância (BRASIL, 2016b).

As Regras de Bangkok (BRASIL, 2016a) foram aprovadas pela Assembleia Geral da ONU<sup>62</sup> ainda no ano de 2010, sendo que sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu com a tradução oficial para o português no ano de 2016, evidenciando um crescimento importante na atenção conferida pelo poder público à situação do encarceramento feminino.

Fruto da articulação do ITTC com a Pastoral Carcerária, as Regras de Bangkok (BRASIL, 2016a) tinham por fim uma mudança política na visão do cárcere feminino. Seu objetivo envolvia o reconhecimento legal das condições de desigualdade social a qual a mulher está condicionada dentro do sistema prisional, ressaltando todos os impactos causados na mulher que é mãe e nos seus filhos, que muitas vezes ainda se encontram em idade tenra. Segundo o Ministro Ricardo Lewandowski, o documento teve a intenção de “promover maior vinculação à pauta de combate à desigualdade e violência de gênero” e “jogar luzes para a mudança necessária do panorama relacionado com o encarceramento feminino no país” (BRASIL, 2016a).

Dentre as várias disposições cabe ressaltar, primeiramente, a Regra 42<sup>63</sup> que determina

<sup>61</sup> Projeto de Lei n. 5654/2016.

<sup>62</sup> Organização das Nações Unidas.

<sup>63</sup> Regra 42: 1. Mulheres presas deverão ter acesso a um programa amplo e equilibrado de atividades que considerem as necessidades específicas de gênero. 2. O regime prisional deverá ser flexível o suficiente para atender às necessidades de mulheres gestantes, lactantes e mulheres com filhos/as. Nas prisões serão oferecidos serviços e instalações para o cuidado das crianças a fim de possibilitar às presas a participação em atividades prisionais. 3. Haverá especial empenho na elaboração de programas apropriados para mulheres gestantes, lactantes e com filhos/as na prisão. 4. Haverá especial empenho na prestação de serviços adequados para presas que necessitem de apoio psicológico, especialmente aquelas que tenham sido submetidas a abusos físicos, mentais ou sexuais (BRASIL, 2016a).

que o regime prisional deverá ser flexível suficiente para atender as necessidades de mulheres gestantes, lactantes ou com filhos/as, sendo que também é determinado especial empenho na elaboração de programas apropriados às demandas singulares das mulheres na prisão.

As Regras 57<sup>64</sup> e 58<sup>65</sup> são claras ao determinar a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras, sendo desenvolvidas opções específicas de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, levando em conta seu histórico familiar e suas responsabilidades de cuidado, sem que haja uma separação abrupta da mulher aprisionada de sua família ou comunidade.

Em relação ao conteúdo da Regra 61<sup>66</sup>, para a aplicação das medidas alternativas à prisão, como a prisão domiciliar, é orientado aos magistrados para considerarem os fatores atenuantes no cometimento da prática delituosa, a exemplo da existência de antecedentes criminais, a natureza e a gravidade da conduta.

Conforme assevera Guilherme de Souza Nucci (2016), a prisão domiciliar é facultativa ao juiz, não sendo direito subjetivo do acusado. Contudo, a afirmação de que essa categoria de prisão está unicamente sujeita à vontade do magistrado vai de encontro com os ditames do princípio da legalidade, uma vez que há previsão legal que discorra sobre as circunstâncias onde permite-se a substituição da prisão provisória pela domiciliar (art. 318, CPP)<sup>67</sup>, cabendo ao representante do judiciário analisar os preenchimentos dos requisitos constantes na lei.

Além do mais, a Regra 64<sup>68</sup> prevê expressamente que as penas não privativas de liberdade terão preferência na aplicação da sanção penal para mulheres gestantes ou com filhos dependentes, sempre que for possível e apropriado, restando à pena de prisão em regime fechado apenas as hipóteses de cometimento de crimes graves e violentos.

---

<sup>64</sup> Regra 57: As provisões das Regras de Tóquio deverão orientar o desenvolvimento e a implementação de respostas adequadas às mulheres infratoras. Deverão ser desenvolvidas, dentro do sistema jurídico do Estado membro, opções específicas para mulheres de medidas despenalizadoras e alternativas à prisão e à prisão cautelar, considerando o histórico de vitimização de diversas mulheres infratoras e suas responsabilidades de cuidado (BRASIL, 2016a).

<sup>65</sup> Regra 58: Considerando as provisões da regra 2.3 das Regras de Tóquio, mulheres infratoras não deverão ser separadas de suas famílias e comunidades sem que se considere devidamente a sua história e laços familiares. Formas alternativas de lidar com mulheres infratoras, tais como medidas despenalizadoras e alternativas à prisão, inclusive à prisão cautelar, deverão ser empregadas sempre que apropriado e possível (BRASIL, 2016a).

<sup>66</sup> Regra 61: Ao condenar mulheres infratoras, os juízes terão a discricionariedade de considerar fatores atenuantes, tais como ausência de antecedentes criminais, a natureza e a não gravidade relativa da conduta criminal, considerando as responsabilidades de cuidado das mulheres e o contexto característico (BRASIL, 2016a).

<sup>67</sup> Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo (BRASIL, Código de Processo Penal. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>).

<sup>68</sup> Regra 64: Penas não privativas de liberdade para as mulheres gestantes e mulheres com filhos/as dependentes serão preferidas sempre que for possível e apropriado, sendo a pena de prisão considerada apenas quando o crime for grave ou violento ou a mulher representar ameaça contínua, sempre velando pelo melhor interesse do/a filho/a ou filhos/as e assegurando as diligências adequadas para seu cuidado (BRASIL, 2016a).

Nesse sentido, vale ressaltar fala de Miguel Reale Júnior (2006), onde a intervenção penal em um Estado Democrático deve estar revestida de proporcionalidade, em uma relação de correspondência de grau entre o mal causado pelo crime e o mau que se causa por via da pena.

À vista disto, colhe-se do exposto que as previsões das Regras de Bangkok (BRASIL, 2016<sup>a</sup>) englobam não apenas a esfera do sistema prisional, mas também, em sua íntegra, propõe iniciativas que visam responder aos problemas mais comuns que acabam levando as mulheres a terem o contato com a justiça criminal.

Considerando os espectros específicos da mulher como pessoa sujeita de direitos, as Regras citadas prestam grande destaque para a flexibilização e aplicação de medidas despenalizadoras na punição das mulheres, sempre que possível e apropriado, considerando o histórico e laços familiares dessa mulher, além de fatores atenuantes no cometimento do crime, sempre velando pelo melhor interesse dos seus filhos (BRASIL, 2016a).

No mesmo sentido, é proposto o Estatuto da Primeira Infância (BRASIL, 2016b), que possui como objetivo principal proteger a criança dos efeitos nocivos do cárcere, oportunizando seu crescimento e desenvolvimento sadio com a indispensável presença materna.

Segundo essa lei, considera-se como primeira infância os primeiros 72 meses de vida da criança, sendo de responsabilidade do Estado a formulação de diretrizes para a implementação de políticas públicas de proteção à primeira infância, em atenção ao disposto no artigo 6º da CRFB/88, dando a devida importância aos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil, bem como, no próprio desenvolvimento do indivíduo como ser humano possuidor de direitos e deveres.

Partindo da premissa de que a pena não passa da pessoa do condenado (art. 5º, XLV, CRFB/88), ninguém pode nascer preso, sendo responsabilizado por algo que não praticou. Sendo assim, o Estatuto da Primeira Infância (BRASIL, 2016b) consolida a proteção integral de crianças e adolescentes adotada no nosso ordenamento jurídico, conferindo novas garantias a esses indivíduos por meio de alterações em legislações já vigentes, como realizado na CLT, no ECA e no CPP.

A alteração legislativa mais sensível à problemática das mulheres encarceradas faz referência à expansão de hipóteses que possibilitam a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, constantes no artigo 318 do Código de Processo Penal:

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos.

Infere-se, portanto, que tal alteração prevê a possibilidade da prisão domiciliar ser decretada em substituição da preventiva, independente do risco à saúde ou do período gestacional em que a mulher se encontra, sendo suficiente a prova do estado de gravidez, ou então, de que possui filho com idade de até 12 anos incompletos.

Sobre a prisão domiciliar, Guilherme Nucci destaca:

Quanto à prisão domiciliar, trata-se da prisão proveniente do regime aberto, a ser cumprida em residência particular, nos termos do art. 117 da Lei de Execução Penal. Em tese, portanto, destina-se somente aos condenados maiores de 70 anos, acometidos de doença grave, com filho menor ou deficiente físico ou mental e às condenadas gestantes (NUCCI, 2016).

Dessa forma, a mulher mãe poderia cumprir com a sua pena, sem ter afastada de si a oportunidade de ter uma gestação digna, além de poder acompanhar de perto a criação de seus filhos, dando primazia ao melhor interesse da criança, que poderão usufruir de um desenvolvimento saudável.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

À vista do exposto, percebe-se que o empenho na produção legislativa é grande e bem avançado em relação à realidade carcerária do país. Sabe-se que é fundamental tanto à mãe quanto à criança que sejam resguardados os seus direitos à uma maternidade digna, visto que a presença da mãe é indispensável nessa fase ímpar do desenvolvimento do infante.

Embora haja uma íntima vinculação entre o direito da mãe e da criança à uma maternidade digna, não se pode deixar de lado que essa garantia não diz respeito unicamente ao melhor interesse da criança, mas também a liberdade e dignidade da mulher presa, fato este que diversas vezes é ignorado pelo legislativo e judiciário, que muitas vezes menospreza que a mulher presa também é um sujeito de direitos.

Nessa linha, ainda é relevante ressaltar que um grande empecilho na efetivação dos direitos da mulher presa que é mãe, gestante ou lactante, bem como na proteção da primeira infância de seus filhos, é a lacuna nos dados oficiais sobre a realidade do cárcere feminino. Faltam referenciais que indiquem com precisão quais as medidas que precisam ser tomadas, quais precisam de mais atenção e quais precisam ser reformuladas. Dessa forma, entende-se que um passo importante para a alteração dessa realidade de aprisionamento em massa de mulheres mães seria entender o perfil dessas mulheres, analisando quem são, quais as suas especificidades de gênero, quantos filhos possuem e qual a idade deles, como e por que elas estão no sistema de justiça penal e de que forma o cárcere incide sobre elas<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Em relação à essa insuficiência de dados, observam-se pequenos avanços, a exemplo da Lei 9.053/2020 que determina que a Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro deverá inserir nos registros de ocorrência informações sobre gravidez

Assim, mesmo com a deficiência nos dados oficiais, notáveis são as inovações no campo legislativo, contudo, a efetiva proteção aos direitos da primeira infância e às previsões das Regras de Bangkok ainda são precárias, e estão longe de serem garantidas pelo Judiciário, que muitas vezes insiste em não aplicar as legislações vigentes, sob justificativas frágeis, que normalmente envolvem questões de responsabilização da própria mulher, que não considerou a sua condição como gestante/lactante quando da prática delituosa, entre outras fundamentações que dificultam a aplicação prática das previsões legais protecionistas.

Para reafirmar a importância da aplicação de tais medidas, no início do ano de 2018, a segunda turma do Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria de votos, conceder Habeas Corpus coletivo<sup>70</sup> para determinar a substituição da prisão preventiva por domiciliar de mulheres presas, em todo território nacional, que atendessem aos requisitos do art. 318, incisos IV e V, do CPP, sem prejuízo da aplicação das medidas alternativas do artigo 319 do mesmo dispositivo legal.

Portanto, embora haja certa solidez no respaldo legal das garantias e na assistência à mulher mãe em situação de prisão, e no privilégio do melhor interesse dos seus filhos, ainda são tímidas as políticas e decisões que concretizam essas disposições legais na prática. Assim, é certo que para a efetividade da Lei n. 13.247/16<sup>71</sup> e das disposições constantes nas Regras de Bangkok (BRASIL, 2016<sup>a</sup>), ainda há um longo caminho a ser percorrido. Inegável que o Estatuto da Primeira Infância (BRASIL, 2016b) trouxe consideráveis inovações no campo das garantias desses dois personagens fragilizados em razão da realidade a que são expostos, mas cabe maior protagonismo do Estado, dos operadores do direito em geral, e da própria sociedade em si, fazer valer o que a legislação estabelece.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, Juliana. **Encarceramento em Massa**. Feminismos Plurais / Coordenação Djamila Ribeiro. São Paulo: Pólen Livros, 2019 (versão *kindle*).

BRASIL, **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm)>. Acesso em: 10/09/2020.

---

e filhos de até 12 anos de idade de mulheres e adolescentes apreendidas, acusadas ou suspeitas de crimes ou atos infracionais. Não obstante, a referida lei também determina que o Instituto de Segurança Pública produza estatísticas sobre as ocorrências que envolvam gestantes ou pessoas com filhos até 12 anos de idade.

<sup>70</sup> *Habeas Corpus* 143.641 de 2018.

<sup>71</sup> Estatuto da Primeira Infância (BRASIL, 2016b).



BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras**. Brasília, 2016a. Disponível em: <<https://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/01/documento-regras-de-bangkok.pdf>>. Acesso em: 10/09/2020.

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm)>. Acesso em: 10/09/2020.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10/09/2020.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm)>. Acesso em: 10/09/2020.

BRASIL, **Estatuto da Primeira Infância**. Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016b. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: 18/09/2020.

BRASIL, **Habeas Corpus n. 143.641**, de 20 de fevereiro de 2018. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>>. Acesso em: 02/11/2020.

BRASIL, **Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm)>. Acesso em: 10/09/2020.

BRASIL, **Projeto de Lei n. 5654/2016**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2089084>>. Acesso em: 10/09/2020.

INFOPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias: INFOPEN Mulheres**. 2015. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf/view>>. Acesso em: 05/09/2020.

ITTC. Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, **Relatório Mulheres em Prisão**. 2017. Disponível em: <[http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio\\_final\\_online.pdf](http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/03/relatorio_final_online.pdf)>. Acesso em: 09/09/2020.

CHAVES, Luana Hordones e outro. **Gestação e maternidade em cárcere: cuidados de saúde a partir do olhar das mulheres presas em uma unidade materno-infantil.** Rio de Janeiro. Publicado em: Revista de Saúde Coletiva, 2020.

DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** 1ed. Rio de Janeiro: Difel, 2018.

GANEM, Pedro Magalhães. **O encarceramento feminino e os impactos no Estatuto da Primeira Infância,** 2018. Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/597081753/o-encarceramento-feminino-e-os-impactos-no-estatuto-da-primeira-infancia>>. Acesso em 20/10/2020.

ISRAEL, Vinícius Pinheiro e outro. **Estudo sobre a distribuição das taxas de encarceramento nos estados brasileiros e principais variáveis associadas: Influências socioeconômicas e ideológicas.** Vol. 11, pp. 385-411 – Rio de Janeiro. Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, 2018.

LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Vol. I. 7. Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. Código de Processo Penal Comentado. 15ªed.; São Paulo; Forense, 2016.

PEREIRA, Éverton Luís. **Famílias de mulheres presas, promoção da saúde e acesso às políticas sociais no Distrito Federal, Brasil.** Vol. 21, n. 7, pp. 2123-2134. Publicado em: Ciência e Saúde Coletiva, 2016.

PERUSSOLO, Aline e outros. **Mulheres e crianças encarceradas: uma etnografia num presídio feminino e a violação de direitos fundamentais.** Anais da III Semana acadêmica de direito da Univille – Joinville, SC: Editora UNIVILLE, 2018.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal.** 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno Manual Antirracista.** 1 ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

# A LIMITAÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS PELAS PRÁTICAS CULTURAIS RECONHECIDAS COMO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO PELAS LEIS Nº 13.364/2016 E 13.873/2019

Tayana de Almeida Reckziegel<sup>72</sup>  
Ilaniil Coelho<sup>73</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho propõe-se a fazer uma análise crítica a respeito de algumas relações entre práticas culturais legalmente protegidas e direitos dos animais. A importância do tema se dá em razão da inovação legislativa trazida pelas Leis nº 13.364/2016 e 13.873/2019, que passam a reconhecer práticas como a vaquejada, o rodeio e o laço como manifestações culturais nacionais, atribuindo a essas atividades a condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro. Nesse sentido, o objetivo do estudo é analisar as possíveis limitações dos direitos dos animais operadas por tais diplomas. Em um primeiro momento, serão abordados alguns aspectos da política de patrimonialização do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – Iphan. Após, faz-se uma análise do *status* jurídico atribuído aos animais não-humanos pelo direito brasileiro, a fim de se delimitar a existência e extensão de seus direitos. Finalmente, no terceiro tópico, ponderar-se-á sobre as possíveis limitações sofridas pelos direitos dos animais em razão da institucionalização de práticas como a vaquejada, o rodeio e o laço. A abordagem de pesquisa é qualitativa e usa como fontes bibliografia específica, documentos do Iphan, do Poder Legislativo e decisões jurisdicionais. Como resultados finais, constatou-se que, tendo em vista a inexistência de inventário, que deveria ter sido realizado pelo Iphan, assim como de quaisquer instrumentos de gestão ou de controle de tais manifestações culturais, deixando os animais não-humanos à mercê de práticas arbitrárias, as Leis nº 13.364/2016 e 13.873/2019 violam o direito dos animais não-humanos a uma existência digna.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito dos Animais; Patrimônio Cultural; Direitos Culturais.

## INTRODUÇÃO

As discussões éticas, morais e teóricas, problematizando o imaginário sobre como os animais não-humanos deveriam ser tratados pelo ordenamento jurídico, ganham cada vez mais destaque no cenário nacional, sendo impulsionadas pelos debates teóricos e filosóficos contemporâneos em prol dos direitos dos animais (FRANCIONE, 2008; REGAN, 2006; RYDER, 2005; SINGER, 2001) e também pelo ‘novo’ Direito Ambiental ou Direito Ecológico, que trata do “reconhecimento dos direitos dos animais não-humanos e da Natureza” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020, p. 75).

<sup>72</sup> Estudante da quinta série do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (Univille). E-mail para contato: tay.reckziegel@gmail.com.

<sup>73</sup> Possui graduação em História pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1986), Mestrado em Ciências Sociais pela Universidade Federal de São Carlos (1993), Doutorado em História Cultural pela Universidade Federal de Santa Catarina (2010) e Pós-doutorado pela Universidade de Coimbra, em Portugal (2018). E-mail para contato: ilanilcoelho@gmail.com.

Nesse sentido, a atual ordem constitucional instituiu o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conforme o disposto no art. 225, caput, da CRFB/88 (BRASIL, 1988), bem como vedou práticas cruéis contra os animais, nos termos do § 1º, VII, do mesmo dispositivo.

Noutro vértice, o ordenamento jurídico pátrio também dispensou tratamento especial a temas como cultura e direitos culturais, obrigando o Poder Público, nos termos do art. 215, caput, da CRFB/88, a garantir “a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional”, bem como apoiar e incentivar “a valorização e a difusão das manifestações culturais” (BRASIL, 1988). Além disso, estabeleceu especial proteção às práticas culturais, ao definir como patrimônio cultural nacional os bens de natureza material e imaterial portadores de referência à identidade de grupos diversos presentes na formação social brasileira, nos moldes do art. 216, caput, da CRFB/88 (BRASIL, 1988)

À vista disso, a importância da análise conjunta dos dois temas acima mencionados ganha relevo na medida que se verifica que tanto os direitos dos animais não-humanos, quanto os direitos de práticas culturais específicas, mesmo que ambos protegidos juridicamente pela Constituição Federal, podem um limitar o outro.

É neste cenário que se insere a presente questão de pesquisa, ao passo que determinadas práticas culturais que submetem animais não-humanos a tratamento degradante vêm sendo reconhecidas como patrimônio cultural brasileiro, a exemplo do rodeio, laço e da vaquejada, que foram instituídas pelas Leis nº 13.364/2016<sup>74</sup> e 13.873/2019<sup>75</sup>, assim como pela Emenda à Constituição nº 96/2017<sup>76</sup>.

## **1. AS PRÁTICAS CULTURAIS RECONHECIDAS COMO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO PELAS LEIS Nº 13.364/2016 E 13.873/2019**

A Lei nº 13.364/2016, alterada pela Lei nº 13.873/2019, reconhece em seu art. 1º “o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais”, além de elevar “essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal” (BRASIL, 2019). As manifestações culturais patrimonializadas pelas referidas leis, no entanto, não passaram pelo processo formal de reconhecimento do que é ou não considerado patrimônio cultural pelo Iphan.

<sup>74</sup> A Lei n. 13.364/2016 “reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. (Redação dada pela Lei nº 13.873, de 2019)” (BRASIL, 2016).

<sup>75</sup> A Lei n. 13.873/2019 “altera a Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016, para incluir o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestação cultural nacional, elevar essas atividades à condição de bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro e dispor sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal” (BRASIL, 2019).

<sup>76</sup> A Emenda à Constituição nº 96/2017 “acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica” (BRASIL, 1988).

O art. 216, caput, da CRFB/88, conceitua como constituintes do patrimônio cultural nacional “os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, não apenas compõem o patrimônio cultural brasileiro os bens materiais, como também os de natureza imaterial, inserindo-se, entre eles, as práticas sociais, rituais e atos festivos, nos termos do art. 2, item 2, c, da Convenção para a Salvaguarda do Patrimônio Cultural Imaterial da Unesco (2003).

Tais bens de natureza imaterial podem ser conceituados como bens “[...] não concretizados materialmente, como as práticas e os costumes, e que necessitam de um instrumento para se manifestarem, sendo na maioria das vezes esse veículo de manifestação cultural o próprio ser humano” (SANTANA; OLIVEIRA, 2005, p. 225). Em outras palavras, referem-se diretamente à ação humana, sendo essa o meio de transmissão de uma geração para outra.

Por sua vez, o §1º, do art. 216, da CRFB/88 determina que a proteção do patrimônio cultural brasileiro seja feita pelo Poder Público, com a colaboração da comunidade, por meio de processo de inventário e registro, por exemplo. Nesse sentido, Motta e Rezende (2016, s.p.) afirmam que os processos de identificação e atribuição de valor aos bens como patrimônio cultural “[...] passaram assim a requerer procedimentos e metodologias de inventariação adequados à compreensão dos bens como detentores de referência cultural”.

A partir disso, vislumbra-se o papel do Iphan, que tem, segundo relato da própria autarquia, o dever de “proteger e promover os bens culturais do País, assegurando sua permanência e usufruto para as gerações presentes e futuras” (IPHAN, 2014). Igualmente, a entidade é responsável por instituir o Inventário Nacional de Referência Cultural - INRC, “dedicado à abordagem e valorização dos bens como portadores de referência cultural, contemplando com esse enfoque tanto os bens de natureza imaterial como material” (MOTTA; REZENDE, 2016, s.p.). O INRC constitui-se, portanto, de uma metodologia de pesquisa voltada para a identificação e produção de conhecimento sobre bens culturais a fim de subsidiar a formulação de políticas de preservação.

Essa metodologia dispõe sobre os procedimentos para a proteção de um bem cultural por meio, por exemplo, do registro, instituto regulamentado pelo Decreto nº. 3.551/2000. Assim, o instrumento legal do registro torna um bem imaterial patrimônio cultural da nação, o que demonstra a atuação fundamental do Iphan nesse processo de patrimonialização, haja vista que, conforme destaca Vianna (2016, s.p.) “[...] as políticas de patrimonialização da cultura imaterial se fazem a partir do consentimento prévio e informado, e do diálogo do poder público com grupos, comunidades e segmentos sociais interessados nesses processos de pesquisa”.

Além disso, segundo Thompson (2014), o instituto realiza uma pesquisa de cunho teórico do patrimônio cultural e também um trabalho de campo que servirão para instruir o futuro procedimento de registro. Igualmente, oportuniza a participação de membros da

sociedade civil no decorrer do processo, não apenas no momento da propositura de registros de bens culturais, como também, após emitido parecer, a manifestações (favoráveis ou não), relativas ao registro do bem (art. 3º, §§ 3º, 4º e 5º, do Decreto 3.551/2000). Tal processo visa garantir, em certa medida, uma participação ampliada na defesa do Patrimônio Cultural brasileiro.

Quando a Lei nº 13.364/2016 tramitava como Projeto de Lei nº 1.767/2015, o Iphan enviou um ofício ao Senado Federal para manifestar seu posicionamento sobre o reconhecimento do rodeio e da vaquejada como manifestações culturais pelo Legislativo. Nesse documento, argumentou que o projeto seria inconstitucional, uma vez que “não atende aos princípios e procedimentos da tão bem consolidada política de patrimônio imaterial [...]”, ressaltando, inclusive, “[...] que a declaração do título de ‘Patrimônio Cultural’ é atribuição exclusiva desse Instituto”. Finalizou ponderando que “[...] a aprovação de Leis dessa natureza pelo Legislativo Federal provocará um esvaziamento da política de preservação do patrimônio cultural imaterial já consolidada no âmbito do Iphan e que é modelo para diversos países [...]” (SENADO FEDERAL, 2016).

Nesta perspectiva, a ausência do Iphan no processo de atribuição de valor a um bem como Patrimônio Cultural faz surgir indício de que o Legislativo tenha agido por motivações outras, que não a partir da análise dos valores culturais do bem em questão. Nas palavras de Gusso, Gomes e Burg (2018, p. 131):

A mobilização dos direitos culturais, em especial no caso da Vaquejada, assume diferentes tons políticos, engajados em concebê-la ora como manifestação cultural, ora como desporto, ora como patrimônio cultural. E para além dos usos conceituais, resta evidente que tal apropriação político-legislativa da vaquejada afeta de modo imediato sua consolidação como um discurso cultural. No afã patrimonializador, o legislativo irrompe a própria legalidade atropelando a competência dos órgãos culturais como o IPHAN.

Ainda que haja dissenso entre o Legislativo e o Iphan, fato é que existe uma lei ordinária que vige no ordenamento jurídico, uma vez que não foi declarada nula, reconhecendo a vaquejada, o rodeio e o laço, bem como outras práticas culturais associadas, como patrimônio cultural imaterial.

## **2. OS DIREITOS GARANTIDOS AOS ANIMAIS NÃO-HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

O Código Civil Brasileiro (Lei n.º 10.406/2002) não apresenta disposições específicas sobre os animais não-humanos. Entretanto, seu art. 82 classifica-os como bens: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social” (BRASIL, 2002). Além disso, prevê os direitos do proprietário de usar, gozar e dispor das coisas (i.e., os bens) que seja proprietário, assim como o direito de reavê-las, nos termos do seu art. 1228, inserindo os animais não-humanos em um regime de propriedade, como bens semoventes.

O tema dos direitos dos animais não-humanos vem sendo amplamente discutido nos estudos acadêmicos brasileiros, inspirados, principalmente, em teorias éticas e filosóficas internacionais que defendem a tutela dos interesses dos animais. Ryder (2005), um dos intelectuais precursores na defesa dos animais não-humanos, cunhou o termo 'especismo', que pode ser definido como o pressuposto de superioridade humana baseada em características exclusivas da espécie, por exemplo, maior capacidade cognitiva de abstração, sapiência ou até mesmo a mera morfologia humana.

Segundo esta perspectiva desvalorizar as vidas dos animais não-humanos simplesmente porque eles não têm determinadas características que a maioria dos animais humanos possuem é uma discriminação especista. Seguindo este entendimento, autores como Francione (2008), Regan (2006) e Singer (2001) também defendem que os animais humanos se colocam em posição superior aos animais não-humanos.

Nesse contexto, Santos e Medeiros (2019) sustentam que a classificação civilista dos animais como coisas os equiparam a objetos inanimados, o que dificulta a proteção de seus interesses enquanto seres vivos. Faz-se necessária, portanto, a criação de um novo status jurídico no ramo do Direito Civil, que considere em sua formulação a complexidade emotiva dos animais não-humanos, segundo os autores(as).

Utilizando-se da classificação dos sujeitos de direito, Fauth (2016, p. 146) propõe a criação de uma nova categoria jurídica, ao defender que os animais "titularizam situações jurídicas como sujeitos de direitos, embora despersonalizados", tendo em vista que não possuem o atributo da personalidade jurídica. Igualmente, Lima (2019, p. 19) sustenta que "[...] a Constituição, ao vedar práticas cruéis aos animais não humanos, reconheceu-lhes direitos subjetivos, atribuindo-lhes a condição de sujeitos de direitos, que titularizam, portanto, situações jurídicas".

No mesmo sentido, a dignidade dos animais não-humanos é sustentada por Nunes Júnior (2019, p. 661), ao afirmar "que os animais são titulares de direitos" e que "[...] devemos considera-los como seres vivos que, por conta de sua sensibilidade ou senciência, são titulares de alguns direitos fundamentais, como principalmente a vida digna".

Ao contrário de outras experiências jurídicas, tais quais as Constituições Equatoriana e Boliviana, que reconheceram expressamente a titularidade de direitos tanto aos animais quanto à natureza – denominada como Pachamama<sup>77</sup>, o mesmo não parece ocorrer na legislação brasileira.

Nesse sentido, cabe mencionar a norma prevista pelo art. 225, § 1º, VII, da CRFB/88, que dispõe ser do Poder Público o dever de proteger a fauna e a flora, além de vedar práticas que causam deliberadamente sofrimento mental ou físico em face dos animais, reconhecendo o valor intrínseco das vidas não humanas. Tal dispositivo revela, de acordo com Janini e Prudente (2019), a preocupação do legislador com o bem-estar animal.

---

<sup>77</sup> Cf. SARLET; FENSTERSEIFER, 2019.

Não é diferente o entendimento de Medeiros (2016) ao afirmar que o referido inciso tornou constitucional a tutela tanto da integridade física quanto moral dos animais não-humanos. Além disso, a norma constitucional parece ir além de uma simples proteção utilitária da fauna e da flora. Nesse sentido, aduzem Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer:

[...] O legislador constituinte de 1988 promoveu uma tutela da vida em geral que assume nitidamente o regime de um bem jurídico autônomo. Especialmente no que diz com a vedação de práticas cruéis contra os animais, a norma constitucional revela de forma clara a sua preocupação com o bem-estar dos animais não-humanos e a refutação de uma visão meramente instrumental da vida animal (SARLET; FENSTERSEIFER, 2019, p. 85-86).

Nessa toada, o mesmo dispositivo - de proibição da crueldade -, conforme acentua Ataíde Junior (2018), consagra o direito fundamental animal à uma existência digna, não sendo mero “[...] objeto de compaixão ou tutela - porquanto é resultado da personalização e positivação do valor básico inerente à dignidade animal” (ATAÍDE JUNIOR, 2018, p. 50).

Analisando a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal pertinente ao tema, localizou-se o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983/CE. Na oportunidade, o Ministro Luís Roberto Barroso entendeu que o art. 225, § 1º, VII, da CRFB/88, é uma norma autônoma e, ao proibir a crueldade contra os animais, não os resume simplesmente a elementos do meio ambiente. Para mais, ao propor essa vedação legal em prol dos animais, o constituinte teria lhes atribuído valor moral, ao declarar que “o sofrimento animal importa por si só, independentemente do equilíbrio do meio ambiente, da sua função ecológica ou de sua importância para a preservação de sua espécie” (BRASIL, 2016, p. 18).

Não foi diferente o entendimento da Ministra Rosa Weber no mesmo julgamento, no sentido de que a Carta Magna confere valor intrínseco às demais formas de vida, neste caso, dos seres sencientes, além de que o art. 225, § 1º, VII da CRFB/88, reconhece que os animais não-humanos têm uma dignidade própria. Por sua vez, o Ministro Ricardo Lewandowski mencionou a Carta da Terra, que apresenta como um de seus princípios o reconhecimento de “que todos os seres são interligados e cada forma de vida tem valor, independentemente de sua utilidade para os seres humanos” (BRASIL, 2016, p. 123).

Desse modo, a partir da análise da breve exposição das perspectivas doutrinárias e jurisprudenciais, parece interessante sustentar a atribuição, pelo ordenamento jurídico nacional, de uma dignidade - no sentido de valor intrínseco - aos animais não-humanos. Não havendo que se falar, juridicamente, em ‘sujeitos de direitos’, justamente pela ausência de substrato normativo para tanto - diferentemente das experiências jurídicas equatorianas e bolivianas mencionadas - muito menos em ‘coisas’, diante da preocupação do legislador constituinte com o bem-estar animal.



### 3. POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES GERADAS AOS DIREITOS DOS ANIMAIS OU À DIGNIDADE ANIMAL PELAS MANIFESTAÇÕES CULTURAIS RECONHECIDAS COMO PATRIMÔNIO CULTURAL PELAS LEIS Nº 13.364/16 E 13.873/19

Partindo-se do pressuposto de que a vedação da crueldade em face dos animais não-humanos, disposta no inciso VII, §1º do art. 225, da CRFB/1988, resultou em um direito fundamental dos animais à uma existência digna, em conformidade com Ataíde Junior (2018), tal direito não está sujeito ao poder constituinte de reforma, uma vez que os direitos individuais são cláusulas pétreas. Em outras palavras, não pode ser alterado nem mesmo por Proposta de Emenda à Constituição (PEC), nos moldes do que preceitua o art. 60, §4º, IV, da Constituição da República, diante da garantia constitucional implícita da proibição de retrocessos.

Nessa perspectiva, questiona-se a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 96/2017 que adicionou o §7º ao art. 225 da CRFB/1988 (ATAÍDE JUNIOR, 2018; JANINI; PRUDENTE, 2019), visto que caracteriza como não cruéis “as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro” (BRASIL, 1998). Ocorre que a crueldade intrínseca em determinada manifestação não desaparece pelo fato de uma norma jurídica a classificar como prática cultural. Nesse sentido, Ataíde Junior (2018, p. 54) afirma que:

Não é preciso muito para concluir pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 96/2017. [...] As práticas cruéis contra animais estão constitucionalmente interdidas. Não importa se a prática é desportiva, se é manifestação cultural, se é registrada como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro ou se existe lei local regulamentando a atividade. Caso a prática implique em crueldade contra animais está proibida pela ordem constitucional vigente, ainda que a lei local procure paliativos para reduzir a dor, a angústia e o sofrimento dos animais envolvidos. A prática cruel não comporta gradações. A crueldade é, de qualquer forma, incompatível com os valores adotados pela Constituição.

Assim, diante da inexistência de estudo técnico e de um dossiê formulado pelo do Iphan, que descreva de forma pormenorizada tais práticas culturais (onde, quando, como e por quem são praticadas), com o intuito de delimitar essas práticas desportivas, qualquer manifestação poderia ser considerada patrimônio cultural brasileiro, inclusive as que promovessem crueldade animal: bastaria se autodenominarem ‘vaquejada’, ‘rodeio’ ou ‘laço’.

Percebe-se, assim, que tal qual a EC 96/2017, as Leis n.º 13.364/2016 e 13.873/2019 são inconstitucionais ante a violação da dignidade animal, prevista pelo art. 225, § 1º, VII, da CRFB/88. Do mesmo modo, conforme lembra Mattes (2018), também é possível questionar a constitucionalidade dos diplomas infraconstitucionais em razão da desconsideração de todo o processo de construção do Direito do Patrimônio Cultural Imaterial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, a política de patrimonialização do Iphan estabelece os processos de identificação, reconhecimento, salvaguarda e promoção da dimensão imaterial de um bem cultural, com o propósito de torná-lo patrimônio cultural brasileiro, de acordo com sua competência exclusiva atribuída constitucionalmente. Nesse sentido, observou-se que os processos legislativos das Leis nº 13.364/16 e 13.873/2019, ao elevarem práticas culturais envolvendo animais não-humanos, como a vaquejada, o rodeio e o laço, à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural nacional, sem a devida participação democrática e patrimonializadora daquele Instituto, carecem de legalidade.

Considerando a ausência de declaração de nulidade daqueles diplomas, o presente estudo analisou o status jurídico atribuído aos animais não-humanos pelo direito brasileiro, a fim de se delimitar a existência e extensão de seus direitos. Assim, examinou-se que os animais são classificados juridicamente como bens, com base no art. 82 do Código Civil. Por outro lado, há estudos que apontam para a necessidade de criação de uma nova categoria jurídica, que inclua os animais não-humanos como sujeitos de direitos, com base na interpretação do art. 225, §1º, VII, da CRFB/1988, tendo em vista que a classificação civilista coloca os animais como objetos inanimados, o que dificultaria a proteção de seus direitos.

Ademais, demonstrou-se que a perspectiva adotada pela doutrina contemporânea é de que os animais não-humanos são seres dotados de valor intrínseco, isto é, de dignidade animal própria, em equiparação à dignidade da pessoa humana, tendo em vista o tratamento dispendido a eles pelo art. 225, § 1º, VII, da Carta Constitucional em vigor.

Outrossim, foi apontada como uma possível implicação causada aos direitos dos animais não-humanos ou à dignidade animal, a Emenda Constitucional nº 96/2017, referida neste estudo como inconstitucional, que, ao adicionar o §7º ao art. 225 da CRFB/1988, confere legitimidade às práticas desportivas que envolvam animais não-humanos, tendo em vista que não as considera cruéis se estas se tratarem de manifestações culturais integrantes do patrimônio cultural imaterial brasileiro.

Finalmente, constatou-se que as Leis nº 13.364/2016 e 13.873/2019, ao institucionalizarem manifestações como a vaquejada, o rodeio e o laço, sem respeitar a competência constitucional de patrimonialização do Iphan, assim como todo um procedimento administrativo e coletivo de estudo prévio e reconhecimento formal realizado democraticamente pelo Instituto, vão de encontro à proteção do direito fundamental de dignidade dos animais não-humanos exposto no art. 225, § 1º, VII, da Carta Magna, deixando-os à mercê de práticas arbitrárias.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. Introdução ao direito animal brasileiro. Salvador: **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 13, n. 3, p. 48-76, 2018. e-ISSN: 2317-4552. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/28768/17032>. Acesso em: 03 ago. 2020.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 08 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Decreto nº 3.551, de 4 de agosto de 2000**. Institui o registro de bens culturais de natureza imaterial que constituem patrimônio cultural brasileiro, cria o programa nacional do patrimônio imaterial e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d3551.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3551.htm). Acesso em: 05 set. 2020.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 12 jun. 2020.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016**. Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. (Redação dada pela Lei nº 13.873, de 2019). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm). Acesso em: 03 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Secretaria-Geral. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 13.873, de 17 de setembro de 2019**. Altera a Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016, para incluir o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestação cultural nacional, elevar essas atividades à condição de bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro e dispor sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13873.htm). Acesso em: 03 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. Ministério do Meio Ambiente. **Carta da Terra**. Disponível em: [https://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/\\_arquivos/carta\\_terra.pdf](https://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf). Acesso em: 21 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 2.895, de 20 de março de 1998, do Estado do Rio de Janeiro. ADI nº 1.856. Relator: Celso de Mello. Brasília, 26 de maio de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634>. Acesso em: 21 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 7.380, de 14 de dezembro de 1998, do Estado do Rio Grande do Norte. ADI nº 3.776-5. Relator: Cezar Peluso. Brasília, 14 de junho de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469712>. Acesso em: 21 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 11.366 de 2000, do Estado de Santa Catarina. ADI nº 2.514-7. Relator: Eros Grau. Brasília, 29 de junho de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266833>. Acesso em: 21 set. 2020.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013, do Estado do Ceará. ADI nº 4.983. Relator: Marco Aurélio. Brasília, 06 de outubro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>. Acesso em: 20 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário nº 153.531, de 3 de junho de 1997, do Estado de Santa Catarina. Relator: Marco Aurélio. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500>. Acesso em: 21 set. 2020.

FAUTH, Juliana de Andrade. **Sujeitos de direitos não personalizados e o status jurídico civil dos animais não humanos**. Orientadora: Roxana Cardoso Brasileiro Borges. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2016. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/20802/1/Juliana%20de%20Andrade%20Fauth.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2020.

FRANCIONE, Gary L. **Animals as persons: essays on the abolition of animal exploitation**. Columbia University Press. 2008. 235 p.

GUSSO, Luana de Carvalho Silva; GOMES, Nestor Castilho; BURG, Amanda Karolini. A vaquejada e o efeito *backlash*: os dissabores do debate jurídico legislativo sobre os direitos culturais no Brasil. *In*: FILHO, Francisco Humberto Cunha Filho; BOTELHO, Isaura; SEVERINO, José Roberto (org.). **Direitos Culturais**. v. 1. Salvador: EDUFBA, 2018, p. 119-139. 245 p.

IPHAN. O iphan. Instituto do patrimônio histórico e artístico nacional, 2014. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/pagina/detalhes/872>. Acesso em: 09 set. 2020.

JANINI, Tiago Cappi; PRUDENTE, Amanda Juncal. A importância dos precedentes na concretização de direitos: uma análise a partir da proteção aos animais. Goiânia: **Revista de Biodireito e Direito dos Animais**, v. 5, n. 1, p. 92-114, 2019. e-ISSN: 2525-9695. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/5577/pdf>. Acesso em: 05 mai. 2020.

LIMA, Amanda Abigail Vieira. **Animais não humanos como sujeitos de direitos: uma análise do antropocentrismo jurídico e da (in)constitucionalidade da EC 96/2017**. 2019. 32f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/26413/3/AnimaisN%c3%a3oHumanos.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2020.

MATTES, Anita. Análise do reconhecimento legal da vaquejada como patrimônio cultural imaterial brasileiro. Santo Ângelo: **Revista Direitos Culturais**, v.13, n. 29, p. 105-124, 2018. e-ISSN: 2177-1499. Disponível em: <http://srvapp2s.urisan.tche.br/seer/index.php/direitosculturais/article/view/2589/1181>. Acesso em: 06 set. 2020.

MEDEIROS, F. L. F. de. Observatório de jurisprudência animal: um olhar da proteção animal no Brasil. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO AMBIENTAL, 21, 2016, São Paulo. **Anais Eletrônicos** [...]. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016. Disponível em: [http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20160708115142\\_2700.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20160708115142_2700.pdf). Acesso em: 21 ago. 2020.

MOTTA, Lia; REZENDE, Maria Beatriz. **Inventário**. 2015. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/dicionarioPatrimonioCultural/detalhes/64/inventario>. Acesso em: 05 set. 2020.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3.ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA – UNESCO. **Convenção para a salvaguarda do patrimônio cultural imaterial**. Conferência Geral. Paris, 17 out. 2003. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Convencao%20Salvaguarda%20Patrim%20Cult%20Imaterial%202003.pdf>. Acesso em: 22 ago. 2020.

REGAN, Tom. **Jaulas vazias**: encarando o desafio dos direitos dos animais. Trad. Regina Rheda. Porto Alegre: Lugano, 2006. 266 p.

RYDER, Richard. All beings that feel pain deserve human rights. **The Guardian**, Londres, 06 ago. 2005. Disponível em: <http://www.theguardian.com/uk/2005/aug/06/animalwelfare>. Acesso em: 07 jun. 2020.

SANTANA, Luciano Rocha; OLIVEIRA, Thiago Pires. O patrimônio cultural imaterial das populações tradicionais e sua tutela pelo direito ambiental. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO AMBIENTAL: PAISAGEM, NATUREZA E DIREITO, 9, 2005, São Paulo. **Anais Eletrônicos** [...]. São Paulo: Instituto o direito por um planeta verde, 2005. Disponível em: [http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo\\_20140211124120\\_7928.pdf](http://www.planetaverde.org/arquivos/biblioteca/arquivo_20140211124120_7928.pdf). Acesso em: 06 set. 2020.

SANTOS, Laura Mello dos; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Um Olhar sobre a Proteção Animal no Direito Civil sob a Perspectiva Comparada. Lisboa: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 1, p. 1283-1310, 2019. ISSN: 2183-539X. Disponível em: [http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019\\_01\\_1283\\_1310.pdf](http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_1283_1310.pdf). Acesso em: 21 ago. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Curso de direito ambiental**. Biblioteca virtual. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530991197/epubcfi/6/40%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml20%5D!4/402%400:87.0>. Acesso em 21 ago. 2020.

\_\_\_\_\_. O direito constitucional-ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica: estudo à luz da jurisprudência do superior tribunal de justiça e do supremo tribunal federal. Curitiba: **Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, vol. 11, n. 20, p. 42-110, 2019. Disponível em: <http://abdconst.com.br/revista21/IngoThiago.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2020.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei nº 1.767**, de 01 de junho de 2015, transformado na Lei Ordinária 13.364, de 29 de novembro de 2016. Eleva o Rodeio, bem como suas manifestações artístico-culturais, à condição de patrimônio cultural imaterial do Brasil, 2016. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4609625&ts=1593932945789&disposition=inline>. Acesso em: 06 set. 2020.

---

**GRUPO DE TRABALHO:  
DIREITO, INOVAÇÃO  
E DESENVOLVIMENTO**

## PONDERAÇÕES ACERCA DO CONTROLE DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO PELO CADE E PELO BANCO CENTRAL DO BRASIL EM FACE DA PANDEMIA DA COVID-19

*Amanda Karolini Burg<sup>78</sup>  
Everton Das Neves Gonçalves<sup>79</sup>  
Joana Stelzer<sup>80</sup>  
Lisandro Fin Nishi<sup>81</sup>*

**RESUMO:** Atualmente o mundo tem vivido um momento de apreensão perante os impactos do Novo Coronavírus, o qual é responsável pela doença conhecida como Covid-19. Além dos efeitos no âmbito da saúde, verifica-se, em razão das ações necessárias de isolamento social, projeções de recessão no Brasil e no mundo e elevação do nível de desemprego. Nesse contexto, o aumento das operações que resultam em concentração de mercado é resultado previsível, passível de ocorrer até mesmo no setor bancário. Sendo assim, eleva-se a importância da atuação conjunta do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e do Banco Central do Brasil (BCB), na forma do Memorando de Entendimentos firmado em 2018 para o controle estrutural do setor bancário. O objetivo geral do presente trabalho é apresentar a importância do Memorando de Entendimentos firmado entre o Cade e o BCB no contexto da Covid-19, por meio de pesquisa pura, descritiva e indutiva, feita a partir de técnica bibliográfica e documental. Para tanto, tem-se como objetivos específicos: (i) descrever o Memorando de Entendimentos firmado entre o Banco Central do Brasil e o Cade; (ii) verificar a relação entre a pandemia da Covid-19, a crise econômica e o aumento das concentrações; e, (iii) ponderar acerca da relevância da defesa da concorrência e das competências do BCB e do Cade para tanto. Conclui-se que o Memorando de Entendimentos firmado entre o Cade e o BCB é extremamente relevante em contextos de crise econômica, como a provocada pela Covid-19.

**PALAVRAS-CHAVE:** Covid-19; Controle Estrutural; Cade; BCB.

<sup>78</sup> Doutoranda e Mestra em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). Graduada em Direito pela Faculdade Cenecista de Joinville (FCJ). Advogada. E-mail: amandakburg@hotmail.com

<sup>79</sup> Professor Titular credenciado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC); Pesquisa Análise Econômica do Direito e Direito Econômico; Coordenador do Centro de Estudos Jurídico-Econômicos e de Gestão para o Desenvolvimento (CEJEGD) do Centro de Ciências Jurídicas (CCJ/UFSC). Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG/MG); Doctor en Derecho Internacional Económico en la Universidad de Buenos Aires (UBA/ Bs. As.) Argentina; Mestre em Direito, na área de Instituições Jurídico-Políticas, pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC/SC); Especialista em Comércio Exterior e Integração Econômica no MERCOSUL pela FURG/RS; Graduado em Direito pela Unianchieta de Jundiaí/SP e em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande (FURG/RS); Especialista em Administração Universitária pela FURG/RS. E-mail: evertong@vetorial.net

<sup>80</sup> Doutora e Mestre em Direito pela UFSC. Pós-Doutora pela Faculdade de Direito da USP. Professora Associada II da UFSC, credenciada no Programa de Pós-Graduação em Direito para Mestrado e Doutorado (PPGD/UFSC). Líder do Núcleo de Estudos em *Fair Trade* (NEFT/UFSC). E-mail: contatojoana@yahoo.com.br

<sup>81</sup> Bacharel em Administração pela Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC) e Ciências Econômicas pela UFSC. Mestre em Economia pela UFSC. Doutorando do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC. Docente do Departamento de Ciências Econômicas da UDESC. Perito Economista. Vencedor do XVII Prêmio Catarinense de Economia. E-mail: lisandro.nishi@udesc.br



## INTRODUÇÃO

O Brasil e o mundo têm enfrentado, neste ano de 2020, uma grave pandemia provocada pelo vírus denominado Sars-CoV-2, o qual provoca uma doença que pode ser fatal: a Covid-19 (Corona Virus Disease – Doença do Coronavírus, referente ao ano de 2019). Aproximadamente 27 milhões de casos foram reportados à World Health Organization (2020) até 6 de setembro de 2020, somando um total de 900.000 pessoas falecidas em decorrência desta doença. No Brasil, no mesmo período, foram 4.092.832 casos reportados, com 125.521 mortos (World Health Organization (2020)).

Para enfrentamento desta pandemia, o Governo Federal tomou iniciativas que incluem a ação do Sistema Financeiro Nacional, via participação de grandes bancos públicos federais, de extrema importância neste quadro atual de paralisação de atividades produtivas e queda na renda da população. Além disso, o Banco Central do Brasil (BCB) anunciou a liberação de aproximadamente 1,2 trilhão de reais em recursos aos bancos brasileiros (FERNANDES, 2020).

Em suma, o presente artigo tem como objetivo geral apresentar a importância do Memorando de Entendimentos firmado entre o Cade e o BCB no contexto da Covid-19, considerando o cenário de crise econômica provocada pela Covid-19, isto porque, em situações de grave crise e falência generalizada, as soluções possíveis envolvem a intervenção Estatal por meio do investimento de grandes quantias ou, ainda, a aquisição da empresa por um concorrente (o que tende a ensejar maior concentração econômica). São objetivos específicos elevar a compreensão acerca da relevância da defesa da concorrência e das competências do Banco Central e do Cade para essa finalidade.<sup>82</sup>

Quanto à metodologia, a natureza da investigação retratou pesquisa pura, iniciada na compreensão teórica de categorias fundamentais ligadas à atuação do BCB e do Cade, como atos de concentração bancária, ordem econômica e livre concorrência. Quanto à abordagem do problema, refletiu estudo qualitativo orientado precipuamente pelas diretrizes do Memorando de Entendimentos n.º /2018, bem como sua relação com os desafios ao liberalismo perante a pandemia motivada pela Covid-19. Quanto aos fins, a pesquisa apresentou-se de cunho descritivo, já que se ateve a detalhar os potenciais efeitos do Memorando de Entendimentos n.º /2018. O método de abordagem foi indutivo, pautado pela legislação e orientação que o BCB e o Cade deram ao controle estrutural de mercado financeiro. Os procedimentos técnicos utilizaram doutrina de reconhecidos autores, além de legislação federal pertinente. Os resultados foram expostos exclusivamente em forma de textos.

---

<sup>82</sup> Parte-se da premissa de que a defesa da livre concorrência empresarial, dentre outros, é um importante princípio – e objetivo - constitucional, na medida em que a concorrência traz benefícios em termos de preço e variedade de produtos aos consumidores, bem como incentiva as inovações; em outras palavras, eleva a eficiência econômica.

## 1. O MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS ENTRE BANCO CENTRAL DO BRASIL E CADE

Nos termos do art. 170, incisos IV e V, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2020a), a ordem econômica, para além de outros princípios de grande importância, deve observar concomitantemente as noções de livre concorrência e defesa do consumidor.

Nesse cenário, de acordo com o Texto Constitucional, deve-se proteger a livre concorrência e, em se tratando do setor bancário, são tangíveis os possíveis prejuízos àquele princípio. Igualmente, no caso de haver abusividade dos juros bancários, resta configurado o prejuízo aos consumidores. Salienta-se que a questão da proibição da abusividade também encontra respaldo constitucional, nos termos do art. 173, inciso V, § 4º, o qual dispõe que “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (BRASIL, 2020a).

Esse abuso do poder econômico pode ocorrer quando há setores em que há pouca ou nenhuma concorrência, sendo este último caso conhecido como monopólio, o que, em se tratando de setor bancário, pode resultar em altas taxas de juros.

Segundo Faria, Paula e Marinho (2006), o governo brasileiro buscou enquadrar o referido setor às recomendações do Primeiro Acordo de Capital do Comitê da Basileia, reestruturando o sistema através de liquidações e privatizações de bancos, incentivando a fusão, incorporação e transferência de controle acionário de bancos privados, liquidando alguns deles por meio do Programa de Estímulo à Reestruturação e ao Fortalecimento do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e permitindo a entrada de instituições estrangeiras, o que provocou uma onda de fusões e aquisições bancárias. O resultado foi uma redução do número de bancos e maior concentração no mercado, pois, se por um lado, a entrada de bancos internacionais contribuiu para elevar a concorrência, por outro, os casos de aquisição e fusão podem ensejar um efeito contrário; de acordo com Lima e Carvalho (2009), esta tendência de concentração não ocorre somente no Brasil, mas trata-se de tendência mundial.

Nessa toada, a fim de proteger a população de comportamentos abusivos em razão de atos de concentração, no Brasil foi implantado o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), atualmente regulamentado na Lei n.º 12.529/2011, conhecida como “Lei antitruste brasileira”. Entretanto, percebeu-se recentemente uma discussão concernente à competência para análise dos atos de concentração no setor bancário nacional, isto porque, de acordo com a Lei n.º 4.595/1964, que instituiu o Sistema Financeiro Nacional, o Banco Central do Brasil seria competente para analisar concentrações envolvendo instituições financeiras.

A ausência de certeza acerca da competência do Cade ou do BCB para análise dos atos de concentração envolvendo agentes do SFN gerava não apenas insegurança jurídica,

mas também dúvidas quanto à efetividade do controle de concentração no referido setor. Por esta razão, ambas as instituições consentiram na atuação conjunta, mediante a elaboração de um Memorando de Entendimentos, o qual, na atual conjuntura, de enfrentamento da Covid-19, torna-se extremamente relevante. Trata-se de uma atuação preventiva, com objetivo de reduzir a probabilidade de ocorrência de conduta anticompetitiva no futuro, por meio do controle sobre a estrutura de mercado, ou seja, evitando-se a formação, e não o exercício do poder de mercado (AZEVEDO, 2018, p. 272-273).

A questão, recentemente resolvida, não é simples, como será demonstrado.

O BCB foi instituído pela Lei n.º 4.595/1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, bem como criou o Conselho Monetário Nacional. Nos termos do art. 1º, da referida lei, alterado pelo Decreto n.º 278/1967, o SFN se constitui pelo Conselho Nacional, pelo Banco Central, pelo Banco do Brasil S/A, pelo Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e pelas demais instituições financeiras públicas e privadas (BRASIL, 2020c). A legislação citada, em seu art. 10, inciso X, alínea c, já à época, previa a participação do BCB em atos de concentração. Nos termos do referido texto normativo, “Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil: [...] X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam: [...] c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas” (BRASIL, 2020c).

Na mesma toada da Lei n.º 4.595/1964, a competência do BCB para apreciação de atos de concentração envolvendo instituições financeiras foi fortalecida com a entrada em vigor da Lei n.º 9.447/1997, que, em seu art. 5º, prevê a possibilidade do BCB determinar, de ofício, a reorganização societária de instituições financeiras (inclusive, por meio de atos de concentração), a fim de assegurar a normalidade da economia pública, bem como, os interesses dos depositantes, investidores e credores.

Entretanto, segundo Tavares, Gomides e Rodrigues (2010), com a entrada em vigor da Lei n.º 8.884/1994, os dispositivos que atribuíam a competência ao BCB foram revogados de acordo com o critério da *lex posteriori*, em decorrência da transferência expressa da atribuição para o Cade. Porém, os mesmos autores sustentam que a posição que aponta o BCB como detentor da competência fortaleceu-se pela Lei n.º 9.447/1997, Lei Ordinária e posterior à Lei n.º 8.884/1994, que conferiu ao BC competência para, *ex-officio*, determinar atos de concentração no setor financeiro.

É nesse cenário que, por meio do Comunicado n.º 22.366, de 27 de abril de 2012, o BCB divulgou seu Guia para Análise de Atos de Concentração, definindo o escopo de sua atuação e os procedimentos passíveis de instauração perante o Órgão. (BCB, 2012). De acordo com o item 2, do Capítulo 2, do anexo I, do comunicado em comento, considera-se ato de concentração, para fins de submissão perante o órgão, “[...] a operação que leve ao aumento de participação relativa de instituições financeiras ou demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil em segmentos do mercado em que atuem” (BCB, 2012).

Ratificando a atuação do Cade no controle estrutural da concorrência, a Lei n.º 8.884/1994, que revogou a Lei n.º 4.137/1962, em seu art. 54, dispunha sobre a necessidade de submissão perante o Cade dos atos capazes de limitar ou prejudicar a livre concorrência, bem como resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços (BRASIL, 2020d). Outrossim, com a entrada em vigor da Lei n.º 12.529/2011, que reestruturou o SBDC e revogou, em quase sua totalidade, a Lei n.º 8.884/1994, reforçou-se a competência do Cade para fins de apreciação de concentrações econômicas, na medida em que a referida legislação não apenas condiciona a validade de atos de concentração à apreciação do Cade, mas determina ainda que a submissão perante o Órgão seja prévia.

Destaca-se, ainda, que a Legislação Antitruste proíbe expressamente “[...] os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços” (Art. 88, § 5º) (BRASIL, 2020b).

Como se verifica, o conflito de competências era flagrante. Nessa toada, em 5 de abril de 2001, foi publicado o Parecer n.º GM-020 da Advocacia Geral da União (AGU), cujo objeto consiste no conflito positivo de competência entre o BCB e o Cade, restando decidido que “[...] a competência para analisar e aprovar os atos de concentração das instituições integrantes do sistema financeiro nacional, bem como de regular as condições de concorrência entre instituições financeiras, aplicando-lhes as penalidades cabíveis, é privativa, ou seja, exclusiva do Banco Central do Brasil, com exclusão de qualquer outra autoridade, inclusive o CADE” (AGU, 2018). A decisão em comento foi proferida sob o argumento de que a CRFB, em seu art. 92, prevê que o SFN será regulado por lei complementar. Nesse cenário, a Lei n.º 4.595/1964, que estabelecia a competência do BCB, teria sido recepcionada pela Constituição Federal como lei complementar, não podendo ser derogada por lei ordinária, qual seja, a Lei n.º 8.884/1994, que estabelecia a competência do Cade à época (posteriormente substituída pela Lei n.º 12.529/2011, também de natureza ordinária).

Ocorre que, mesmo com a aprovação do parecer da Advocacia Geral da União pelo Presidente da República, o conflito permaneceu no campo prático, dando ensejo à judicialização da questão e posterior manifestação do Superior Tribunal de Justiça (STJ) acerca da controvérsia. No âmbito do Recurso Especial de n.º 1.094.218/DF restou consignada a competência do BCB para apreciação dos atos de concentração em comento.

Mesmo com as manifestações citadas da AGU e do STJ, em prol da competência legal do BC, tem-se que a controvérsia foi efetivamente solucionada recentemente, com a formulação em conjunto, pelo BCB e pelo Cade, do Memorando de Entendimentos, objeto do presente estudo.

Em fevereiro de 2018, o BCB e o Cade firmaram um Memorando de Entendimentos relativo aos procedimentos de cooperação na análise de atos de concentração econômica no SFN, sob as justificativas de que: (i) por força da Lei n.º 12.529/2011, o Cade é

competente para atuar de forma preventiva, repressiva e educativa, em território nacional, em questões concorrenciais; (ii) nos termos da Lei n.º 4.595/1964, o BCB é competente para analisar matéria concorrencial no âmbito do SFN; (iii) ambas as instituições pretendem fomentar condições para o funcionamento eficiente e sustentável do SFN, compartilhando os benefícios gerados com a sociedade e aos consumidores, o que é mais facilmente alcançado por meio da segurança jurídica e da concorrência nos mercados; (iv) o Cade tem o dever de decidir de modo a trazer benefícios à sociedade e ao consumidor; e (v) o BCB deve zelar pela tempestividade na resolução de eventos que possam impor riscos à solidez e a estabilidade do SFN (BCB; CADE, 2018).

De forma sintética, o objeto do acordo consiste no comprometimento das partes a tomar os melhores esforços de cooperação, bem como estabelecer conjuntamente regras específicas para a análise de atos de concentração envolvendo instituições do SFN. Ainda, unir esforços para a apuração de infrações à ordem econômica envolvendo aquelas instituições supervisionadas pelo BCB (BCB; CADE, 2018). A partir da leitura da Cláusula 1, percebe-se que ambas as instituições passam a ser parceiras em questões de atos de concentração no setor bancário brasileiro, o que é a novidade, derrubando, ao menos temporariamente, a discussão a respeito do conflito de competência.

A Cláusula 2, em especial em seus subitens 2.1, 2.2 e 2.3, estabelece as diretrizes para a atuação conjunta das instituições, estipulando que: (i) os atos de concentração em comento serão submetidos perante o Cade e o BCB, observado o disposto em ato normativo a ser editado em conjunto pelas instituições; (ii) cada autarquia analisará o pleito individualmente, mediante processo próprio; e (iii) a eficácia do ato de concentração submetido à apreciação fica condicionada à aprovação/autorização de ambas as autarquias (BCB; CADE, 2018).

As partes se comprometem também a criar mecanismos de cooperação técnica; trocar informações, observada a questão do sigilo legal; comunicar e trocar informações acerca de possíveis condutas infracionais; observar a necessidade do Cade consultar o BCB acerca de mercados e entidades por ele controlados, antes da imposição de penalidades por infrações à ordem econômica; assim como estreitar o relacionamento entre as autarquias, por meio de treinamentos, elaboração conjunta de guias, seminários, entre outros (BCB; CADE, 2018).

São objeto do memorando regras específicas acerca da análise e decisão de atos de concentração com aspectos de natureza prudencial, ou seja, acerca daqueles atos de concentração que, a juízo do BCB, possam apresentar risco à solidez de segmento do SFN ou de determinada instituição financeira, comprometer a estabilidade do SFN e prevenir crise sistêmica, e/ou prejudicar a efetividade de determinado regime de resolução aplicado a instituição financeira, de medidas necessárias à mitigação da necessidade de aplicação de regime de resolução e, por fim, de medidas necessárias à reversão de trajetória de perda de solidez de segmento do SFN ou de instituição financeira, com modelo de negócio inconsistente, vulnerável ou inviável. Nestes casos, caberá ao BCB aprovar a operação de

concentração de forma unilateral (se entender pertinente), apenas notificando o Cade, o qual aprovará a operação sem restrições, sempre utilizando os fundamentos da decisão do BCB (BCB; CADE, 2018).

No âmbito das disposições finais, o BCB e o Cade se comprometeram a rever suas regulamentações e pleitear conjuntamente perante o Poder Legislativo a aprovação do projeto de lei anexado ao Memorando (BCB; CADE, 2018).<sup>83</sup>

A assinatura deste Memorando tem a capacidade de solucionar, de forma efetiva, a questão do conflito de competência, sendo um importante passo no Brasil, dado o aumento na tendência de concentração do setor bancário dos últimos anos.

## 2. COVID-19, CRISE ECONÔMICA E A CONCENTRAÇÃO BANCÁRIA NO BRASIL

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) elevou o estado da contaminação pelo Novo Coronavírus (Sars-CoV-2) ao nível de Pandemia, dando ensejo à adoção de medidas voltadas ao controle da disseminação do novo agente infeccioso. Tais medidas, embora consideradas fundamentais para garantia da saúde e diminuição da curva de contágio da doença, têm impacto direto na questão econômica. Nas palavras de Gama Neto (2020, p. 20), “O fechamento das fronteiras e o estabelecimento de isolamento social pelos governos sobre a vida de bilhões de pessoas, na grande maioria dos países, levou a paralização quase total das economias”.<sup>84</sup> Tais fatos preocupam, em razão das consequências descritas por Gonçalves e Silva (2019, p. 187):

As crises têm grande impacto na vida dos cidadãos e acarretam graves prejuízos aos agentes econômicos, na medida em que, invariavelmente, são observados fenômenos como altas taxas inflacionárias, recessão, falta de confiança dos consumidores ausência de consumo, fechamento de empresas, desemprego, além de colocar em dúvida a atuação dos governantes, desestabilizando-se, por completo, todo o sistema.

Esse cenário, marcado por crise econômica e generalizada, torna as operações de concentração uma alternativa à decretação de falência de inúmeras empresas, podendo tal lógica ser aplicada ao setor bancário. Entretanto, embora não sejam negativas per se, as concentrações bancárias geram preocupação. Neste sentido, compete ao Estado,

<sup>83</sup> Atualmente, o projeto de lei complementar está pendente de apreciação perante a Câmara de Deputados (CD) sob o n.º 499/2018 - PLP 499/2018 (CÂMARA DE DEPUTADOS, 2018).

<sup>84</sup> De acordo com dados da Organização das Nações Unidas (ONU), a economia global deve encolher 3,2% em 2020 apresentando uma recuperação gradual a partir de 2021. Outrossim, cerca de 34,3 milhões de pessoas irão cruzar a linha da extrema pobreza em 2020, enquanto outras 130 milhões de pessoas serão classificadas como em situação de extrema pobreza até 2030 (ONU, 2020, p. 1). No segundo trimestre de 2020, a queda no PIB brasileiro foi de 9,7%, comparativamente ao primeiro trimestre de 2020 na série com ajuste sazonal, e de 11,4% em relação ao mesmo período de 2019. (IBGE, 2020). Já no que diz respeito à economia informal, a Organização Internacional do Trabalho (OIT, 2020, p. 2) prevê aumento da pobreza relativas nos trabalhadores informais de até 56 pontos percentuais em países de baixa e mais baixa renda.

inclusive por meio de instrumentos antitruste, evitar a formação de oligopólios e monopólios, fomentar a concorrência e proteger a população, concretizando-se o caráter de intervenção governamental na economia.

Favoravelmente à intervenção governamental em momentos de crise, Gonçalves e Silva (2019, p. 188) entendem que a “administração governamental não pode ficar inerte aos anseios da sociedade, que clama pela sua intercessão para, por meio da regulamentação, restabelecer o crescimento dos mercados, a segurança jurídica e os direitos dos cidadãos”.<sup>85</sup>

Em se tratando do setor bancário brasileiro, a regulação é justificada perante seu caráter de essencialidade em economias monetárias, embora estudos acerca do grau de concentração do setor bancário brasileiro não sejam uníssonos quanto aos resultados.<sup>86</sup>

Em um cenário marcado pelo aumento da crise econômica, cujos efeitos apenas podem ser previstos de forma aproximada, é possível que muitos agentes atuantes no setor sejam prejudicados, podendo ser, inclusive, adquiridos por concorrentes, quando não retirados do mercado. Tal perspectiva, somada à possível tendência de elevação da concentração, traz preocupações sob o viés concorrencial, pois, de acordo com Mettenheim (2015, p. 13), “De fato, em meio a crises, até hoje depositantes muitas vezes tiram seus fundos de bancos privados para depositar em bancos públicos.”

Esta possibilidade, de em um momento adverso, aumentar a concentração em setor primordial para o funcionamento da economia eleva a responsabilidade das instituições designadas para a análise dos atos de concentração, vez que, em jogo se encontra o crescimento econômico, a geração de empregos, e agora, em momento de enfrentamento da pandemia da Covid-19, a saúde da população. Desta forma, a atuação conjunta entre o BCB e o Cade, esta última, instituição experiente neste tipo de análise, pode contribuir para evitar o aumento da concentração no setor e, quiçá, elevar a concorrência.

Além disso, existe uma possibilidade de que as políticas públicas adotadas pelo Governo Federal para enfrentamento da pandemia possam contribuir para a elevar a concentração bancária no Brasil: segundo se lê na Folha de São Paulo (2020), o motivo desta afirmação reside no fato de que tais políticas estão sendo postas em prática via grandes bancos, o que pode provocar uma migração dos clientes para estas maiores instituições, o que, caso ocorra, só contribuiria para piorar a concentração do setor bancário brasileiro. Tais fatos, somados à possibilidade de haver um movimento de aquisições e fusões no setor, deverão ser objeto de análise por parte do BCB/Cade.

<sup>85</sup> Azevedo (2018, p. 269) comenta que a legislação da defesa da concorrência não é novidade, podendo-se mencionar o *Sherman Act*, nos Estados Unidos (1890), e o *Act for the Prevention and Supression of Combinations formed in Restraint of Trade*, no Canadá (1889). No Brasil, uma primeira tentativa de legislação de defesa da concorrência foi implementada em 1945 e revogada menos de um ano após. Somente em 1962 foi promulgada a Lei n.º 4.137, com objetivo de combater a formação de monopólios e impedir atos de abuso do poder econômico, tendo sido instituído, por essa lei, o Cade.

<sup>86</sup> Sobre o assunto ver os trabalhos de Belaish (2003); Divino e Silva (2017); Araújo, Neto e Ponce (2006); Ribeiro e Tonin (2010); Luft e Zilli (2013, p. 151); Tavares, Gomide e Rodrigues (2010).

Ao considerar este excepcional momento, da pandemia da Covid-19, é importante lembrar que grande parte da população brasileira passa e passará por momentos de dificuldades financeiras, o que já vem motivando a publicação de normativos com finalidade de atenuar os efeitos desta crise. Por tal razão, as medidas que visam proteger a população dos perversos efeitos financeiros de uma recessão econômica são bem-vindas, incluindo-se o controle dos atos de concentração.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A situação pandêmica gerada pela Covid-19 provocou efeitos não somente sobre a vida, mas evidenciou efeitos financeiros, gerados pela paralisação da produção e das vendas, bem como obrigando governos a tomar medidas de ajuda financeira a pessoas físicas e jurídicas. Nesse cenário, vislumbrou-se o aumento potencial da concentração no setor bancário, decorrente das operações de fusão/aquisição entre entidades financeiras enfraquecidas pela crise.

Este assunto – concentração setorial – é de tamanha importância no mundo, que no Brasil a legislação que instituiu o Sistema Financeiro Nacional atribuiu ao BCB a análise de atos de concentração no setor bancário brasileiro. Todavia, a legislação antitruste atribuiu ao Cade o controle geral das estruturas de mercado, estabelecendo, então, celeuma a respeito de qual instituição seria responsável para análise de atos de concentração no que tange especificamente ao setor bancário pátrio. Porém, em tempo, a discussão sobre a competência para apreciação dos referidos atos de concentração foi aparentemente superada com a assinatura do Memorando de Entendimentos entre o BCB e o Cade, em 28 de fevereiro de 2018, pelo qual, ambas as instituições se comprometem a colaborar para analisar os atos de concentração no Brasil, no tocante a instituições bancárias.

Este formato pode ser extremamente importante nesta atual conjuntura de enfrentamento da Covid-19, em razão da conjuntura econômica e das políticas públicas, que possuem potencial de elevar a concentração bancária.

Conclui-se que este novo formato de controle estrutural de mercado financeiro, na medida em que pode contribuir para o aumento da competição bancária e conseqüentemente redução do poder de mercado dos bancos, pode ter como consequência evitar abuso de poder econômico em favor da sociedade brasileira, mormente perante a atual conjuntura da pandemia da Covid-19. Por esta razão, eleva-se a importância do controle estrutural do setor bancário, a fim de que os efeitos financeiros gerados nesta crise não se agravem ainda mais.

A fim de evitar que ocorra elevação da concentração do mercado financeiro pelos motivos aqui expostos, sugere-se que sejam adotadas medidas preventivas (observadas as exigências formais), a fim de incentivar a participação de bancos públicos e privados nas políticas de mitigação dos efeitos da Covid-19, inclusive das entidades financeiras de



menor porte. Ainda, que eventuais concentrações econômicas realizadas durante o período da crise sejam prontamente avaliadas pelo Cade/BCB, considerando não apenas os efeitos atuais, mas também suas consequências a longo prazo.

## REFERÊNCIAS

AGU (ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO). **Parecer n.º GM-020**. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/atos/detalhe/8413>. Acesso em: 20 out. 2018.

ARAÚJO, Luiz Alberto D'ávila de; NETO, Paulo de Melo Jorge; PONCE, David Augustín Salazar. Competição e Concentração entre os Bancos Brasileiros. **Revista Economia**, v. 7, n. 3, p. 561-586, 2006. Disponível em: [http://www.anpec.org.br/revista/vol7/vol7n3p561\\_586.pdf](http://www.anpec.org.br/revista/vol7/vol7n3p561_586.pdf). Acesso em: 20 out. 2018.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Análise Econômica da Defesa da Concorrência. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2018.

BCB (BANCO CENTRAL DO BRASIL). **Comunicado n.º 22.366, de 27 de abril de 2012**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/normativ/COMUNICADO22366.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

BCB; CADE (Banco Central do Brasil; Conselho Administrativo de Defesa Econômica). **Memorando de entendimentos n.º / 2018**: Relativo aos procedimentos de cooperação na análise de atos de concentração econômica no sistema financeiro nacional. Disponível em: [http://www.cade.gov.br/noticias/banco-central-e-cade-assinam-memorando-de-entendimentos/memorando\\_cade\\_bc.pdf](http://www.cade.gov.br/noticias/banco-central-e-cade-assinam-memorando-de-entendimentos/memorando_cade_bc.pdf). Acesso em: 20 out. 2018.

BELAISCH, Agnes. Do Brazilian banks compete? **IMF Working Paper** 03/113, 2003. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2003/wp03113.pdf>. Acesso em: 04 out. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 16 jun. 2020a.

BRASIL. **Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de

1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: 16 jun. 2020b.

BRASIL. **Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964**. Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L4595.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4595.htm). Acesso em: 16 jun. 2020c.

BRASIL. **Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/leis/l8884.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/l8884.htm). Acesso em: 16 jun. 2020d.

BRASIL. **Lei n.º 9.447, de 14 de março de 1997**. Dispõe sobre a responsabilidade solidária de controladores de instituições submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, e o Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987; sobre a indisponibilidade de seus bens; sobre a responsabilização das empresas de auditoria contábil ou dos auditores contábeis independentes; sobre privatização de instituições cujas ações sejam desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº 2.321, de 1987, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9447.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9447.htm). Acesso em: 16 jun. 2020f.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PLP 499/2018**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2173211>. Acesso em: 20 out. 2018.

DIVINO, José Angelo; SILVA, Renan Said. Banking Competition in the Brazilian Economy. **Nova Economia**, v. 27, n. 3, p. 393-419, 2017. Disponível em: <https://revistas.face.ufmg.br/index.php/novaeconomia/article/view/3094>. Acesso em: 20 out. 2018.

FARIA, João Adelino de; PAULA, Luiz Fernando de; MARINHO, Alexandre. **Fusões e aquisições bancárias no Brasil**: uma avaliação da eficiência técnica e de escala. Rio de Janeiro: IPEA - Texto para Discussão n. 1233, 2006. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4381](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4381). Acesso em: 20 out. 2018.

FERNANDES, Bruno Serra. **Impactos da pandemia na economia**. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/TCU\\_WEBINAR\\_18.6.2020.pdf](https://www.bcb.gov.br/conteudo/home-ptbr/TextosApresentacoes/TCU_WEBINAR_18.6.2020.pdf). Acesso em: 09/09/2020.

FERREIRA JÚNIOR, Reynaldo Rubem; SANTA RITA, Luciana Peixoto. Impactos da Covid-19 na Economia: limites, desafios e políticas. **Cadernos de Prospecção**, Salvador, v. 13, n. 2, Edição Especial, p. 459-476, abril, 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Crise do Coronavírus pode elevar concentração bancária, diz Fitch**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/crise-do-coronavirus-pode-elevar-concentracao-bancaria-diz-fitch.shtml>. Acesso em: 13 abr. 2020.

GAMA NETO, Ricardo Borges. Impactos da Covid-19 sobre a Economia Mundial. **Boletim de Conjuntura (BOCA)**, ano II, vol. 2, n. 5, Boa Vista, 2020.

GONÇALVES, Everton das Neves; SILVA, Márcia Luisa da. O Direito da Concorrência como Instrumento de Política de Desenvolvimento Econômico. *In*: GONÇALVES, Everton das Neves; AZEVEDO, Lyza Anzanello de; GONÇALVES, Jéssica (Orgs.). **Direito, Justiça e Economia**. A influência dos parâmetros econômicos na esfera legal. Florianópolis: Ematis, 2019.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). **PIB cai 9,7% no 2º trimestre de 2020**. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28721-pib-cai-9-7-no-2-trimestre-de-2020>. Acesso em: 10 set. 2020.

LIMA, André Fernandes; CARVALHO, Luanda Maria de Fátima. O Processo de Concentração no Brasil de 1995 a 2005: Uma Comparação Internacional. **Revista de Economia Mackenzie**, v. 7, n. 1, 2009. Disponível em: <http://editorarevistas.mackenzie.br/index.php/rem/article/view/514>>. Acesso em: 20 out. 2018.

LUFT, Alison; ZILLI, Julcemar Bruno. Concentração de Mercado: uma análise para a oferta de crédito pelo setor bancário brasileiro. **Teoria e Evidência Econômica**, ano 19, n. 41, p. 150-172, 2013.

METTENHEIM, Kurt. Vantagens Competitivas Institucionais de Bancos Públicos. **Desenvolvimento em Debate**, v. 3, n. 2, p. 7-27, 2015.

ONU (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS). **World Economic Situation and prospects: key forecasts and prospects**. Embargoed until Wednesday, 12 May 2020, 12h30 pm EDR. Disponível em: [https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/WESP2020\\_MYU\\_Forecast-sheet.pdf](https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/WESP2020_MYU_Forecast-sheet.pdf). Acesso em: 17 maio 2020.

OIT (Organização Internacional do Trabalho). **Covid-19 crisis and the informal economy: immediate responses and policy challenges.** ILO brief. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/briefingnote/wcms\\_743623.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/briefingnote/wcms_743623.pdf). Acesso em: 17 maio de 2020.

RIBEIRO, Oscar Felipe Rodrigues; TONIN, Julyerme Mattheus. Análise da Concorrência Bancária no Brasil Pós Plano Real. **Textos de Economia**, Florianópolis, v. 13, n. 2, 2010.

SENADO FEDERAL. **Senado aprova competências do BC e do Cade na proteção à concorrência do sistema financeiro.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/04/18/senado-aprova-competencias-do-bc-e-do-cade-na-protecao-a-concorrencia-do-sistema-financeiro>. Acesso em: 20 out. 2018.

STJ (Superior Tribunal de Justiça). **Acórdão que deu provimento ao recurso.** Recurso Especial n.º 1094218/DF. Banco BCN S/A e outro e Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Relatora: Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 25/08/2010, DJE 12/04/2011. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200801736771&dt\\_publicacao=12/04/2011](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801736771&dt_publicacao=12/04/2011). Acesso em: 20 out. 2018.

TAVARES, Danilo Delôgo; GOMIDES, Cleber; RODRIGUES, Arthur. BACEN e CADE: Quem dá e quem deveria dar a última palavra sobre fusões e aquisições financeiras? **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, v. 4, 2010.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **Coronavirus disease (COVID-19).** Disponível em: [https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200907-weekly-epi-update-4.pdf?sfvrsn=f5f607ee\\_2](https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200907-weekly-epi-update-4.pdf?sfvrsn=f5f607ee_2). Acesso em: 09/09/2020.

## CONTRATAÇÃO INTERSISTÊMICA EM AMBIENTES INTELIGENTES: O CASO KNIGHT CAPITAL E SUAS IMPLICAÇÕES JURÍDICAS NO CONTEXTO EUROPEU

*Gustavo Henrique de Pádua Castro<sup>87</sup>*

**RESUMO:** O desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação- TICS propiciaram que novas formas de comprar e consumir produtos e serviços fossem incorporadas ao cotidiano da população. Diante desta nova realidade estão a surgir inúmeros desafios para o direito compreender a dimensão e o alcance destas novas tecnologias e dar respostas jurídicas efetivas para estimular sua introdução e punir ou não os problemas advindos de bugs tecnológicos. Diante desta nova realidade estão a surgir inúmeros desafios para o direito compreender a dimensão e o alcance destas novas tecnologias e dar respostas jurídicas efetivas para estimular sua introdução e punir ou não os problemas advindos de bugs tecnológicos. É o que restou evidenciado no caso Knight Capital Group LLC, uma das principais companhias do mercado financeiro do atlântico norte desenvolveu uma ferramenta de negociação algorítmica que consistia em usar instruções automatizadas para comprar ou vender ações de acordo com uma série de variáveis, tais como o tempo, valor e volume de ações. Este software era abastecido com dados incessantemente, sendo capaz de raciocinar e perceber o melhor momento para realizar transações. A empresa sofreu uma grande perda na operação de seu sistema de roteamento algorítmico para pedidos de ações dos EUA em agosto de 2012. Foi apresentado o funcionamento da contratação intersistêmica em ambientes inteligentes e a sua atuação sem a intervenção humana, que propicia a criação de novos contextos jurídicos. Através deste caso conclui-se que há a necessidade de criação legislativa no âmbito europeu para socorrer um notado vácuo legislativo para situações análogas. Viu-se que no contexto português já há um artigo na legislação nacional que se amolda ao contexto fático. Por fim percebeu-se uma possibilidade de criação de instrumentos jurídicos para responsabilização e de capacidade destes agentes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratação Intersistêmica em ambientes inteligentes; Agentes Inteligentes de software; Knight Capital.

### INTRODUÇÃO

Em 1989, o físico britânico Tim Berners Lee criou no CERN a World Wide Web, o protocolo de transferência de hipertexto que mudou a forma de comunicar, ter acesso ao conhecimento e ao consumo. Antes de sua introdução as contrações eram feitas majoritariamente de forma física e presencial ou ainda através de linhas telefônicas, cartas, fax e revistas.

O desenvolvimento desta e de outras tecnologias da informação e comunicação- TICS propiciaram que novas formas de comprar e consumir produtos e serviços fossem

---

<sup>87</sup> Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Mestrando em Direito e Informática na Universidade do Minho (Portugal).

incorporadas ao cotidiano da população. Isso vai desde a compra de ingressos para um jogo de futebol adquirida com poucos toques na tela do celular até a compra e venda de ações.

Diante desta nova realidade estão a surgir inúmeros desafios para o direito compreender a dimensão e o alcance destas novas tecnologias e dar respostas jurídicas efetivas para estimular sua introdução e punir ou não os problemas advindos de bugs tecnológicos.

Afinal, na mesma medida em que a possibilidade de contratação tornou-se instantânea, um erro tecnológico pode em segundos acabar com a vida financeira de uma pessoa ou empresa.

Este artigo visa demonstrar uma nova forma de contratação eletrônica inteligente a ocorrer sem qualquer tipo de ação humana que merece maior atenção legislativa face as suas possibilidades e riscos.

Além disso, será trazido um caso paradigmático de uso desta tecnologia no mercado financeiro que careceu de atenção da imprensa à época.

## 1. OS CONTRATOS ELETRÔNICOS

A contratação eletrônica está a absorver novas categorias em face da evolução e transformação de novas tecnologias de informação e comunicação. Segundo ANDRADE<sup>88</sup> esta é a: “contratação que se forma mediante manifestações de vontade que se concretizam em transmissões de dados ou informação através de meios eletrônicos.” É oportuno citar as possibilidades anteriores de celebração de negócios jurídicos através de elementos tecnológicos. Conforme bem leciona Andrade<sup>89</sup>, os contratos eletrônicos interpessoais nos quais o computador é apenas instrumental a captar e transferir a vontade dos indivíduos sem a necessidade de ser realizado concomitantemente entre as partes, tal como uma contratação eletrônica concluída por e-mail.

Outra possibilidade, aquando o contrato interpessoal é feito de maneira concomitante através de chats virtuais, no qual se encaixam as contratações entre presentes. Há também os contratos eletrônicos interativos a ocorrerem quando um utilizador acede uma plataforma na web que já estava predisposta para que algum produto ou serviço fosse adquirido de maneira semi-automatizada<sup>90</sup>. Neste caso apesar de o contrato ser realizado através de um sistema computacional automatizado, este é incapaz de ir além das funções em que foi programado sem que haja algum tipo de intervenção humana.

<sup>88</sup> Andrade, Francisco – Contratação Eletrônica, Disponível em: < [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eB\\_Direitos\\_contratos.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eB_Direitos_contratos.pdf) > Acesso em 15/05/2020

<sup>89</sup> ANDRADE, Francisco António Carneiro Pacheco. Da contratação electrónica : em particular da contratação electrónica inter-sistémica inteligente. – Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, apresentada à Universidade do Minho, em 10/12/2009. Disponível em < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/10175> > Acesso em 14/05/2020

<sup>90</sup> ANDRADE, Francisco António Carneiro Pacheco. Da contratação electrónica : em particular da contratação electrónica inter-sistémica inteligente. – Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, apresentada à Universidade do Minho, em 10/12/2009. Disponível em < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/10175> > Acesso em 14/05/2020

## 1.1 A CONTRATAÇÃO INTERSISTÊMICA

Neste contexto se propiciou o surgimento da contratação eletrônica intersistêmica, a ter como característica norteadora a completa ausência do elemento humano na interação entre os sistemas inteligentes<sup>91</sup>. Ou seja, são de fato os sistemas eletrônicos a realizar a contratação. Pode ser feita de forma automatizada, de modo a obedecer às instruções e comandos de seus desenvolvedores. É normalmente utilizada por distribuidoras de produtos, supermercados e até em uso doméstico, de modo a repor o seu fornecimento quando um sensor comunica o sistema sobre a necessidade de reposição. Isto propicia uma melhor gestão dos produtos e assim evita-se em tese compras desnecessárias.

Por fim, pode ainda ser efetuada de modo inteligente, quando todas as etapas da negociação são concluídas autonomamente com o apoio de elementos como o Big Data, Inteligência Artificial, Redes Neurais, Deep (e) Machine Learning, Data modelling a propiciar a comunicação e bem como a tomada de decisão destes sistemas. Agentes inteligentes de compra e venda de ações são um exemplo contemporâneo desta modalidade e tem no caso da Knight Capital<sup>92</sup> o leading case a demonstrar os riscos e lacunas jurídicas desta tecnologia que serão abordadas no presente artigo.

## 1.2 OS AGENTES INTELIGENTES DE SOFTWARE

A contratação Eletrônica intersistêmica em ambientes inteligentes é propiciada pelo uso dos mais variados elementos de TICS, nomeadamente os agentes inteligentes de software. Seus atributos são determinados de acordo com características de construção da plataforma em que ocorrem. Andrade <sup>93</sup> muito bem os define como um algoritmo, programa ou robot que age a exprimir as vontades de outrem com escopo de conquistar seus objetivos através de ações independentes. O agente opera num ambiente computacional de modo a construir sinapses e soluções conforme os dados e os objetivos traçados.

Uma de suas características principais é o grau de autonomia e proatividade empregadas nas ações de modo a antevê-las e adaptá-las ao contexto. Além disso são acrescentadas a reatividade (habilidade em lidar com o imponderável), cooperatividade, sociabilidade, bem como as potencialidades inferenciais e de fiabilidade. <sup>94</sup> São também aptos a dialogar entre si e ocupar os mais variados papéis dentro da transação e ocorrem sem qualquer resquício de intervenção humana.

---

<sup>91</sup> IBDEM

<sup>92</sup> Bishr Tabaa, Medium, disponível em: < <https://medium.com/dataseries/the-rise-and-fall-of-knight-capital-buy-high-sell-low-rinse-and-repeat-ae17fae780f6>> Acesso em 11/05/2020

<sup>93</sup> ANDRADE, Francisco António Carneiro Pacheco. Da contratação electrónica : em particular da contratação electrónica inter-sistémica inteligente. – Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, apresentada à Universidade do Minho, em 10/12/2009. Disponível em < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/10175>> Acesso em 14/05/2020

<sup>94</sup> Ibidem

São subdivididos em quatro tipos: I) Reativos: não percebem o mundo externo, apenas respeitam impulsivamente os comandos se-então sem qualquer planejamento prévio; II) Deliberativos: detêm a capacidade de raciocinar previamente a conduta e agir conforme suas perspectivas, vontades e propósitos. Tem-se a possibilidade de ação baseada em memórias do passado; III) Híbridos: com a junção dos dois elementos anteriores dentro do mesmo ambiente e IV) Adaptativos: mudam a forma de agir conforme o ambiente<sup>95</sup>.

No que tange ao comércio eletrônico e em especial o tema deste artigo, vale destacar os agentes de comércio eletrônico que atuam nas duas frentes, tanto na compra quanto na venda de um produto ou serviço, com caráter deliberativo das ações.

### 1.3 O CASO KNIGHT CAPITAL

A contratação eletrônica intersistêmica inteligente tem se desenvolvido nesta última década em um dos locais com maior impacto no comércio mundial, nomeadamente a bolsa de valores norte-americana. A Knight Capital Group LLC, uma das principais companhias do mercado financeiro do atlântico norte desenvolveu uma ferramenta de negociação algorítmica que consistia em usar instruções automatizadas para comprar ou vender ações de acordo com uma série de variáveis, tais como o tempo, valor e volume de ações. Este software era abastecido com dados incessantemente, sendo capaz de raciocinar e perceber o melhor momento para realizar transações. Para se ter uma ideia, a companhia operava cerca de 3 bilhões de ações todos os dias (com valor total de aproximadamente U\$ 21 bilhões) até o evento narrado abaixo.<sup>96</sup>

A empresa sofreu uma grande perda na operação de seu sistema de roteamento algorítmico para pedidos de ações dos EUA em agosto de 2012.<sup>97</sup> A Knight Capital originalmente recebeu 212 pedidos pequenos de clientes de varejo e, por engano, transmitiu milhares de pedidos por segundo ao mercado da New York stock exchange durante um período de 45 minutos; executou mais de 4 milhões de transações em 154 ações, totalizando mais de 397 milhões de ações e assumiu uma posição comprada líquida em 80 ações de aproximadamente U\$ 3,5 bilhões, bem como uma posição vendida líquida em 74 ações de aproximadamente U\$ 3,15 bilhões. Knight perdeu mais de U\$ 440 milhões com essas posições indesejadas e, no dia seguinte, seu próprio preço das ações havia caído 75%, no que foi considerado um colapso tecnológico.

É importante colacionar na nota de rodapé abaixo<sup>98</sup> uma explicação da falha técnica

<sup>95</sup> Ibidem

<sup>96</sup> <http://www.math.chalmers.se/Stat/Grundutb/CTH/mve220/1718/Christos%20Saltapidas-Ramin%20Maghsood-The-fall-of-Knight-Capital-Group.pdf>

<sup>97</sup> <https://dealbook.nytimes.com/2012/08/02/knight-capital-says-trading-mishap-cost-it-440-million/>

<sup>98</sup> "With only a month between the RLP's approval and its go-live, Knight's software development team worked feverishly to make the necessary changes to its trade execution systems including SMARS, its algorithmic, high speed order router. A core feature of SMARS receives orders from other upstream components in Knight's trading platform ("parent" orders) and then, as needed based on the available liquidity and price, sends one or more representative ("child") orders to downstream, external venues for execution. The new RLP code in SMARS replaced some unused code in the relevant portion of the order router; the old code previously had been used for an order algorithm called "Power Peg", which Knight had stopped using since 2003. Power Peg was a test program that bought high and sold low; it was specifically designed



que acarretou na venda da empresa para a sua principal concorrente, tendo em vista a sua quase falência em razão deste erro. Múltiplos fatores ocasionaram este colapso, e um dos mais importantes foi que um sinalizador que havia sido usado anteriormente para ativar o programa Power Peg foi redirecionado para uso em novas funcionalidades. Isso significava que o programa acreditava estar em um ambiente de teste e executava negociações o mais rápido possível, sem se preocupar em perder o valor da ação.

Em segundo lugar, a equipe de desenvolvedores falhou ao implantar o programa atualizado em um dos oito servidores de produção. Esse servidor agora tinha uma versão desatualizada do software e um sinalizador informando que o programa deveria estar ativado.

## 2. QUESTÕES JURÍDICAS DOS AGENTES INTELIGENTES

O caso transfonteiriço acima retratado levanta questões importantes sobre como o direito interno português e o direito europeu estão preparados para reagir a situações fáticas similares. Resta ainda a dúvida se os instrumentos jurídicos atualmente vigentes são suficientes para esta problemática ou se há uma lacuna normativa para casos similares vindouros.

A primeira questão a se enfrentar é referente a capacidade jurídica destes agentes inteligentes intersistêmicos. Como conceituá-los ao ter em vista que suas ações nem sempre são explicáveis e tampouco detêm intervenção humana? ANDRADE 99 traz a definição de Allen e Widdison<sup>100</sup> sobre a necessidade da criação de uma “ficção jurídica” de modo a definir que a totalidade dos negócios jurídicos efetuados por computadores deveriam ser consideradas como se realizadas fossem por uma pessoa singular. Esta definição não se demonstra adequada neste caso pois um agente inteligente pode ir além do que foi programado e até mesmo dos objetivos primários de seus criadores.

---

to move stock prices higher and lower in order to verify behavior of its other proprietary trading algorithms in a controlled environment. It was not to be used in the live, production environment. There were grave problems with Power Peg in the current context. First, the Power Peg code remained present and executable at the time of the RLP deployment despite its lack of use. Such “dead code” is a bad practice, but common in large software systems maintained for years. Second, the new RLP code had repurposed a flag that was formerly used to activate the Power Peg code; the intent was that when the flag was set to “yes”, the new RLP component — not Power Peg — would be activated. Such repurposing often creates confusion, had no substantial benefit and was a major mistake as we shall see shortly. Third, there had been substantial code refactorings in SMARS over the years without thorough regression testing; in 2005, Knight changed the cumulative quantity function that counted the number of shares of the parent order that had been executed and filled to decide whether to route another child order. The cumulative quantity function was now invoked earlier in the SMARS workflow which in theory was a good idea to prevent excess system activity; in practice, it was now disconnected from Power Peg which used to call it directly, could no longer throttle the algorithm when orders were filled, and Knight never retested Power Peg after this change.” Bishr Tabbaa. The Rise and Fall of Knight Capital — Buy High, Sell Low. Rinse and Repeat. 08-05-2018 Disponível em: <<https://medium.com/dataseries/the-rise-and-fall-of-knight-capital-buy-high-sell-low-rinse-and-repeat-ae17fae780f6>> Acesso em: 14/05/2020.

<sup>99</sup> ANDRADE, Francisco António Carneiro Pacheco. Da contratação electrónica : em particular da contratação electrónica inter-sistémica inteligente. – Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, apresentada à Universidade do Minho, em 10/12/2009. Disponível em < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/10175>> Acesso em 14/05/2020

<sup>100</sup> Ibidem

Uma alternativa interessante foi trazida por SARTOR<sup>101</sup> ao propor o registro destes agentes inteligentes como pessoas coletivas de modo a conceder uma residência e a integralização de um capital social mínimo que possa responder por eventuais malfeitos. Isto já restringiria sua responsabilidade ao próprio patrimônio integralizado. ANDRADE<sup>102</sup> complementa a necessidade de um seguro obrigatório para responder pelos prejuízos não socorridos na medida anterior. Todavia há um risco de que a securitização encareça o uso dos agentes ao ponto de inviabilizar seu uso.

A Diretiva Europeia de nº 2000/31/CE é silente sobre este tipo de contrato e não abrange nenhum tipo comercial sem a intervenção humana. O Decreto-Lei nº 07/2004 corrigiu a omissão do parlamento europeu e inseriu no art. 33 nº2<sup>103</sup> guarida judiciária na tentativa de sanar possíveis vícios decorrentes da contratação, com atenção especial aos casos de erro de formação, declaração ou transmissão da vontade.

Se a situação fática descrita da Knight Capital fosse transposta para o direito português a nº2 da alínea do artigo supramencionado poderia socorrer as partes envolvidas, tendo em vista que um erro de software gerou uma série de transações que desconsideraram a realidade mercadológica e todas as ações previamente realizadas por este agente inteligente. Portanto há um claro e manifesto vício na formação desta contratação. Contudo, tal situação encontra uma lacuna no direito comunitário, pois não há norma jurídica apta a subsumir ao fato.

## CONCLUSÃO

Este breve artigo trouxe inicialmente a evolução dos tipos de contratação eletrônica e exemplos práticos de sua manifestação, bem como seus conceitos. Foi apresentado o funcionamento da contratação intersistêmica em ambientes inteligentes e a sua atuação sem a intervenção humana, que propicia a criação de novos contextos jurídicos. Também foi demonstrado o colapso do agente inteligente da empresa Knight Capital e como este ocorreu.

<sup>101</sup> Giovanni Sartor, "Agents in Cyberlaw"

<sup>102</sup> ANDRADE, Francisco António Carneiro Pacheco. Da contratação electrónica : em particular da contratação electrónica inter-sistêmica inteligente. – Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, apresentada à Universidade do Minho, em 10/12/2009. Disponível em < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/10175>> Acesso em 14/05/2020

<sup>103</sup> Artigo 33.º

Contratação sem intervenção humana

1 - À contratação celebrada exclusivamente por meio de computadores, sem intervenção humana, é aplicável o regime comum, salvo quando este pressupuser uma actuação.

2 - São aplicáveis as disposições sobre erro:

a) Na formação da vontade, se houver erro de programação;  
b) Na declaração, se houver defeito de funcionamento da máquina;  
c) Na transmissão, se a mensagem chegar deformada ao seu destino.

3 - A outra parte não pode opor-se à impugnação por erro sempre que lhe fosse exigível que dele se apercebesse, nomeadamente pelo uso de dispositivos de detecção de erros de introdução. <https://dre.pt/pesquisa/-/search/240775/details/maximized>

Através deste caso conclui-se que há a necessidade de criação legislativa no âmbito europeu para socorrer um notado vácuo legislativo para situações análogas.

Viu-se que no contexto português já há um artigo na legislação nacional que se amolda ao contexto fático.

Por fim percebeu-se uma possibilidade de criação de instrumentos jurídicos para responsabilização e de capacidade destes agentes.

## REFERÊNCIAS

Andrade, Francisco – Contratação Eletrónica, Disponível em: < [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eB\\_Direitos\\_contratos.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/eB_Direitos_contratos.pdf) > Acesso em 15/05/2020

ANDRADE, Francisco António Carneiro Pacheco. Da contratação eletrónica : em particular da contratação electrónica inter-sistémica inteligente. – Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, apresentada à Universidade do Minho, em 10/12/2009. Disponível em < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/10175>> Acesso em 14/05/2020

ANDRADE, Francisco António Carneiro Pacheco. Da contratação electrónica: em particular da contratação electrónica inter-sistémica inteligente. – Tese de Doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, apresentada à Universidade do Minho, em 10/12/2009. Disponível em < <http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/10175>> Acesso em 14/05/2020

Bishr Tabaa, Medium, disponível em: < <https://medium.com/dataseries/the-rise-and-fall-of-knight-capital-buy-high-sell-low-rinse-and-repeat-ae17fae780f6>> Acesso em 11/05/2020

Sartor, Giovanni -- “Agents in Cyberlaw”, Proceedings of the workshop on the law of electronic agents – LEA 2002 in <http://www.cirfid.unibo.it/~lea02/pp/Sartor.pdf>

## MÉTODOS ALTERNATIVOS DE DISPUTA DE LITÍGIOS ONLINE: ESTUDO DE CASO DO WIPO INTERNET DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION

*Gustavo Henrique de Pádua Castro<sup>104</sup>*

**RESUMO:** O fenômeno da globalização dos mercados de bens e serviços propiciou a quebra de barreiras comerciais e o desenvolvimento da economia mundial. Também vieram grandes desafios na resolução dos litígios advindos destas transações a envolver agentes singulares e empresarias de países diversos, com legislações e sistemas jurídicos diferentes, e por vezes morosos ou não preparados para estas novas demandas. A criação do protocolo HTTP no início da década de 1990 propiciou um novo espaço virtual para indivíduos e empresas estabelecerem suas ideias e negócios. Para que todos possam encontrar o caminho para suas páginas preferidas na rede foi criado o recurso denominado Domain Name System (DNS) - Sistema de nomes de domínio. Nele, ao invés de o usuário acessar ao site do seu terminal através de um endereço IP- Internet Protocol com até 12 números em sequência (exemplo: 192.0.34.65), o utilizador apenas digita o nome do site, como por exemplo: www.twitter.com, facilitando sobremaneira a utilização deste caminho. Para tanto, instituiu em 1999 a Uniform Disputes Resolution Policy - UDRP, e fornece aos titulares de direitos de marca registada um mecanismo administrativo para resolver disputas relacionadas ao registo e uso por terceiros de má fé de nomes de domínio correspondentes a essas marcas registadas. A intenção é complementar os procedimentos judiciais, mas não os substitui, para que o direito de apresentar uma ação judicial durante ou após a conclusão do procedimento não seja impedido. Boa parte dos conflitos existentes nesta seara decorrem da natureza declaratória de propriedade dos domínios. Conclui-se que há uma questão concorrencial muito forte, em âmbito mundial, que só a partir de um painel eletrônico como o da WIPO poderia ser resolvida. Se as partes tivessem que se deslocar para um litígio físico, tradicional, ou se tivessem que contratar advogados locais, de acordo com o local da sede da empresa violadora, não compensaria muitas vezes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Domain Name System; Online Dispute Resolution; Wipo internet domain name dispute resolution.

### 1. ONLINE DISPUTE RESOLUTION - ODR

O fenômeno da globalização dos mercados de bens e serviços propiciou a quebra de barreiras comerciais e o desenvolvimento da economia mundial. Também vieram grandes desafios na resolução dos litígios advindos destas transações a envolver agentes singulares e empresarias de países diversos, com legislações e sistemas jurídicos diferentes, e por vezes morosos ou não preparados para estas novas demandas.

A primeira geração deste mecanismo pode ser definida como um processo de resolução de disputas que opera principalmente online. Isso abrange as versões em linha

---

<sup>104</sup> Bacharel em Direito pela Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). Mestrando em Direito e Informática na Universidade do Minho (Portugal).

de resolução alternativa de disputas e cortes virtuais, sendo a primeira situação a mais encontrada. Em outras palavras, ODR refere-se a processos de negociação, mediação, arbitragem e tribunal, cujos procedimentos são instrumentalizadas através de TICs.<sup>105</sup>

As ferramentas de videoconferência, chamadas de áudio e vídeo, e-mails, chats de mensagens instantâneas dentre outras tecnologias são usadas para propiciar a resolução de conflitos, mas não são utilizadas de maneira autônoma, e sim sob o controle ou supervisão humana.<sup>106</sup> Não há contato direto pessoal entre as partes, e esta é a principal diferença para um sistema ADR.

A segunda geração de sistemas ODR é essencialmente definida por um uso mais eficaz de ferramentas técnicas. Não é mais usado para o mero trabalho de colocar as partes em contato e / ou facilitar o acesso às informações. Isso vai, além disso e é usado para geração de ideias, planejamento, definição de estratégia e tomada de decisão.<sup>107</sup>

Nesse sentido, pode-se dizer que os sistemas de segunda geração estendem a sua primeira com novos artefactos inteligentes e autônomos. Essa nova geração depende e é suportada por tecnologias que permitem uma conectividade regular entre todas as entidades envolvidas. No entanto, usando tecnologias inovadoras no topo dessa camada de comunicação, é possível apresentar serviços com mais valor agregado.<sup>108</sup>

Pode-se encontrar uma gama de tecnologias que capacitarão significativamente a geração anterior de ferramentas de ODR, nomeadamente redes neurais artificiais, agentes de software inteligentes, mecanismos de raciocínio baseados em casos, métodos para representação e raciocínio do conhecimento, argumentação, aprendizado e negociação.

Assim, avançamos de um paradigma no qual as ferramentas de comunicação reativa são usadas pelas partes para compartilhar informações, para um ambiente virtual no qual os serviços de ODR ajudam proativamente as partes em conflito.

## 1.1 Inteligência Artificial & Online Dispute Resolution

O grande desenvolvimento da Inteligência artificial nas duas últimas décadas está a demonstrar-se capaz de aumentar as capacidades computacionais e humanas. Isto fica ainda mais evidente quando notamos a sua aplicação em novos sistemas que tornam a prestação jurisdicional dos sistemas resolução de disputas online mais efetivas, conforme se verá abaixo:

<sup>105</sup> Schultz, Thomas, Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust. North Carolina Journal of Law & Technology, Vol. 6, p. 71, 2004. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=896532>

<sup>106</sup> Carneiro, D., Novais, P., Andrade, F., Zeleznikow, J., & Neves, J. (2014). Online dispute resolution: an artificial intelligence perspective. Artificial Intelligence Review, 41(2), 211–240. <https://doi.org/10.1007/s10462-011-9305-z>

<sup>107</sup> “  
<sup>108</sup> “

I) Sistemas de Suporte a Decisão (SSD) - Tomar a decisão certa nos negócios geralmente se baseia na qualidade dos dados e na capacidade de pesquisar e analisar os dados para encontrar tendências nas quais se pode encontrar soluções e decidir estratégias.

O SSD é uma ferramenta de gerenciamento eficaz que preenche a lacuna entre a teoria e a prática. É um sistema que analisa os dados disponíveis e os apresenta de forma que o usuário possa tomar decisões com mais facilidade. O usuário tem uma consulta, interage e verifica as variáveis da consulta e fornece uma solução adequada.

Fornecer uma base conceitual comum para a tomada de decisão, combinando decisões em potencial separadas de várias pessoas, filtrando essas decisões por meio de um único modelo para estimar o resultado total. Ele acelera o processo de solução de problemas, permitindo uma rápida recuperação, melhorando a consistência e a precisão e fornecendo melhores maneiras de visualizar e resolver problemas. Também responde rapidamente às mudanças nas necessidades dos tomadores de decisão.

Ele contém um diagrama de decisão lógica que estabelece o relacionamento responsável pela causa. Em seguida, declara a validade das reivindicações prováveis de qualquer uma das partes e sugere uma decisão. Este diagrama de decisão está na forma de um fluxograma e forma a espinha dorsal do Sistema de Suporte à Decisão.

Um exemplo está no AssetDivider usado no direito da família australiano. O AssetDivider é usado no contexto de um rompimento de relacionamento e usa a IA para automatizar os resultados de negociação sugeridos e ajudar as partes a encontrar uma solução. A AI foi projetada para incorporar justiça e negociação baseada em interesses (IBN), a fim de apresentar às partes uma divisão de bens sugerida que atenda aos interesses das partes.

II) Sistemas Baseados em conhecimento - São programas de computador que justificam, e o conhecimento é explicitamente representado como ontologias ou regras, e não implicitamente por meio de código. Podem ser subdivididos em sistemas, sistemas baseados em regras (if-then, ou if-then-else) ou baseados em casos (baseiam a tomada de decisão em casos anteriores e sua experiência) em detrimento de um conjunto predefinido de regras.<sup>109</sup>

III) Sistemas especialistas - Os Sistemas Especialistas podem ser caracterizados como aplicações computacionais que foram construídos para serem adequados para trabalhar tão bem quanto especialistas humanos ou até melhor em determinados campos.<sup>110</sup>

Nesse sentido, tais estruturas são planejadas, preparadas e ajustadas pelas pessoas e devem encapsular uma profundidade e singularidade de informações que lhes permitam executar em tal nível. A preparação pode ser realizada utilizando dados de casos passados e escolhas específicas dadas por especialistas humanos.

<sup>109</sup> JEREMY BARNETT, AND PHILIP TRELEAVEN, Algorithmic Dispute Resolution—The Automation of Professional Dispute Resolution Using AI and Blockchain Technologies, D DATA ANALYTICS THE COMPUTER JOURNAL, VOL. 61 NO. 3, 2018. Disponível em: <https://academic.oup.com/jnl/article/61/3/399/4608879>, acesso em 18/06/2020.

<sup>110</sup> Carneiro, D., Novais, P., Andrade, F., Zeleznikow, J., & Neves, J. (2014). Online dispute resolution: an artificial intelligence perspective. Artificial Intelligence Review, 41(2), 211–240. <https://doi.org/10.1007/s10462-011-9305-z>

Por outro lado, essas estruturas também podem aprender enquanto são utilizadas, na maioria das vezes com o gerenciamento de um especialista que faz alterações conforme indicado pelas informações, rendimento antecipado e rendimento verificado.<sup>111</sup>

Os sistemas especialistas tentam copiar a capacidade e as informações humanas em um determinado espaço. Nesse sentido, é correto expressar que as informações importantes para realizar tais tarefas de nível elevado, assim como os métodos de indução utilizados, podem ser vistos como modelos de domínio dos melhores especialistas humanos no campo.<sup>112</sup>

IV) Resolução Baseada em Casos (RBC)- É um modelo bem estudado de resolução de problemas na IA, utilizando experiência na forma de uma base de casos. Por sua natureza, o modelo CBR pode ser visto como um tipo de aprendizado passivo ou baseado em instância, ou seja, sem fazer generalizações ou regras derivadas sobre como resolver os problemas no domínio, em contraste com outros modelos, como redes neurais artificiais e árvores de decisão.<sup>113</sup>

Mesmo que essa falta de generalização possa às vezes ser vista como uma desvantagem em domínios de aplicativos específicos, a abordagem inerente à instância do RBC baseada em instância o torna altamente adequado como espinha dorsal de um mediador. Devido à natureza das instâncias de disputa podem ser convenientemente representadas como casos. Mantidos intactos para raciocínio futuro pelo sistema RBC, esse caso também forneça quaisquer decisões do mediador com explicações e apoio valiosos, conforme precedentes de apoio.<sup>114</sup>

A estrutura de representação de caso que usamos aqui é baseada em ontologias descrever as percepções das partes negociadoras sobre o conjunto de questões que a disputa; e aumentamos o ciclo convencional com analógico e módulos de raciocínio de bom senso que operam nessas ontologias, cujos detalhes são apresentados mais abaixo.

## 2. DOMAIN NAME SYSTEM, ICANN & UNIFORM DISPUTES RESOLUTION POLICY

A criação do protocolo HTTP - Hypertext Transfer Protocol<sup>115</sup> por Sir Tim Berners Lee no início da década de 1990 propiciou um novo sítio virtual para indivíduos e empresas estabelecerem suas ideias e negócios.

Para que toda a gente possa encontrar o caminho para suas páginas preferidas na rede foi criado o recurso denominado Domain Name System (DNS) - Sistema de nomes de

---

<sup>111</sup> ""

<sup>112</sup> ""

<sup>113</sup> Kolodner, J.L.: Case-Based Reasoning. Morgan Kaufmann, San Mateo (1993)

<sup>114</sup> ""

<sup>115</sup> T. Berners-Lee, Weaving the Web: The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by its Inventor, Harper, San Francisco 1999.

domínio. Nele, ao invés de o usuário acessar ao sítio do seu terminal através de um endereço IP- Internet Protocol com até 12 números em sequência (exemplo: 192.0.34.65), o utilizador apenas digita [www.twitter.com](http://www.twitter.com), facilitando sobremaneira a utilização deste caminho.<sup>116</sup>

A estrutura da Web é freqüentemente vista como neutra à substância e às questões governamentais que fluem sobre isto. Isso nunca pode ser dito sobre o DNS. Como espaço de nome, ele contém conteúdo inato, provocando vários confrontos identificados com o discurso. O DNS é resolvido progressivamente, separados em espaços virtuais que classificam sortimentos de nomes acessíveis em qualquer lugar no sistema.<sup>117</sup>

No topo, está o documento da zona raiz que contém um IP de mapeamento de registo acessando endereços para cada espaço de nível superior (TLD). Os TLDs podem ser convencionais (.com e .organization) ou códigos nacionais (.uk e .ca). Os top level domains foram responsáveis pela primeira geração de conflitos na rede, em razão da disseminação do e-commerce.

Desde 2011 há uma nova série de domínios a entrarem em ação, denominados TLD geográficos, a representarem uma cidade ou região específica. É necessário o apoio do governo local para esses TLDs. Os exemplos incluem: .nyc, .berlin, .tokyo.<sup>118</sup>

O protocolo HTTP foi criado na Organização Europeia para pesquisa nuclear - CERN, porém funciona dentro da internet, um projeto desenvolvido pelo governo norte-americano. A fim de criar um mecanismo de governança global da rede, foi criada a ICANN - Internet Corporation for Assigned Names, a entidade máxima da internet mundial.<sup>119</sup>

No que tange ao sistema de nomes de domínio, a ICANN<sup>120</sup> desempenha um papel de gerenciamento e coordenação com vistas a cumprir as suas funções técnicas e também de credenciar as entidades responsáveis por operar os seus registros. Em outras palavras, é o órgão que em último ratio determina quem pode usar um nome de domínio.

Para tanto, instituiu em 1999 a Uniform Disputes Resolution Policy - UDRP<sup>121</sup>, e fornece aos titulares de direitos de marca registrada um mecanismo administrativo para resolver disputas relacionadas ao registo e uso por terceiros de má fé de nomes de domínio correspondentes a essas marcas registradas. A intenção é complementar os procedimentos

---

<sup>116</sup> CALABRICH, B. F. de C. *Sistemas de nomes de domínio (DNS), ICANN e interesses brasileiros*. Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, v. 11, no 2, p. 127-152, outubro 2019. DOI: <https://doi.org/10.26512/lstr.v11i2.27027>

<sup>117</sup> Samantha Bradshaw, *The politicization of the Internet's Domain Name System: Implications for Internet security, universality, and freedom*, Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1461444816662932>. Acesso em 16/06/2020

<sup>118</sup> [https://icannwiki.org/New\\_gTLD\\_Program](https://icannwiki.org/New_gTLD_Program)

<sup>119</sup> Samantha Bradshaw, *The politicization of the Internet's Domain Name System: Implications for Internet security, universality, and freedom*, Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1461444816662932>. Acesso em 16/06/2020

<sup>120</sup> ICANN: a empresa por trás de todo site '.com'. Disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/internet/50323-icann-a-empresa-por-tras-de-todo-site-com-.htm>; acesso em 17.06.2020

<sup>121</sup> <https://www.icann.org/resources/pages/help/dndr/udrp-en>



judiciais, mas não os substitui, para que o direito de apresentar uma ação judicial durante ou após a conclusão do procedimento não seja impedido.<sup>122</sup>

O Wipo Internet Domain Name Dispute Resolution, um órgão da Wipo Arbitration e Mediation Centre foi naquele mesmo ano criado e escolhido para dirimir estes conflitos, em razão de ser um centro alternativo de resolução de conflitos (ADR) especializado em disputas de Propriedade Intelectual. Contudo, este não é um tribunal arbitral ou de mediação. É considerado um procedimento administrativo, não obrigatório e passível de recurso em outras cortes.

Nas disputas de domínio são aceitas questões mais específica, como o registro de um domínio de má-fé, que será na sequência explicado, assim como o funcionamento do centro.

### 3. FUNCIONAMENTO GERAL DO WIPO INTERNET DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION

A disputa de nome de domínio (como regra geral) é decidida por um único membro do painel (árbitro) da lista de membros do painel. O membro do painel é indicado pela WIPO.<sup>123</sup> As taxas para um Painel de membro único serão pagas integralmente pelo reclamante. Em 2019 foram julgados 3.693, conforme demonstra a imagem abaixo.

---

<sup>122</sup> L. Tarasenko, Domain Name Dispute Resolution Visnyk of the Lviv University. Series Law. 2017. Issue 64. P. 136–143

<sup>123</sup> A WIPO - Organização Mundial de Propriedade Intelectual, sediada em Genebra (Suíça), é uma agência internacional da Organização das Nações Unidas criada em 1967 com o intuito de promover e proteger globalmente este importante ativo através da cooperação entre os 193 estados membros. Disponível em: <https://www.wipo.int/about-wipo/en/>, Acesso em 15/06/2020.

**Annex 9: Number of WIPO Domain Name Cases and Domain Names**

Year	Number of cases	Number of domain names
2000	1,857	3,760
2001	1,557	2,465
2002	1,207	2,042
2003	1,100	1,774
2004	1,176	2,599
2005	1,456	3,312
2006	1,824	2,806
2007	2,156	3,545
2008	2,329	3,958
2009	2,107	4,685
2010	2,696	4,367
2011	2,764	4,780
2012	2,884	5,080
2013	2,585	6,191
2014	2,634	5,603
2015	2,754	4,364
2016	3,036	5,354
2017	3,074	6,371
2018	3,447	5,655
2019	3,693	6,298

Figura 1: Número de casos de disputas de domínio nos últimos 19 anos.<sup>124</sup>

Mas se o reclamante ou o reclamado optarem por ter a disputa decidida por três árbitros, o centro de arbitragem deverá nomear três membros do painel. O requerente elege um árbitro, o mesmo que o requerido. O terceiro membro do painel deve ser nomeado pelo centro da WIPO, a partir de uma lista de cinco candidatos enviadas às partes.<sup>125</sup> A tabela de custas pode ser vista abaixo, com o preço mínimo de U\$ 1.500,00 em disputas com apenas um árbitro.

<sup>124</sup> <https://onlinedomain.com/2020/04/07/domain-name-news/wipo-2019-report-3693-udrp-cases-covering-6298-domain-names/>

<sup>125</sup> Disponível em: <https://www.wipo.int/amc/en/domains/panel.html>

Single Panelist	
Number of Domain Names Included in the Complaint	Fee (United States Dollars)
1 to 5	1500 [Panelist: 1000; WIPO Center: 500]
6 to 10	2000 [Panelist: 1300; WIPO Center: 700]
More than 10	To be decided in consultation with the WIPO Center

Three Panelists	
Number of Domain Names Included in the Complaint	Fee (United States Dollars)
1 to 5	4000 [Presiding Panelist: 1500; Co-Panelist: 750; WIPO Center: 1000]
6 to 10	5000 [Presiding Panelist: 1750; Co-Panelist: 1000; WIPO Center: 1250]
More than 10	To be decided in consultation with the WIPO Center

Figura 1: As custas processuais.<sup>126</sup>

As medidas cabíveis para um reclamante nos termos de qualquer processo perante um painel administrativo devem limitar-se a exigir o cancelamento do nome de domínio ou a transferência do registo do nome de domínio para o reclamante. O reclamante não pode reivindicar danos ou definir outros requisitos. É um recurso da resolução de disputas de domínio fora dos tribunais.<sup>127</sup>

O (s) árbitro (s) decide (m) uma reclamação com base nas declarações e documentos enviados e de acordo com a Política Uniforme de Resolução de Disputas de Nomes de Domínio, Regras para a Política Uniforme de Resolução de Disputas de Nomes de Domínio e quaisquer regras e princípios legais que considerar aplicáveis.

Todo o procedimento é realizado através da plataforma de resolução de conflitos em linha denominada WIPO eADR<sup>128</sup>, que conecta as partes e o julgador com a partilha de informações sobre o caso a ser julgado, bem como possibilita uma comunicação pública entre as partes. Ela detém a certificação ISO/IEC 27001 (Information Security Management), de modo a atestar a integridade do sistema. Também são encontradas na plataforma

<sup>126</sup> <https://www.wipo.int/amc/en/domains/fees/>

<sup>127</sup> L. Tarasenko, Domain Name Dispute Resolution Visnyk of the Lviv University. Series Law. 2017. Issue 64. P. 136–143

<sup>128</sup> <https://www.wipo.int/amc/en/eadr/wipoeadr/>

mecanismos de busca jurisprudencial separados por categorias, bem como um software de videoconferência em caso de necessidade de ouvir as partes.

#### 4. LITÍGIOS APLICÁVEIS

O centro da WIPO para a resolução de disputas de nomes de domínio é regido pela política uniforme de resolução de litígios e subsidiariamente por normas da própria corte. O artigo 4º (a)<sup>129</sup> da UDRP dispõe sobre as três condições necessárias para a abertura do procedimento administrativo. São elas:

I) O domínio do requerido é idêntico ou tem elementos a causar a confusão com a marca ou serviço do requerente;

II) O detentor do domínio não tem nenhum direito ou interesse legítimo em relação ao nome,

III) O nome do domínio já foi registado e está a ser usado em má-fé.

Boa parte dos conflitos existentes nesta seara decorrem da natureza declaratória de propriedade dos domínios. Tal como ocorre em alguns aspectos de Propriedade Intelectual, notadamente o direito de marcas, quem primeiro submeter o nome de domínio ao registo se torna o proprietário deste.<sup>130</sup>

Há algumas formas conhecidas de usos indevidos de nomes de domínio aptos a causarem litígio. A principal delas é denominada cybersquatting, caracterizada pelo registo de nomes de domínio de pessoas ou marcas por terceiros, que visam revendê-los a preços acima do mercado.<sup>131</sup>

Esta prática pode ser encontrada em duas disputas do centro. A primeira delas envolve a conhecida marca de cigarros Marlboro, que entrou com uma queixa contra a empresa R9.net após esta registar o nome de domínio “Marlboro.com” com a alegação de similaridade entre o endereço de domínio e a marca da empresa. Alegou ainda que o arguido efetuou o registo de má-fé, e teve seu pedido aceito pelo painel após a ausência de defesa pela parte contrária. O domínio foi imediatamente transferido para a companhia de cigarros.<sup>132</sup>

Em caso mais recente e a envolver a pandemia vigente, a companhia farmacêutica Sanofi ingressou no centro contra um cidadão chinês que registou o domínio “sanofivaccine.com”. O arguido também não efetuou sua defesa, acarretando na transferência de domínio para a Sanofi.<sup>133</sup>

<sup>129</sup> <https://www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-pt>

<sup>130</sup> Arbitration and Mediation Procedures at WIPO, maria Beatriz pennaCChi deLLore, VI ANUÁRIO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL | V. 2, 2011

<sup>131</sup> Monika Gaczkowska. “HOW TO EFFICIENTLY PROTECT A DOMAIN NAME?”. Comparative Law Review 2:95-111. <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=556320>

<sup>132</sup> Singh, H. P. (2018). Domain Name Disputes and Their Resolution under UDRP Route: A Review. Archives of Business Research, 6(12), 147-156.

<sup>133</sup> <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/text.jsp?case=D2020-0617>

Outra forma de pirataria de domínios é chamada de typosquatting, uma espécie de desvio de URL de uma página, no qual um pirata baseado em erros de digitação vulgarmente cometidos pelos usuários efetua o registo de domínio delas e capta usuários.<sup>134</sup> A petrolífera Shell entrou com queixa em face da Domains - Best Domains por esta ter registado o nome de domínio “wwwshell.com” e este direcionar para a página “abortionismurder.com”. O requerido se defendeu pedindo \$549.000 para a sua transferência. O centro não acatou o pedido da defesa e determinou ao ICANN a transferência para a Shell sem custos.<sup>135</sup>

Por fim, o cyber smearing é um procedimento no qual são adicionados termos que coloquem em causa o bom nome de uma empresa em um domínio. O jornal Folha de São Paulo foi vítima disto, através da criação do nome de domínio satírico Falha de São Paulo.<sup>136</sup>

## 5. PROCEDIMENTOS

A WIPO desde 2009 adotou procedimento sem a necessidade de usar qualquer papel ou envio de cartas para dar entrada no requerimento administrativo. Deste modo, ele é realizado no sistema eADR da entidade.<sup>137</sup> Ao submetê-lo, este deve conter as questões abaixo<sup>138</sup>:

- I) Estar de acordo com o que dispõe o Uniform Domain Name Dispute Policy e as disposições suplementares da WIPO;
- II) Os dados completos do requerente;
- III) O meio comunicacional pelo qual deseja ser contactado,
- IV) Se ele deseja que a causa seja julgada por um árbitro singular ou por um painel de três árbitros;
- V) O nome do requerido;
- VI) O (s) domínio (s) ao (s) qual (is) a causa se refere;
- VII) Um registo a conter informações de quem detém o nome do domínio;
- VIII) A (s) marca (s) ou serviço (s) em que o queixoso atua;
- IX) A descrição dos factos e razões do pedido;
- X) As medidas cabíveis;
- XI) O pagamento das taxas.

Além destes requisitos procedimentais, as partes podem também firmar um acordo a pactuar com a decisão do procedimento administrativo, e devem informar se estão a tomar outras medidas judiciais quanto ao conflito em causa. Se houver um litígio em andamento

<sup>134</sup> “”

<sup>135</sup> <https://www.wipo.int/amc/en/domains/decisions/html/2003/d2003-0066.html>

<sup>136</sup> <https://web.archive.org/web/20160110050655/http://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/noticias/justica-tira-do-ar-site-que-criticava-a-folha-de-s-paulo-20101005.html>

<sup>137</sup> <https://goldsteinreport.com/wipo-launches-paperless-domain-name-udrp-proceedings/>

<sup>138</sup> <https://www3.wipo.int/amc-forms/en/udrp/eudrpresponse.jsp>

em outro tribunal, a decisão deste procedimento só será tomada após a sua resolução. Os julgadores escolhidos precisam declarar se possuem algum conflito de interesse antes de ser iniciado o litígio.

O centro tem 3 dias úteis para verificar os procedimentos e iniciá-lo. Caso seja necessário efetuar alguma emenda ao pedido inicial, o requerente é notificado para saná-la no prazo de 5 dias. O próximo passo é a notificação ao Reclamado da reclamação. Depois que o reclamante é notificado pelo Centro, ele tem vinte dias para registrar uma resposta. A resposta deve abordar especificamente as declarações da queixa, bem como qualquer alegação a considerar necessária.

Existem três possíveis defesas afirmativas que podem ser usadas pelo Demandado<sup>139</sup>:

I) Uso ou preparações demonstráveis para usar o nome de domínio ou nome correspondente ao nome de domínio em conexão com a oferta de boa-fé de bens ou serviços, antes da entrega do aviso de controvérsia;

II) O proprietário do nome de domínio demonstra que ele é comumente conhecido pelo nome de domínio, mesmo sem uma marca comercial ou marca de serviço;

III) Ou o detentor do nome de domínio está fazendo um uso legítimo, não comercial ou justo do nome de domínio, sem a intenção de obter ganhos comerciais para desviar enganosamente os consumidores ou manchar a marca registrada ou marca de serviço do queixoso.

Em caso de revelia, o painel julga o procedimento com base nas informações trazidas na queixa inicial. Pode ainda requerer a admissibilidade, a relevância, a materialidade e o peso da prova, bem como pedir mais declarações e documentos das partes.

Não haverá audiências pessoais, a menos que o árbitro determine, a seu próprio critério e em circunstâncias excepcionais, que tal formalidade é necessária.

Uma das principais características deste provedor de resolução de disputas é a celeridade. O prazo médio entre a queixa e a decisão é de aproximadamente 60 dias<sup>140</sup>, o que via de regra não ocorre em muitos tribunais nacionais.

## ANÁLISE E DISCUSSÃO DE RESULTADOS

Viu-se neste artigo alguns aspectos essenciais do funcionamento das plataformas de resolução de disputas online, nomeadamente o uso das TICs para conectar as partes.

Um dos benefícios sistemas de ODR baseados em texto (o caso da plataforma de resolução de disputas de domínio da WIPO) é que ele remove ou diminui a probabilidade de viés inconsciente desempenhar um papel na determinação do resultado de uma disputa.

<sup>139</sup> Dellore, Maria Beatriz PennaCChi, Arbitration and Mediation Procedures at WIPO, VI ANUÁRIO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL | V. 2, 2012.

<sup>140</sup> ""

Sem elementos visuais ou de áudio, fatores como sexo, etnia, aparência, deficiência ou status socioeconômico são mais difíceis de conhecer. Isso pode diminuir a discricionariedade das disputas e ensejar julgamentos mais técnicos, baseados nos elementos fáticos e comprobatórios.

A remoção de pistas audiovisuais pode ajudar as partes a se sentirem mais protegidas do que em uma configuração presencial ou de vídeo. Reduzir a influência do viés inconsciente é importante tanto para a interação entre as partes quanto para a neutralidade de qualquer mediador ou árbitro de terceiros e pode ajudar a manter o processo de resolução de disputas focado nas questões substantivas.

O julgamento da Marlboro pela WIPO INTERNET DOMAIN NAME DISPUTE RESOLUTION demonstra a importância dos nomes de domínio e a razão de se lutar por um nome de domínio e vai além de uma questão marcária. O domínio é o próprio estabelecimento comercial e o domain name é o letreiro na porta. Se ele está errado, se ele leva pra outro lugar que não o que deveria, há ao menos o desvio de clientela.

Ou seja, há uma questão concorrencial muito forte, em âmbito mundial, que só a partir de um painel eletrônico como o da WIPO poderia ser resolvida. Se as partes tivessem que se deslocar para um litígio físico, tradicional, ou se tivessem que contratar advogados locais, de acordo com o local da sede da empresa violadora, não compensaria muitas vezes.

Além disso, vale mencionar A noção do nome de domínio sofreu uma modulação intensa na última década e isso se deveu basicamente a dois fenômenos: o primeiro é o e-commerce, acima explicada.

O segundo é a emergência de uma nova gama de GTLDs muito identificados com uma questão geográfica: .nyc, .paris, .berlim, .rio. Ou seja, tanto no caso do e-commerce como no das cidades, há presente um viés de identificação institucional e espacial muito grande. Como uma transposição de noções tipicamente ligadas ao ambiente físico para o virtual, formando uma identidade espacial entre o mundo real e o virtual.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

L. Tarasenko, Domain Name Dispute Resolution Visnyk of the Lviv University. Series Law. 2017. Issue 64. P. 136–143

Schultz, Thomas, Does Online Dispute Resolution Need Governmental Intervention? The Case for Architectures of Control and Trust. North Carolina Journal of Law & Technology, Vol. 6, p. 71, 2004. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=896532>

Dellore, Maria Beatriz Penna Cchi, Arbitration and Mediation Procedures at WIPO, VI ANUÁRIO BRASILEIRO DE DIREITO INTERNACIONAL | V. 2, 2012.

Monika Gaczowska. "HOW TO EFFICIENTLY PROTECT A DOMAIN NAME?". *Comparative Law Review* 2:95-111. <https://www.ceeol.com/search/article-detail?id=556320>

Teixeira, A. V. (2018). *Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência. Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência*, 4(1), 37–58

Singh, H. P. (2018). Domain Name Disputes and Their Resolution under UDRP Route: A Review. *Archives of Business Research*, 6(12), 147-156.

Analysis, C., The, O. F., & Approaches, I. (2017). *Dispute Resolution Mechanisms and Trademark Cybersquatting In ccTLD , Old Style gTLD and New Style gTLD Systems Waddah Alrawashedh Thesis submitted in fulfilment of the requirements of the degree of Doctor of Philosophy Faculty of Law and Political Sciences University of Szeged Hungary*. 1–16.

Landolt, P., & García, A. (2017). *Commentary on WIPO Arbitration Rules*.

Este, R., & Membros, E. (1986). *The Role of the Member States Courts in the Jurisdictional System of the European Union : The Portuguese Case (Vol. 2)*.

August, F., Moehler, C., & Reudt-demont, J. (2019). *ADR in IP disputes – with particular focus on employment matters. August*.

de Castro, I., Toscano, L., & Gadkowski, A. (2018). An Update On International Trends In Technology, Media And Telecoms Dispute Resolution, Including Intellectual Property Disputes. *Les Nouvelles, June*, 116–122.

Arbitration, T. W., Mediation, W., Arbitration, E., & Determination, E. (2020). *WIPO ADR Procedures*.

Giurisprudenza, D. D. I. (2017). *INTERNATIONAL ARBITRATION IN INTELLECTUAL PROPERTY DISPUTES : A FOCUS ON THE WIPO ARBITRATION CENTER*.

Policy, R. (2020). *Online Response Filing Form*.

Domain, U., Dispute, N., & Policy, R. (2020). *WIPO 2019 report : 3 , 693 UDRP cases covering 298 domain names (Issue October 2019)*.

Elisavet, B., & Dispute, O. (2019). *Beka Elisavet ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR) IN EUROPE. SCHOOL OF ECONOMICS, BUSINESS ADMINISTRATION & LEGAL STUDIES*.



## O REGIME DE PARTILHA NA REGULAÇÃO JURÍDICA DO PRÉ-SAL: UMA ANÁLISE FURTADIANA DAS POTENCIALIDADES PERDIDAS

Pablo Henrique Lopes De Carvalho<sup>141</sup>

Moisés Alves Soares<sup>142</sup>

*El diablo fue al mar a escribir la historia del mundo  
Pero no había agua Dios la había bebido  
Juan Comodoro buscando agua  
encontró petróleo pero se murió de sed<sup>143</sup>*

**RESUMO:** Este presente artigo tem um caráter voltado a estudar a regulação jurídica do pré-sal e sua influência sobre as potencialidades de desenvolvimento perdidas a partir do regime de partilha que, atualmente, é utilizado pelo Estado brasileiro, bem como este regime vem sendo alterado pela política neoliberal em curso. Além disso, o estudo visa analisar como tal desmantelamento vem afetando a ética-pública quanto à redução percentual dos fundos arrecadados por meio de royalties. Nesse sentido, tal movimento reduz o papel do setor público na realização do desenvolvimento do país. A estruturação da temática do desenvolvimento nacional se dará a partir da teoria do economista brasileiro Celso Furtado sobre o desenvolvimentismo e a construção de uma sociedade que traga bem-estar social, distribuição de renda e integração nacional, em particular, no caso da Petrobrás enquanto empresa estatal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regime de Partilha; Desenvolvimento; Celso Furtado.

### INTRODUÇÃO

A luta pelo petróleo estatal no Brasil é uma luta, a qual já vem ocorrendo por algumas décadas, desde sua descoberta o petróleo já chamou a atenção das estruturas econômicas centrais, já ocorreram diversas tentativas de privatização da estatal criada para ser a operadora dos possíveis campos de petróleo que viriam a ser frutíferos para economia brasileira e para seu desenvolvimento econômico e homogeneização social.

Segundo Tibiriçá (1983, p.74) a campanha do “petróleo é nosso” foi um grande divisor de águas na época, isto já dentro do clube militar onde a partir do general Horta Barbosa, se teve o nascimento da tese do monopólio estatal e por outro lado se tinha uma tese que visava mais o entreguismo que partiu do então general Juarez Távora, também alerta que

<sup>141</sup> Graduando do 7º Período do Direito do Centro Universitário Sociedade Educacional de Santa Catarina, Bolsista Integral do programa de pesquisa do Art. 171 do UNIEDU, Presidente do Centro Acadêmico de Direito XXVII de junho e membro do Grupo de Estudo e Pesquisa direito e ideologias (GEPDI), E-mail: pablo.lopes.019960@gmail.com.

<sup>142</sup> Doutor em Direito do Estado na da Universidade Federal do Paraná, professor integral do Curso de Direito no Centro Universitário Sociedade Educacional de Santa Catarina. É Coordenador do Grupo de Estudo e Pesquisa Direito e Ideologias Membro da Secretaria Executiva do Instituto de Pesquisa Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS). E-mail: moisesoares@gmail.com

<sup>143</sup> Cabral, Facundo. Pobrecito Mi Patron. Buenos Aires: RCA Victor, 1971. Disponível em: <<https://youtu.be/i1UCZW4B7Wk>>. Acesso em 11 jan. 2020.

a partir das conferências que ocorreram no então clube que, o povo passou, a saber, sobre o tema e defender o monopólio estatal como a solução mais compatível a o interesse da nação.

Ao analisarmos a história até aqui vemos que o petróleo, sempre foi um assunto que dividia opinião, como nos apresenta Pilatti (2008, p.65) que na constituinte a questão que se tratava da exploração do petróleo, era dotada de certa polarização ideológica entre os que eram a favor do monopólio estatal e os que eram contra, assim como disse Tibiriçá foi como um divisor de águas.

Porém com certa pressão da política neoliberal pós-constituente, nos anos 90 que se teve um movimento “febril” deste tipo de política no Brasil, nesse período, tem o desmonte do monopólio estatal, após anos, em 2006 temos que Petrobras anuncia descoberta da jóia da coroa, o pré-sal, se teve assim a criação da última estatal denominada PPSA (PRÉ-SAL PETRÓLEO S/A), que veio da lei nº12.304, esta a que seria a empresa que viria fazer a administração do então chamado contratos de partilha, provenientes e autorizados pelo famoso “regime de partilha” que fora aprovado na forma da lei de nº12.351.

No entanto, após mudanças políticas que ocorram em 2016 e um “contra-ataque” da política neoliberal no Brasil sempre dotados de interesses das estruturas econômicas, majoritárias dos países dominantes, como nos apresenta Furtado (1985, p.78) economias centrais que criam e exportam tecnologia e o desenvolvimento para economias periféricas, ou seja, vivem da relação centro-periferia com os capitalismo periféricos, latino-americanos, como por exemplo, o capitalismo brasileiro. Foi utilizado do meio eficaz da lei para poder privatizar a camada pré-sal, ou seja, como não conseguiam de forma alguma a privatização da estatal que era a operadora majoritária da camada, fizeram por meio das brechas da lei de partilha, que esta saísse do caminho, e que o pré-sal fosse leiloado a preços escandalosos, no sentido de baratos, a petroleiras estrangeiras de capital privado e até mesmo estatal, ou seja, se teve praticamente uma privatização, e uma queda de receita que dantesca.

Será abordada esta questão neste artigo, o regime de partilha, como regulação jurídica do pré-sal e a potencialidade perdida deste meio que produz receita altamente poderosa para impulsionar o desenvolvimento brasileiro, será utilizado como marco teórico às obras do economista brasileiro Celso Furtado, que dedicou sua vida a estudar o desenvolvimento brasileiro e latino-americano, procurando achar meios de diminuir a heterogeneização social e termos um desenvolvimento pleno, sempre nos alertando para o perigo do neoliberalismo e sua armadilha de colonização.

No primeiro item será analisada a luta pelo petróleo estatal, pelo monopólio e os desdobramentos até a quebra desse monopólio, feita pela política neoliberal e como isso se repetiu com a camada pré-sal. No segundo item será analisado o regime de partilha e como ele era um convite para sua atual mudança que faz com que o pré-sal seja praticamente privado e se realmente havia a necessidade deste regime ou qualquer outro. No terceiro e último item analisaremos a questão do pré-sal como uma recente alternativa perdida para

driblar a heterogeneização social e aumento da endogenização econômica e tecnológica no país, uma alternativa que seria assertiva para poder proporcionar o estado de bem-estar social aos brasileiros. Trataremos dependência e como poderíamos reformular a lei de regulação do pré-sal, para que saíssemos desse neocolonialismo aplicado a riqueza nacional, a qual é o petróleo, e que este volte a ser um potencial real de desenvolvimento para a nação e como de modo óbvio temos capacidade de endogenização econômica e principalmente tecnológica para tal.

Quanto à metodologia utilizada neste artigo, será a de uma análise crítica acima lei do regime de partilha, mas também na pesquisa bibliográfica e quantitativa e a sua base teórica assenta-se no método furtadiano de análise da econômica e desenvolvimento.

## 1. PETRÓLEO ESTATAL: UMA LUTA ANTIGA CONTRA A PRIVATIZAÇÃO

Tinha-se a ideia de que o Brasil era um país de estado oligárquico, onde essa ideia acaba quando se tem a Revolução de 1930, que estava então como Presidente Getúlio Vargas, assim ocorrendo à promulgação da constituição do estado novo em 1937 e neste já foram colocadas em prática a políticas que afloraram a corrida pelo petróleo como nos diz Carvalho:

Neste contexto, marcada por um profundo caráter nacionalista, caracterizada por grandes polêmicas e posições divergentes e acirradas, desenrolou-se a elaboração e implantação da política de recursos minerais no País, mais especificamente da política petrolífera. E em 1938, em plena vigência do Estado Novo, foi criado por Vargas o Conselho Nacional do Petróleo, órgão autônomo, subordinado diretamente à Presidência da República, concebido sob uma legislação profundamente nacionalista e obstaculizam-se à participação estrangeira (CARVALHO, Sérgio, 1977, p.23).

Getúlio Vargas renuncia, assim assumindo a presidência Eurico Gaspar Dutra que encampa o polêmico estatuto do petróleo na constituição de 1946, onde abriria espaço para empresas privadas na exploração do petróleo gera grande discussão populacional onde nasce a campanha “o petróleo é nosso” que desperta o grande sentimento de orgulho nacional, como nos salienta Tibiriçá um grande nome da campanha o petróleo é nosso:

(...) Então, Lima Campos queria exatamente modificar no sentido entreguista, já no governo Dutra, já em fevereiro de 1948, no início do governo Dutra, o anteprojeto do Estatuto do Petróleo, que era terrível. Terrível no sentido de entreguista. Mas terrível! Era uma coisa assim monstruosa, aberrante, e abria concessões por 30 anos para a multinacional, prorrogáveis por mais dez, que poderiam ainda ser prorrogados, e no final, se nós resolvemos ficar com as jazidas, teríamos que indenizar tudo o que a multinacional tivesse gasto e ainda o valor do petróleo que estivesse debaixo da terra. Isso era um dos itens, para não nos alongar. Era realmente uma monstruosidade de lesa-pátria como assim foi chamado por várias ilustres figuras, esse Estatuto do Petróleo. (TIBIRIÇÁ, Maria Augusta. Maria Augusta Tibiriçá (depoimento; 1987). Rio de Janeiro, CPDOC/FGV - SERCOM/ Petrobrás, 1988).

Então vejamos que dessa época as estruturas econômicas centrais dominantes já tinham, um interesse real em nosso petróleo, utilizavam do jogo político para conseguir ter acesso a nossa riqueza mineral, utilizando do argumento liberal, para que devêssemos até de forma vantajosa para eles e desastrosa para a nação, fazendo o laço da neocolonização e assim que tivéssemos um laço de eterna dependência com estas estruturas, como nos alerta Celso Furtado:

O primeiro problema que se apresenta, do ponto de vista da América latina, e em particular do Brasil, é que tipo de organização política poderá ser compatível, nos países da região, com um sistema econômico tutelado por poderosas sociedades anônimas norte-americanas. Cabe lembrar que essas sociedades são poderosas burocracias privadas, que exercem funções públicas ou semi-públicas, cuja integração na sociedade política dos Estados Unidos constitui, até o presente, um problema de solução indefinida. (FURTADO, Celso, 2003, p.38-39).

Então em 1950, Getúlio Vargas é eleito pelo voto popular e assim este assina a mensagem ao congresso onde se tem o marco da industrialização do petróleo por capital estatal, assim criando a monopolização estatal e a da sua executora a Petrobras em 1953, o que para a classe dominante e as estruturas econômicas foi inaceitável, onde começa a se ter a pressão no presidente como diz Tibiriçá:

Então, logo depois, a partir da assinatura, no dia 3 de outubro de 1953, da Lei 2.004, começou já a se articular o golpe, que foi liderado pelo Carlos Lacerda, e que redundou no suicídio de Vargas, que nós podemos dizer que foi um contragolpe, com o sacrifício da própria vida, que Getúlio deu, em resposta ao que queriam derrubá-lo. E isso realmente barrou esta atitude de Vargas, dando a própria vida, barrou o golpe que Lacerda liderava e que dizia mesmo pelas colunas do seu jornal "Em breves dias cairá o monopólio estatal do petróleo". Nos vemos ainda aí a pressão das multinacionais, então chamadas apenas de trustes, no sentido de um golpe que lhes facultasse o que queriam. (TIBIRIÇÁ, Maria Augusta. Maria Augusta Tibiriçá (depoimento; 1987). Rio de Janeiro, CPDOC/FGV - SERCOM/ Petrobrás, 1988).

Em 1975 com o argumento da pouca produção e alta demanda em período de golpe militar com o então presidente General Ernesto Geisel, criam os contratos de risco, contratos estes que eram na sua essência eram totalmente clandestinos sem qualquer norma positivada, então abriu o monopólio estatal do petróleo para empresas privadas poderem explorar o petróleo nacional, porém sem muito sucesso os contratos de se encerram em 1984, Carvalho esclarece:

Depois de um longo tempo de defesa irredutível do caráter monopolista estatal da empresa, finalmente admitia-se a participação de capitais privados estrangeiros nas atividades de exploração do petróleo, ainda que protegido por dispositivos contratuais incluídos nos chamados contratos de risco (CARVALHO, SÉRGIO, 1977, p.36).

Ao fim do governo militar em 1985 o Brasil vive o processo de redemocratização pelas Diretas já, onde Tancredo Neves se elege o primeiro presidente do Brasil após o regime militar, porém com seu falecimento seu vice-presidente, José Sarney assume e chama o parlamento em assembléia nacional constituinte, Bonavides e De Andrade nos esclarece a importância dessa assembleia:

É de todo impossível compreender a missão cumprida pela assembleia nacional constituinte sem o preliminar exame de suas nascentes políticas, tão decisivamente definidoras da natureza, do cunho e da qualidade desse colégio soberano, o mais singular de toda a história constitucional do país. (BONAVIDES, PAULO; DE ANDRADE, PAES, 2004, P.486);

No entanto na assembleia nacional constituinte, ocorreu um debate acirrado quanto ao monopólio estatal do petróleo, onde um lado com visões neoliberais era contra o monopólio, pela união, e defendiam com unhas e dentes a quebra desse monopólio, ou seja, através de vontade política as estruturas econômicas hegemônicas tentavam pela enésima vez a quebra desde monopólio, no entanto a corrente liberal foi vencida e se manteve o monopólio estatal e os “contratos de risco” como eram praticamente clandestinos foram assim tirados de cogitação de uma vez por todas.

Questões relativas à distinção entre capital nacional e capital estrangeiro, à posse da terra, à exploração do petróleo, de outros recursos minerais, de potenciais de energia hidráulica e dos serviços de telecomunicação, rádio e televisão, dentre outras, polarizaram decisões. (PILATTI, 2008, p.65).

Então nasce a constituição de 1988, assim tendo o seu art.177 que constitui o monopólio estatal do petróleo ao Brasil como está transcrito a seguir:

Art. 177. Constituem monopólio da União:  
I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;  
II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;  
III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;  
IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;  
V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados.  
§ 1º O monopólio previsto neste artigo inclui os riscos e resultados decorrentes das atividades nele mencionadas, sendo vedado à União ceder ou conceder qualquer tipo de participação, em espécie ou em valor, na exploração de jazidas de petróleo ou gás natural, ressalvado o disposto no art. 20, § 1º.

No entanto a constituição assegurou o monopólio estatal por pouquíssimo tempo, anos 90 o país vive sua primeira onda neoliberal fortíssima, que começa fazer uma campanha ostensiva contra o poder estatal, contra o estado “inchado”, fazendo com que a opinião

popular converge com ideia de que se precisava limitar o estado a certas ações, assim ocorreu que várias estatais são privatizadas, e também se teve a então cria se o cenário perfeito para o fim do monopólio do petróleo, onde então cria se a emenda constitucional n.9/95 uma das emendas que acaba com monopólios estatais, assim retirando o monopólio e dando alterando para um modo mais flexível o texto dado ao §1º e incluindo do art.177 como podemos ver a seguir:

Art. 177. Constituem monopólio da União:  
I - a pesquisa e a lavra das jazidas de petróleo e gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos;  
II - a refinação do petróleo nacional ou estrangeiro;  
III - a importação e exportação dos produtos e derivados básicos resultantes das atividades previstas nos incisos anteriores;  
IV - o transporte marítimo do petróleo bruto de origem nacional ou de derivados básicos de petróleo produzidos no País, bem assim o transporte, por meio de conduto, de petróleo bruto, seus derivados e gás natural de qualquer origem;  
V - a pesquisa, a lavra, o enriquecimento, o reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios e minerais nucleares e seus derivados, com exceção dos radioisótopos cuja produção, comercialização e utilização poderão ser autorizadas sob regime de permissão, conforme as alíneas b e c do inciso XXIII do caput do art. 21 desta Constituição Federal.  
§ 1º A União poderá contratar com empresas estatais ou privadas a realização das atividades previstas nos incisos I a IV deste artigo observadas as condições estabelecidas em lei.  
§ 2º A lei a que se refere o § 1º disporá sobre:  
I - a garantia do fornecimento dos derivados de petróleo em todo o território nacional;  
II - as condições de contratação;  
III - a estrutura e atribuições do órgão regulador do monopólio da União;

Como pode ser observado diferentemente da antiga redação, este altera §1º onde abre a possibilidade de que seja feita por parte da união, quais tipos de regimes como, por exemplo, de cessão, concessão ou até mesmo o então chamado regime de partilha que fora criado anos depois e assim contratando empresas estatais ou privadas a exploração e a produção de petróleo e gás natural. Onde então o erro já começa a acontecer e se tem todo aparato para que as estruturas econômicas de nações hegemônicas comessem a entrar e criar dependências e assim frear o desenvolvimento. No entanto, o regime de partilha teria suas particularidades que dariam certamente certo monopólio ainda ao estado o qual trataremos no título a seguir.

## 1. O REGIME DE PARTILHA E O ENTREGUISMO

A Descoberta da camada pré-sal em 2007, no governo de Luiz Inácio Lula da Silva, momento em que se tem até certo ponto o nacional-desenvolvimentismo, que coloca o Brasil em situação de condição de país emergente no cenário do mundo do petróleo, o estado brasileiro estava prestes a utilizar uma das possíveis para o aumento da renda, como nos esclarece Furtado:

O aumento de renda de uma comunidade pode resultar de pelo menos três processos diferentes: a) o desenvolvimento econômico: isto é, acumulação do capital e adoção de processos produtivos mais eficientes; b) a exploração de recursos naturais não renováveis; e c) a realocação de recursos visando a uma especialização num sistema de divisão internacional do trabalho. O aumento da renda implica em diversificação de consumo, introdução de novos produtos, etc. Assim, esse aumento pode ocorrer numa comunidade sem desenvolvimento, isto é, sem acumulação de capital e introdução de processos produtivos mais eficientes. Ele pode representar simplesmente um incremento devido aos itens, b) e/ou c) acima mencionados. (Furtado, Celso, 1974, p.97).

Segundo Lima (2008, p.484-485), este cenário marcado por um baixo risco na exploração, em virtude da prospecção e pesquisa realizada pela Petrobrás, leva a formação de um novo marco regulatório para a extração desse petróleo.

A ideia central seria alavancar o desenvolvimento nacional, a partir dos royalties do petróleo, onde se tem a instituição da Lei 12.351/10, criando o regime de partilha de produção, que mantém obrigatoriedade da Petrobras a participar de todos os blocos do pré-sal a serem explorados, não excluindo a participação da iniciativa privada.

Para executar esta ideia se faz necessário usar a receita dos royalties para ser aplicada em saúde e educação, ou seja, em progresso técnico, que seria o passo mais assertivo para o início de um desenvolvimento, no entanto vem o questionamento do porque tal regime e se este seria de fato adequado, pois se tem todo investimento do capital estatal para o descobrimento da camada com produção tecnológica de ponta, o que é um pouco estranho devido que em outros setores o progresso tecnológico é de certa forma lento, porém no setor offshore devido a um caráter seletivo de investimento estatal e também pela Petrobras ser uma empresa de economia mista, tendo seu acionista majoritário sendo o estado brasileiro.

Então se tem um investimento específico estatal e também das estruturas econômicas externas, na figura dos acionistas. Portanto há mesmo que com sintomas de país subdesenvolvido, uma capacidade endogenização econômica e tecnológica, e isso nos mostra que mesmo o Brasil, com condições periféricas e de dependência, de economias centrais, consegue obter certo progresso técnico, o que passa por fazer mudanças estruturais neste, como nos salienta Furtado:

A propagação do progresso técnico provoca modificações estruturais nos países periféricos, como a redução do emprego nas atividades primárias. Quanto maior a proporção de população ativa nessas atividades (e essa proporção é muito grande nas economias periféricas), maior será a liberação de mão-de-obra provocada pela penetração do progresso técnico. Se a demanda externa de produtos primários não cresce ou o faz muito lentamente, a única forma de absorver a mão-de-obra redundante é empregá-la nas atividades industriais e correlatas. Ora, com frequência tais atividades apresentam baixa produtividade, pelos padrões internacionais, colocando-se o problema de ter que protegê-las ou subsidiá-las, se pretende maximizar o emprego e renda no país (FURTADO, Celso, 1985, Pg.78).

Neste ponto, é clara a existência de uma estratégia desenvolvimentista a Furtado, pois o explorador majoritário ainda é a estatal brasileira. Mas é importante observar que existem possibilidades perdidas, pois o Estado moveu todo seu aparelho e descobriu com seus próprios recursos à camada do pré-sal, correndo os riscos, e, ainda assim, concedeu, por vezes baseado em valores irrisórios, a iniciativa privada ou mesmo empresas estatais de outras nações o controle de vários campos. Porém, ainda assim, manteve-se um percentual de 25% dos royalties para a saúde é outra importante quantia no percentual de 75% para a educação como um impulso para o desenvolvimento tecnológico nacional.

É um tanto quanto intrigante o estado brasileiro fazer todo o investimento de ponta, endogeneizar tecnologia para conseguir um risco baixo de exploração para depois entregar a baixo custo isto a iniciativa privada, que por mais que se tenha um retorno por esses leilões em royalties, a potencialidades de impulsionar o desenvolvimento decaí em grande escala, um questionamento que deve ser feito é que nação mundo como uma reserva faz este tipo de escolha? A resposta é nenhuma assim como nos apresenta os ex-diretores de produção e exploração da Petrobras, Ildo Sauer (2003-2007) e Guilherme Estrella (2003-2011) em uma nota técnica sobre o assunto:

A outorga de contratos de partilha e de concessão estabelece compromissos do Governo por prazos superiores a três décadas. Os contratos já outorgados sob esses regimes, assim como da cessão onerosa, já restringem a soberania nacional sobre fração relevante dos recursos descobertos. O leilão proposto vai aprofundar este ataque à soberania. (...) estamos fraudando o direito das futuras gerações. A dívida social com a população brasileira, titular segundo a constituição dos recursos do petróleo, em termos de investimentos em saúde e educação públicas, em infraestrutura urbana e produtiva, em proteção ambiental, em ciência e tecnologia e na transição energética para fontes renováveis, somente será resgatada se estes recursos forem desenvolvidos de forma a maximizar o retorno para o interesse público. (...) Nenhum dos países detentores de grandes reservas, com potencial impacto na Geopolítica do petróleo, quando os recursos naturais pertencem ao Estado, como no Brasil, promovem leilões deste tipo: ou exploram os recursos mediante empresa 100% estatal, ou outorgam contratos de prestação de serviços, quando necessário, como os propostos aqui em contraposição ao leilão (SAUER, Ildo, ESTRELLA, Guilherme, 2019, p.5-6).

Então chegamos a um ponto importante deste artigo que é o questionamento, do porque tal regime foi escolhido e se ele realmente é necessário, a resposta do primeiro questionamento pode ser respondida pelo ensaio feito no primeiro tópico, é a luta pelo petróleo estatal e incansável vontade que da quebra do monopólio, justificado pelo fato de o estado não tem capacidade de gerir sozinho toda essa máquina, justificativa essa que na verdade tem obscurantismo do interesse de nações hegemônicas com suas estruturas econômicas, que acabam por frear nosso desenvolvimento em prol de seus interesses econômico.

Temos que tal escolha é feita para também se manter no jogo de poder político, pela então presidente da época Dilma Rousseff para agradar suas alianças políticas, que eram



guiados em meio à lobbys para obter tais resultados, pois vemos que nós história mostra que presidentes caíram e se suicidaram por conta de pressão das estruturas econômicas vigentes no país. A outra questão pode em partes ser respondida pela primeira, após pesquisas feitas pelos então ex-diretores e lançada em nota técnica nos mostra que não é necessário tal regime o estado brasileiro teria e tem capacidade de explorar a através de sua empresa estatal assim com nos mostram em números os ex-diretores de produção e operação da Petrobras:

Tabela 1 – Parâmetros contrato de partilha

<b>A - Receita Bruta</b>	<b>Produção total no Período (bbl) *US \$/bbl</b>
<b>B - Royalties<sup>144</sup></b>	<b>A - Receita Bruta * 15 %</b>
<b>C - Custo em Óleo (CAPEX<sup>145</sup>+OPEX<sup>146</sup>)</b>	<b>SE Saldo a Recuperar (CAPEX+OPEX) &gt;Limite de Recuperação (80% de A) ENTÃO Limite de Recuperação (80% de A) CASO CONTRÁRIO Saldo a recuperar (CAPEX+OPEX)</b>
<b>D - Custo em Óleo OPEX (-)</b>	<b>Custo de Operação por barril (\$/bbl) * Produção no Período (bbl)</b>
<b>E - Custo em Óleo CAPEX (+)</b>	<b>C - Custo em Óleo (CAPEX+OPEX) - D - Custo em Óleo OPEX (-)</b>
<b>F - Excedente em Óleo (A - B - C)</b>	<b>A - Receita Bruta - B – Royalties - C - Custo em Óleo (CAPEX+OPEX)</b>
<b>G - Excedente em Óleo União (% sobre F)</b>	<b>F - Excedente em Óleo (A - B - C) * G - Excedente em Óleo União (% sobre F)</b>
<b>H - Excedente em Óleo Contratado (F-G)</b>	<b>F - Excedente em Óleo - G - Excedente em Óleo União (% sobre F)</b>

*Continua...*

<sup>144</sup> São quantias pagas por uma empresa ou pessoa física ao proprietário de um determinado bem ou marca para obter o direito de explorá-los comercialmente.

<sup>145</sup> Capital Expenditure em português quer dizer despesas de capital ou investimento em bens de capital, o montante de dinheiro despendido na aquisição de bens de capital de uma determinada empresa.

<sup>146</sup> Operational Expenditure, em português quer dizer despesas de operações, capital utilizado para manter ou melhorar os bens físicos de uma empresa.

Continuação Tabela 1

	<p style="text-align: center;"><b>A - Receita Bruta</b> - <b>B – Royalties</b> - <b>D - Custo em Óleo OPEX (-)</b> - <b>G - Excedente em Óleo União (% sobre F)</b></p>
<b>I - Receita Líquida (A - B - D - G)</b>	
<b>J - Depreciação (-)</b>	- <b>CAPEX/20 ANOS</b>
<b>K - Despesas Financeiras (-)</b>	<b>PARCELA JUROS = PAGTO JUROS / 30 ANOS</b>
<b>L - Receita Tributável (I- J - K)</b>	<p style="text-align: center;"><b>I - Receita Líquida (A - B - D - G)</b> + <b>J - Depreciação (-)</b> + <b>K - Despesas Financeiras (-)</b></p>
<b>M - Impostos (IR + CSLL = 34%)</b>	<p style="text-align: center;"><b>L - Receita Tributável</b> * <b>34%</b></p>
<b>N - Depreciação (+) +</b>	<p style="text-align: center;">+ <b>CAPEX/ 20 ANOS</b></p>
<b>O - Resultado do Contratado (I - M +N)</b>	<p style="text-align: center;"><b>T0</b> <b>INVESTIMENTO</b> <b>BÔNUS DE ASSINATURA</b> <b>JUROS</b> <b>e</b> <b>T1-N</b> <b>I - Receita Líquida (A - B - D - G)</b> - <b>M - Impostos (IR + CSS = 34%)</b> - <b>N - Depreciação (+)</b></p>
<b>P - Participações Governamentais (B + G)</b>	<p style="text-align: center;"><b>B - Royalties (15%)</b> + <b>G - Excedente em Óleo União (% sobre F)</b></p>
<b>Q - Total Parcela Governo (P + M)</b>	<p style="text-align: center;"><b>B - Royalties (15%)</b> + <b>G - Excedente em Óleo União (% sobre F)</b> + <b>M - Impostos (IR + CSS = 34%)</b></p>
<b>R - TIR Contratado</b>	<b>TIR(Resultado do Contratado (O))</b>

Fonte: (SAUER, ESTRELLA, 2019. p.43-44).

Tabela 2 – Contrato de prestação de serviço

<b>A - Receita Bruta</b>	<b>Produção total no Período (bbl)</b> * <b>US \$/bbl</b>
<b>B - Royalties (15% de A)</b>	<b>A - Receita Bruta * 15 %</b>
<b>C - Custo de Operação</b>	<b>Custo de Operação por barril (\$/bbl)</b> * <b>Produção no Período (bbl)</b>
<b>D - Receita Líquida</b>	<b>A - Receita Bruta</b> - <b>B – Royalties</b>
<b>E - Remuneração da Petrobras (10% de D)</b>	<b>D - Receita Líquida</b> * <b>10%</b>
<b>F - Remuneração União (90% de D)</b>	<b>D - Receita Líquida</b> * <b>90%</b>
<b>G - Receita da Petrobras</b>	<b>E - Remuneração da Petrobras (10% de D)</b>
<b>H - Impostos (IR + CSSL - 34% de L)</b>	<b>D - Receita Líquida</b> * <b>34%</b>
<b>I - Lucro Petrobras Após Impostos</b>	<b>E - Remuneração da Petrobras (10% de D)</b> - <b>E - Remuneração da Petrobras (10% de D)</b> * <b>34 %</b>
<b>J - Participações Governamentais (B + F + H)</b>	<b>B - Royalties (15% de A)</b> + <b>F - Remuneração União (90% de D)</b> - <b>H - Impostos (IR + CSSL - 34% de L)</b>
<b>K - Resultado da União (como investidora)</b>	<b>B - Royalties (15% de A)</b> + <b>F - Remuneração União (90% de D)</b> + <b>H - Impostos (IR + CSSL - 34% de L)</b>
<b>L - TIR União</b>	<b>TIR(J)</b>

Fonte: (SAUER, ESTRELLA, 2019, p.44-45).

A primeira tabela é pautada no contrato de partilha e segunda tabela sobre o contrato de prestação de serviços, as duas tabelas estão organizadas com as porcentagens dos royalties calculados a partir das normas vigentes no país que é a lei de partilha, se parte

do pressuposto que o contrato da prestação de serviços seria assim feito com a Petrobras, as figuras que veremos a seguir são simulações feitas na nota técnica por Sauer e Estrela, é utilizado o campo de búzios como exemplo, tais resultados que não deixam este artigo mentir, de que o regime de partilha é um atraso e um crime de lesa a pátria e que não há qualquer necessidade deles existirem e que um contrato de prestação de serviços com a Petrobras seria algo que atenderia muito mais o interesse nacional, como podemos ver a seguir:

**Tabela 3** – Parâmetros Para a Simulação da Produção: Campos de Búzios

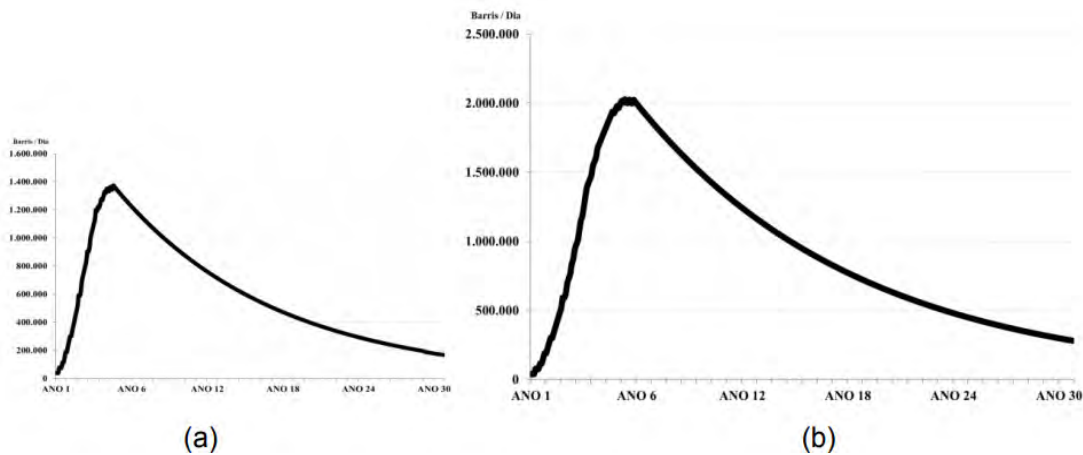
<b>VOLUME DE ÓLEO</b>	<b>6,5 a 10 BILHÕES BARRIS</b>
<b>VALOR DO EXCEDENTE MÁXIMO ESTABELECIDO PARA CADA CAMPO</b>	<b>10 BILHÕES BARRIS</b>
<b>BÔNUS DE ASSINATURA</b>	<b>US\$ 17.048.500.000</b>
<b>VALOR ESTABELECIDO PARA CADA CAMPO</b>	<b>US\$ 96 A 465 BILHÕES</b>
<b>% DE ÓLEO PARA UNIÃO</b>	<b>23,24 %</b>
<b>VALOR MÍNIMO ESTABELECIDO PARA CADA CAMPO</b>	<b>6,5 BILHÕES BARRIS</b>

Fonte: (SAUER, ESTRELLA, 2019, p.47).

	Quantidade	Investimento em milhões de US\$ (valor nominal)	Quantidade	Investimento em milhões de US\$ (valor nominal)
Reserva (milhões de barris)	6.500		10.000	
Produção Média Diária Inicial dos Poços (barris/dia)	39.000		39.000	
FPSOs	9	13.500	13	19.500
Poços produtores	42	8.400	65	13.000
Poços injetores	34	6.800	52	10.400
Sistemas de escoamento da produção	9	4.500	13	6.500
Total Desenvolvimento da Produção		33.200		49.400
Outras Infraestrutura e Suporte		4.695		6.987
Exploração		9.533		14.185
Total de investimento		47.428		70.572

**Figura 1** – Tabela de Investimentos Necessários para Nova Infraestrutura de Produção: Campo de Búzios

Fonte: (SAUER, ESTRELLA, 2019, p.47).



**Figura 2** – Curva de Produção: Campo de Búzios (barris/dia) Reservas previstas: (a) Volume mínimo (b) Volume máximo

Fonte: (SAUER, ESTRELLA, 2019, p.47).

US\$/barril >>>>>	Volume mínimo da reserva 6.500 milhões de barris				Volume máximo da reserva 10.000 milhões de barris			
	\$25,00	\$40,00	\$60,00	\$80,00	\$25,00	\$40,00	\$60,00	\$80,00
A - Receita Bruta	96.940	155.103	232.655	310.207	145.324	232.525	348.779	465.038
B - Royalties (15%)	14.541	23.265	34.898	46.531	21.799	34.879	52.317	69.756
C - Custo em Óleo (CAPEX+OPEX)	47.532	49.707	50.955	51.539	68.346	71.381	73.146	74.337
D - Custo em Óleo OPEX (-)	12.126	12.126	12.126	12.126	17.581	17.581	17.581	17.581
E - Custo em Óleo CAPEX (+)(C+D)	35.407	37.581	38.829	39.413	50.765	53.800	55.565	56.755
F - Excedente em Óleo (A - B - C)	34.866	82.131	146.802	212.136	55.180	126.265	223.316	320.946
G - Excedente em Óleo União (% sobre F)	4.379	14.498	30.539	48.248	11.307	29.561	55.887	83.445
H - Excedente em Óleo Contratado (F-G)	30.487	67.633	116.263	163.888	43.873	96.704	167.429	237.501
I - Receita Líquida (A - B - D - G)	65.893	105.214	155.092	203.301	94.638	150.504	222.994	294.256
J - Depreciação (-)	28.390	28.390	28.390	28.390	41.481	41.481	41.481	41.481
K - Despesas Financeiras (-)	12.422	12.422	12.422	12.422	18.150	18.150	18.150	18.150
L - Receita Tributável (I - J - K)	25.081	64.402	114.279	162.489	35.006	90.872	163.362	234.625
M - Impostos (IR + CSSL = 34%)	9.489	22.504	39.246	55.421	13.842	31.963	56.393	80.406

**Figura 3** – Tabela partilha de produção – 23.24% excedente em óleo para a união

Fonte: (SAUER, ESTRELLA, 2019, p.48).

N - Depreciação (+ J)	28.390	28.390	28.390	28.390	41.481	41.481	41.481	41.481
O - Resultado do Contratado (I+M+N)	-6.769	19.537	52.673	84.707	(1.474)	36.271	84.331	131.580
P - Participações Governamentais (B + G)	40.679	59.522	87.196	116.538	54.864	86.199	129.962	174.959
Q - Total Parcela Governo (P + M)	50.168	82.026	126.442	171.959	68.706	118.162	186.356	255.366
R - TIR Contratado (TIR(O))	4%	7%	11%	14%	5%	8%	11%	14,5%

**Figura 4** – Continuação da Tabela partilha de produção

Fonte: (SAUER, ESTRELLA, 2019, p.48).

US\$/baril >>>>>	Volume mínimo da reserva 6.500 milhões de barris				Volume máximo da reserva 10.000 milhões de barris			
	25.00	40.00	60.00	80.00	25.00	40.00	60.00	80.00
A - Receita Bruta	96.940	155.103	232.655	310.207	145.330	232.525	348.779	465.038
B - Royalties (15% de A)	14.541	23.265	34.898	46.531	21.800	34.879	52.317	69.756
C - Custo de Operação	12.126	12.126	12.126	12.126	17.581	17.581	17.581	17.581
D - Receita Líquida (A-B-C)	70.273	119.712	185.631	251.550	105.949	180.065	278.881	377.701
E - Remuneração da Petrobras (10% de D)	7.027	11.971	18.563	25.155	10.595	18.006	27.888	37.770
F - Remuneração União (90% de D)	63.246	107.741	167.068	226.395	95.355	162.058	250.993	339.931
G - Receita da Petrobras (E)	7.027	11.971	18.563	25.155	10.595	18.006	27.888	37.770
H - Impostos (IR + CSS - 34% de L)	2.389	4.070	6.311	8.553	3.602	6.122	9.482	12.842
I - Lucro Petrobras Após Impostos (G-H)	4.638	7.901	12.252	16.602	6.993	11.884	18.406	24.928
J - Participações Governamentais (B + F + H)	80.176	135.076	208.277	281.478	120.756	203.059	312.791	422.529
K - Resultado da União (como investidora)(J-INVESTIMENTOS)	10.371	65.272	138.473	211.674	18.764	101.067	210.799	320.537

**Figura 5** – Regime de partilha – 23.24% excedente em óleo para a união/ Contrato de serviço

Fonte: (SAUER, ESTRELLA, 2019, p.48).

Ao analisar as seguintes tabelas e figuras vemos que a grandiosa disparidade do regime de partilha para com premissa do contrato de serviço feito com a Petrobrás, se fará um investimento relativamente baixo para o retorno grandioso que teríamos seria o suficiente para se tiver a potencialidade total e devida que este bem pode trazer para o desenvolvimento brasileiro, os números não mentem. Com a nova guinada fortíssima do neoliberalismo no mundo, o senador José Serra acaba por apresentar o projeto de lei (PL) de n.4.567/16, que altera a lei de partilha que acaba por alterar a lei que por retirar a participação mínima e obrigatória da Petrobras, com a justificativa de que a Petrobras está quebrada após o “rombo” que foi encontrado pela operação lava-jato. Isto se afasta um pouco do nosso objeto de análise, mas vale ressaltar que esta operação, veio por acabar com a indústria brasileira, punindo as empresas pela corrupção de alguns agentes, e indústria petroleira e naval não foi diferente, houve um desmantelamento da indústria offshore nacional, como podemos ver na coluna escrita por Salomão para a revista exame:

Desde dezembro do ano passado, estaleiros já demitiram 10 mil pessoas. Até julho, se a crise se agravar e a situação da Petrobras e da Sete Brasil continuarem indefinidas, o número pode subir para 40 mil demissões. Havia 82.472 empregados no setor em dezembro do ano passado, de acordo com o Sindicato Nacional da Indústria da Construção e Reparação Naval e Offshore (Sinaval). Em 31 de março, o número caiu para 72.006. Os cortes são em parte explicados pela conclusão de obras de navios e plataformas, de acordo com o Sinaval. Em 2014, foram entregues 79 obras, de plataformas a petroleiros. (...) Por conta das consequências da Operação Lava Jato, a Petrobras cancelou 13 pedidos de sondas de perfuração para a Sete Brasil, sua maior parceira na exploração do pré-sal. (EXAME, 2016).

Como podemos ver, a justificativa foi essa, que não tínhamos capital e a Petrobras não tinha capacidade para ter obrigatoriedade de operação nos campos, o que na verdade era apenas uma desculpa para abrir o pré-sal de vez para o capital privado e assim quebrando um dos poucos “monopólios” que se tinha ainda. Então tal projeto de lei foi aprovado e sancionado pelo Presidente interino Michel Temer, convertendo a PL em lei Lei n.13.365/16, que assim acaba lesando de uma vez por todas o plano de desenvolvimento nacional, retirando a obrigatoriedade da Petrobras em participar dos próximos leilões do pré-sal e abrindo, assim, espaço total para o capital estrangeiro. Isso não muda a destinação dos royalties, porém exclui e aumenta o controle externo sobre reservas brasileiras, diminuindo a potencialidade da indústria nacional sobre o pré-sal e limitando o estímulo à produção de conteúdo nacional, acabando por privatizar o petróleo que se encontra no pré-sal de um modo disfarçado e não tão escancarado, onde vários leilões acabam ocorrendo e sendo vendidos para a iniciativa privada a preço irrisório perto do seu real valor.

## 2. (SUB) DESENVOLVIMENTO E O PRÉ-SAL

O economista brasileiro Celso Furtado que deu vida a um método de análise do subdesenvolvimento latino-americano, um método que é estrutural, histórico e dualista. Ou seja, se tem um atraso diverso na América latina, porém em ritmos diferentes e que as causas desse atraso podem ser encontradas em sua concatenação histórica.

(...) Convenci-me desde então de que o atual subdesenvolvimento é a resultante de um processo de dependência, e que para compreender esse fenômeno era necessário estudar a estrutura do sistema global: identificar as invariâncias no quadro de sua história. Mas o objetivo final era compreender as razões do atraso de um país que reunia as potencialidades do Brasil. (FURTADO, 1997. p.21-22).

Para Furtado (1961, p.46), o subdesenvolvimento latino-americano e brasileiro nada mais é, que um subproduto do desenvolvimento do capitalismo europeu, e, para superar tal condição, seria necessário realizar uma industrialização induzida – a formação de uma indústria estimulada por meio da intervenção do Estado.

A indústria, contudo, só gera desenvolvimento se for gerida pelo mercado interno e for feita com certo critério social. O desenvolvimento que segue tais premissas tem como força trazer também o bem-estar social, a distribuição de renda e a integração nacional.

Em seu contexto histórico ainda não superado, Furtado (2000, p.136) tem uma visão de que o Brasil necessita de uma economia planejada, que terá de se modificar rapidamente a morfologia social, a estrutura econômica do país. Um dos pontos centrais seria a criação de mercado interno como motor da economia nacional e o desenvolvimento de regiões de baixo índice populacional, porém com elevados índices de recursos naturais, seria realizada com o impulso tecnológico e um setor extrativista que acompanha o plano de desenvolvimento nacional.

Segundo Furtado (2003, p.87-88) O desenvolvimento nada mais é a capacidade de obter progresso tecnológico em seus sistemas de produção, criando novas formas de produção e a partir deste conseguir indenizar a sua economia e fazer com se tenha uma sociedade com menos heterogeneização social, que nada mais é que a desigualdade social, e que todo esse feito seja através de seus mecanismos econômicos internos, com certa ajuda e condicionamento dado pelas estruturas sociais e pelo quadro institucional. No entanto, com certa propagação rápida de novas formas de produção, se fez criar um sistema econômico, dito como planetário. Portanto chegamos ao ponto de considerar que o subdesenvolvimento nada mais é que uma criação do desenvolvimento, onde na revolução industrial se tinha uma dependência criada a partir da necessidade da importação de progresso técnico para os ditos países subdesenvolvidos, ou seja, se apoiou a dependência num sistema internacional do trabalho, já em seguida com certo progresso técnico alcançado pelas periferias, a dependência tinha outra face que se estende até a nossa contemporaneidade, que é o controle de estruturas econômicas externas, sobre as economias dependentes.

Chega ao ponto de vermos que desenvolvimento e subdesenvolvimento não são dois processos que independem um do outro e sim um processo que ocorre de forma simultânea. No caso do pré-sal ocorre à segunda parte da dependência, a qual foi criada de modo que fez com que modificarmos nossa legislação para atender os interesses das estruturas econômicas, com a desculpa de que a operadora do petróleo estatal, à Petrobras, não teria mais capacidade econômica e tecnológica para atender a demanda, no entanto Furtado nos saliente com o exemplo das empresas norte americanas:

Convocadas para atuar no Brasil com uma série de privilégios fora do controle da legislação antitruste dos Estados Unidos, e com a cobertura político-militar desse país, as grandes empresas norte-americanas tendem necessariamente a se transformar em um superpoder. Cabendo-lhe grande parte das decisões básicas com respeito à orientação dos investimentos, à localização das atividades econômicas, à orientação da tecnologia, ao financiamento da pesquisa e ao grau de integração das economias regionais, é perfeitamente claro que os centros de decisão representados pelo Estado nacional são relegados a um plano cada vez mais secundário. (Furtado, Celso, 2003, p.40).

Então como nos alerta Celso Furtado com o exemplo de empresas norte-americanas, em 2017 o então presidente interino Michel Temer, apresenta uma medida provisória (MP) n.795 que iria fazer um regime fiscal diferenciado para as petroleiras que estariam atuando no pré-sal. Vale ressaltar que isso logo após tirar a obrigatoriedade de participação mínima da Petrobras nos campos, ou seja, o estado brasileiro estaria dando privilégios para tais empresas atuarem no país, isentando na casa dos trilhões de reais nos diz Brandão em seu artigo publicado na Agência Brasil:

O presidente Michel Temer sancionou nesta quinta-feira (28) a chamada Lei do Repetro, que institui regime tributário especial para atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo ou de gás natural, com vigência até



2040. (...) A medida suspende os tributos cobrados a bens destinados a atividades de exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural que permanecerem no Brasil de forma definitiva. O mesmo vale para a importação ou aquisição, no mercado interno, de matérias-primas e produtos intermediários destinados à atividade. (...) Nos debates no Congresso, os partidos de oposição criticaram o regime tributário diferenciado. Nas contas da oposição, a União deixaria de arrecadar R \$1 trilhão até 2040. O Vice-líder do governo, senador Fernando Bezerra Coelho (PMDB-PE), desmentiu o cálculo e defendeu as isenções fiscais para atrair empresas estrangeiras. “Nós não podemos deixar essa riqueza debaixo do mar. O Brasil poderá ser um grande produtor de petróleo, mas o Brasil precisa sair do combustível fóssil e ir para uma economia de baixo carbono. Portanto, a hora de extrair o petróleo é agora, não é deixando o petróleo para depois.” (EBC, 2017.).

E esta MP foi assim sancionada e convertida na lei n.13.583 pelo presidente Temer Ou seja, estruturas econômicas internacionais aliadas às instituições políticas que usam de um neoliberalismo necrosado, para entregar a riqueza nacional e por fim frear nosso desenvolvimento. Muito se diz ainda que mesmo com a diminuição da receita dos royalties ainda se terá o investimento em saúde e educação, porém poucos se esquecem da Emenda constitucional n.95 que coloca teto para gastos durante 20 anos, e os royalties estão incluídos nesses cálculos, portanto se tem mais uma sabotagem da política neoliberal atrelado interesses econômicos estruturais.

Portanto o Brasil precisa urgentemente reverter esse quadro do petróleo, renunciar ao contrato de partilha, e aderir aos contratos de prestações de serviço e firmar este contrato com a empresa estatal Petrobras, que neste artigo já foi comprovada a sua eficiência e construir um plano de nacional de desenvolvimento a partir dos royalties deste tipo de contrato, tomar medidas para que estruturas econômicas hegemônicas sejam freadas, para que possamos manter nossa total soberania. Furtado (1997, p.256) nos que é necessário estudar e se alertar cada vez mais as estruturas econômicas e seus interesses e domínios sobre as instituições, e fazer assim com políticas públicas que essas tenham limitações para agir e interferir no sistema econômico e político do país.

Então assim, criar um plano de desenvolvimento a partir da receita dos royalties, mas um plano participativo com a população, e de um governo que atenda a essa vontade coletiva assim como nos esclarece Furtado:

O Desenvolvimento econômico, nas condições adversas atuais, dificilmente se fará sem uma atitude participativa de grandes massas da população. Toda autêntica política de desenvolvimento retira sua força de um conjunto de juízos de valor que amalgamam os ideais de uma coletividade. E se uma coletividade não dispõe de órgãos políticos capacitados para interpretar suas legítimas aspirações, não está aparelhada para empreender as tarefas do desenvolvimento. Toda medida que se venha a tomar, no sentido de enfraquecer os governos como centros políticos capazes de interpretar as aspirações nacionais e de aglutinar as populações em torno de ideias comuns, resultará na limitação das possibilidades de autêntico desenvolvimento na região. (Furtado, Celso, 2003, p.41).

Assim fazendo com que ocorra minimização e quem sabe extinção da heterogeneização social, alcançando a homogeneização social e o progresso tecnológico, fazendo com que

tenhamos uma educação de qualidade e uma saúde pública de qualidade, fortalecendo o mercado interno, valorizar nossa moeda, aumentando a geração de emprego e assim desenvolvendo a economia brasileira podendo assim proporcionar o estado de bem-estar social e um desenvolvimento pleno.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos elementos do estudo apresentados, conclui-se que para um desenvolvimento ético do estado-nação a partir dos royalties adquiridos da exploração do pré-sal, deve se ter um estado intervencionista e protecionista.

Assim abrindo mão da lei regime de partilha, este regime tira em mais de 50% o potencial de arrecadação da União, ou seja, tira todo potencial de desenvolvimento em 30 anos de contrato.

Deve-se utilizar criar uma lei onde faça com que toda exploração do pré-sal seja feita pelo regime de contratos de prestação de serviço com a empresa estatal referência em exploração em camadas de petróleo subaquáticas à Petrobras.

Assim montando um plano estratégico de desenvolvimento nacional, um plano participativo, criando política pública para defender os interesses nacionais, protegendo o interesse nacional, a nossa economia, gerar empregos e tecnologia de ponta, investindo em educação.

Afastando assim o caráter de neo-colonização a qual somos atualmente colocados atualmente, sendo dependentes de nações hegemônicas, de suas estruturas econômicas e progresso tecnológico, sem precisarmos nos atrasar anos luz e ter uma independência econômica e tecnológica, se tornar uma nação auto suficiente nas questões que tocam ao bem estar social dos cidadãos.

Assim montando um plano estratégico de desenvolvimento nacional, um plano participativo, criando política pública para defender os interesses nacionais, protegendo o interesse nacional, a nossa economia, gerar empregos e tecnologia de ponta.

Nenhum país dito como de primeiro mundo, ou seja, com pleno desenvolvimento, se desenvolveu sem forte intervenção estatal com suas empresas estatais e sem que este proteja a sua economia para que interesses do capital externo não interfiram de modo negativo no desenvolvimento nacional.

## BIBLIOGRAFIA

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, De Pães. *História Constitucional do Brasil*. 5. Ed. Brasília, 2004.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 nov. 2019.

BRASIL. *Lei nº 12.351, de 22 de dezembro de 2010* – Dispõe sobre a exploração e a produção de petróleo, de gás natural e de outros hidrocarbonetos fluidos, sob o regime de partilha de produção, em áreas do pré-sal e em áreas estratégicas; cria o Fundo Social - FS e dispõe sobre sua estrutura e fontes de recursos; altera dispositivos da Lei no 9.478, de 6 de agosto de 1997; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12351.htm)> Acesso em: 10 nov. 2019.

BRANDÃO, Marcelo. *Temer sanciona lei que garante tributação especial para petrolíferas até 2040*. In: EBC, Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-12/temer-sanciona-lei-que-garante-tributacao-especial-para-petroliferas-ate>> Acesso em: 25 nov.2019.

CARVALHO, Getúlio. *Petrobrás: do monopólio aos contratos de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CABRAL, Facundo. *Pobrecito Mi Patron*. Buenos Aires: RCA Victor, 1971. Disponível em: <<https://youtu.be/i1UCZW4B7Wk>>. Acesso em 11 jan. 2020.

FIORI, JOSÉ LUÍS; Bielschowsky, R.; FERNANDEZ, V. R.; ORMAECHEA, E. ; MEDEIROS, C. PINTO, E. C.; CINTRA, M. A. M.; ORDONEZ, S. CAMPOLINA, B.; BRONDINO, G.. As trajetórias intelectuais do debate sobre desenvolvimento na América Latina. In: CARLOS ANTÔNIO Brandão. (Org.). *Teorias e políticas do desenvolvimento latino americano*. 1ed. RIO DE JANEIRO: CONTRAPONTO, 2018.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 27 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional: Publifolha, 2000.

\_\_\_\_\_. *Aventuras de um Economista Brasileiro*. In: *Celso Furtado: Obra Autobiográfica (vol. 2)*. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

\_\_\_\_\_. *Desenvolvimento e subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

\_\_\_\_\_. *Raízes do subdesenvolvimento*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

\_\_\_\_\_. *A Fantasia organizada*. 4. ed. Rio de Janeiro: paz e terra, 1985.

LIMA, P. C. R.; O petróleo na Constituição de 1988: mudanças e perspectivas. In: José Cordeiro de Araújo; José de Sena Pereira Júnior; Lúcio Soares Pereira; Ricardo José Pereira Rodrigues. (Org.). *Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988*. 2ed. Brasília: Edições Câmara, 2008.

PILATTI, A. *A Constituinte de 1987-1988: Progressistas, Conservadores, Ordem Econômica e Regras do Jogo*. 2. Ed. Rio de Janeiro - RJ: Lumen Juris, 2016.

SALOMÃO, Karin. *Estaleiros já demitiram 10 mil devido à crise na Petrobras*. In: Exame, Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/negocios/estaleiros-ja-demitiram-10-mil-por-crise-na-petrobras/>> . Acesso em: 25 nov. 2019.

SAUER, Ildo. Luís; ESTRELLA, Oliveira. Guilherme. *Nota técnica: avaliação do leilão do óleo excedente dos campos da cessão onerosa*. In: IEE USP, Disponível em: <<http://www.iee.usp.br/sites/default/files/anexosnoticias/NOTA%20T%C3%89CNICA%20%20IEE-USP%20-%20ILDO%20ESTRELLA%20FINAL.pdf>>, Acesso em: 20 dez. 2019.

TIBIRIÇÁ, Maria Augusta. *Maria Augusta Tibiriçá (depoimento; 1987)*. Rio de Janeiro, CPDOC FGV - SERCOM/ Petrobrás, 1988. Disponível em: <<http://www.fgv.br/cpdoc/acervo/historia-oral/entrevista-tematica/maria-augusta-tibirica>>, Acesso em: 12 dez. 2019.

---

**GRUPO DE TRABALHO:  
DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL**

**DIREITO DE CONVIVÊNCIA EM TEMPOS DE PANDEMIA: UM OLHAR SISTÊMICO***Anna Maria Reginini Giacomini<sup>147</sup>**Marcelle Stähelin<sup>148</sup>*

**RESUMO:** O direito de convivência tem enfrentado obstáculos em tempos de pandemia em relação a guarda e visitas no Direito de Família. O presente estudo analisará essa relação sob um olhar sistêmico e serão abordadas as leis sistêmicas observadas por Bert Hellinger, juntamente com o Direito de Família. Dissertará sobre a definição de Direito Sistêmico e seu surgimento no Brasil. Explicitará as questões que surgiram durante a pandemia, relacionadas à convivência, guarda e visitas dos filhos menores, que podem ser resolvidas trazendo para as partes envolvidas o olhar sistêmico. Traçando como problema de pesquisa o seguinte questionamento: “como a observação das leis sistêmicas, de Bert Hellinger, pode auxiliar na resolução de conflitos envolvendo o direito de convivência entre pais e filhos?”. A pesquisa será qualitativa do tipo bibliográfica e estudo de casos. O método será dedutivo com nível de aprofundamento explicativo. A hipótese de que a observância das leis sistêmicas pode auxiliar a resolução de conflitos foi confirmada, entretanto as conclusões são parciais, pois a pesquisa ainda está em andamento. Observou-se que, quando se considera a atuação das leis sistêmicas nas relações humanas, as partes envolvidas no conflito dão-se conta de sua autorresponsabilidade e de que o outro genitor também é responsável por seus filhos. A relevância acadêmico-científico-social se dá por ser uma nova perspectiva a respeito do direito de convivência entre pais e filhos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito de Convivência; Direito de Família; Direito Civil; Direito Sistêmico; Leis Sistêmicas.

**INTRODUÇÃO**

O presente artigo trata do estudo sobre o direito de convivência e os obstáculos enfrentados em tempos de pandemia em relação à guarda e visitas no Direito de Família. O tema é importante, pois, aponta uma nova perspectiva a respeito do direito de convivência entre pais e filhos. Como a observação das leis sistêmicas, de Bert Hellinger, pode auxiliar na resolução de conflitos envolvendo o direito de convivência entre pais e filhos? Essa e outras indagações são pertinentes para o tema, por meio do estudo de casos em que será aplicado um olhar sistêmico para as relações entre o casal parental e seus filhos.

A metodologia utilizada para o presente estudo foi o método hipotético-dedutivo, tendo como alicerce do problema de pesquisa o seguinte questionamento: “como a observação das leis sistêmicas, de Bert Hellinger, pode auxiliar na resolução de conflitos envolvendo o direito de convivência entre pais e filhos?”. Como hipótese, tem-se que a observância das

<sup>147</sup> Acadêmica do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE). E-mail: annareginini@gmail.com.

<sup>148</sup> Advogada. E-mail: marcelle@marcelle.adv.br.

leis sistêmicas pode melhorar as relações entre casais parentais e seus filhos. Observou-se também que quando se tem em mente o bem-estar e os direitos dos filhos menores, e quando os pais se dão conta de que não se trata de questões pessoais, relacionadas ao divórcio, ou ao casamento que não deu certo, mas sim do direito de seus filhos de conviverem com ambos os genitores, as questões de guarda e convivência terão uma resolução efetiva.

Assim, este artigo dividiu-se da seguinte forma: em um primeiro momento será abordado acerca do direito de convivência entre filhos menores e seus genitores. Posteriormente serão apresentados os princípios sistêmicos de Bert Hellinger e a definição de Direito Sistêmico, finalizando com uma análise sobre como a visão sistêmica do direito de convivência pode auxiliar na relação entre casais divorciados e seus filhos.

## **1. DIREITO DE CONVIVÊNCIA ENTRE FILHOS MENORES E SEUS GENITORES**

### **1.1. Conceito e legislação**

Conceitualmente, o direito de convivência, como o próprio nome nos sugere, significa manter vínculos afetivos entre filhos, genitores e demais familiares. O direito de convivência familiar é de suma importância para o menor, independentemente da situação em que os genitores se encontram, por isso a Constituição Federal/1988 trouxe esta modalidade no seu ordenamento. Segundo Ferrazo, a CF/88 originou o direito de convivência familiar por meio dos tratados e convenções internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU), Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, Declaração Universal de Direitos da Criança de 1990, tendo este último reconhecido a criança como um ser humano que necessita de uma proteção especial.

Assim preconiza o artigo 227 da CF/88:

Art. 227 É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Do artigo supracitado, destaca-se que o legislador, ao mencionar o direito fundamental à criança e ao adolescente, estabelece que o direito à convivência familiar é um dever da família, da sociedade e do Estado. Observa-se, também, que o direito à convivência familiar se encontra juntamente com o direito à saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito e liberdade, ou seja, são direitos básicas para a sobrevivência e crescimento saudável da criança e adolescente.

Cumprido destacar que o direito fundamental à convivência familiar não está previsto somente na CF/88, mas também no Código Civil de 2002, no artigo 1.589:

Art. 1.589. O pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, segundo o que acordar com o outro cônjuge, ou for fixado pelo juiz, bem como fiscalizar sua manutenção e educação.

Parágrafo único. O direito de visita estende-se a qualquer dos avós, a critério do juiz, observados os interesses da criança ou do adolescente. (Incluído pela Lei nº 12.398, de 2011)

Nesta mesma linha, o Estatuto da Criança e Adolescente também prevê o direito do menor em ter convivência familiar, pela sua família originária, podendo ser por família substituída:

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

Assim, como foi possível observar a preocupação dos legisladores em assegurar o direito de convivência do menor com os genitores, no judiciário quando há processo para definir a guarda de menor, opta-se pela guarda compartilhada, a fim de evitar uma ruptura ainda maior da convivência de um dos genitores com seus filhos, sendo que apenas em casos excepcionais será estipulada a guarda unilateral.

Então, destaca-se abaixo os tipos de guarda que existem no ordenamento jurídico brasileiro, com fulcro no Código Civil:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

§ 3º Na guarda compartilhada, a cidade considerada base de moradia dos filhos será aquela que melhor atender aos interesses dos filhos.

§ 5º A guarda unilateral obriga o pai ou a mãe que não a detenha a supervisionar os interesses dos filhos, e, para possibilitar tal supervisão, qualquer dos genitores sempre será parte legítima para solicitar informações e/ou prestação de contas, objetivas ou subjetivas, em assuntos ou situações que direta ou indiretamente afetem a saúde física e psicológica e a educação de seus filhos.

Conforme o acima exposto, é possível observar a importância do direito de convivência, bem como o cuidado do legislador acerca do tema. A seguir, será analisado como ficou o direito de convivência durante a pandemia decorrente do COVID19, se o menor teve seu direito mitigado, restrito a apenas um dos genitores, que se utilizou da justificativa de que estaria correndo o risco de contaminação e proliferação do vírus.



## 2. PRINCÍPIOS SISTÊMICOS E DIREITO SISTÊMICO

Bert Hellinger foi um teólogo, filósofo e pedagogo alemão, que trabalhou por 16 anos como missionário em uma tribo Zulu, na África do Sul e desenvolveu a técnica das constelações familiares. Teve como influências, Gestalt, psicanálise, dinâmicas de grupos, terapia primal, análise transacional, hipnoterapia, programação neurolinguística (PNL) e terapia familiar. O livro “Bert Hellinger: Meu trabalho. Minha vida. A autobiografia do criador da Constelação Familiar” traz a história completa de Hellinger e de como seu trabalho foi desenvolvido.

A constelação familiar está fundamentada em conceitos da sociologia, psicologia, fenomenologia, psicanálise, terapia sistêmica, familiar e estrutural. Segundo Hellinger, constelação familiar não é um método terapêutico, “e sim uma ajuda para a vida, pois aquele que irá constelar quer esclarecer algo para si mesmo” (HELLINGER, 2020, p. 135). Portanto, não se trata de psicoterapia, pois não tem objetivo de tratar nem curar ninguém. É uma mudança de compreensão associada a uma correta ação. Trata-se de uma abordagem de cunho filosófico e fenomenológico hellingeriano.

A expressão “constelação familiar” foi traduzida do termo alemão Familienaufstellung (em tradução literal, “configuração familiar”) por Family Constellation (“constelação familiar”) (HELLINGER, 2019, p. 14). Constelar significa, portanto, configurar, posicionar, recolocar.

Através da constelação familiar, Hellinger reconheceu que existem leis que regem os relacionamentos humanos, que chamou de princípios básicos da vida, leis sistêmicas ou ordens do amor. São elas: 1) Pertencimento; 2) Hierarquia; 3) Equilíbrio entre dar e tomar.

### 2.1. Os Princípios Básicos da Vida

Bert Hellinger observou que da mesma forma que existem as leis da física, que ninguém vê mas sabe-se que estão atuando, também existem as leis sistêmicas, que regem as relações humanas, sem que as pessoas se deem conta disso.

O primeiro princípio é o Direito ao Pertencimento. Pertencimento é vínculo, e se dá desde o momento da concepção, quando a pessoa já passa a pertencer ao seu sistema familiar: mesmo que desse embrião não nasça uma criança com vida, que ela não se desenvolva ou seja abortada, nada disso exclui seu pertencimento. A consciência coletiva ou de clã é uma consciência de grupo que considera a família como um todo. “Com nossos pais também partilhamos seus clãs e passamos a pertencer a um clã, no qual os do pai e da mãe se uniram”. De acordo com a primeira ordem do amor: “todo membro da família tem igual direito de pertencimento”. (HELLINGER, 2020, p. 144-145).

Bert Hellinger observou que se não for respeitado que todos pertencem, ocorre um desequilíbrio no sistema, de modo a possibilitar que os excluídos sejam incluídos. E esse desequilíbrio pode ser observado de diversas formas: uma relação conjugal que não dá

certo por falta de reconhecimento da primeira esposa, filhos que apresentam doenças ou comportamentos “difíceis” por conta do divórcio mal resolvido dos pais são alguns exemplos.

A segunda lei sistêmica é a da Hierarquia e diz respeito à ordem e precedência: o que vem primeiro. Para Bert Hellinger (2020, p.152), “quem já foi membro da família tem preferência em relação aos que vêm depois”.

Em uma família, observa-se a hierarquia entre os ascendentes e descendentes (bisavós, avós, pais, filhos, netos, bisnetos) bem como entre os irmãos, do mais velho para o mais novo (incluindo-se abortos e natimortos). Entre casais não há hierarquia, pois ambos os cônjuges se encontram lado a lado, um em relação ao outro, uma vez que chegaram ao mesmo momento naquela relação conjugal.

Quando essa ordem não é observada, gera conflitos nas relações familiares, inclusive entre os casais. De modo geral, todos os sistemas possuem uma hierarquia, determinada pelo momento em que alguém começou a fazer parte do sistema.

A última lei é a do Equilíbrio entre dar e tomar e refere-se à compensação. Bert explica que “quando tomamos ou recebemos alguma coisa de alguém, sentimos-nos obrigados a compensá-lo de maneira correspondente. Somente depois que fazemos isso é que nos sentimos livre novamente”. Porém, quando não é suficiente o que se dá em troca, a relação continua a existir em duplo sentido: quem deu espera algo e o beneficiário sente-se em dívida (2020, p.15).

É importante ressaltar que aqui se utiliza a expressão “tomar” e não “receber”. Isso se dá porque “tomar” é ativo – cabe à pessoa tomar o que a outra está dando. E “receber” é passivo, ou seja, a pessoa não age, apenas espera que a outra dê.

A desordem ocorre quando uma pessoa dá mais do que a outra pode restituir, desequilibrando a relação. Conseqüentemente, aquele que recebeu demais se aborrece e deixa a relação.

Na relação entre pais e filhos ocorre a anulação da compensação entre dar e tomar. Isso porque não é possível para os filhos compensarem o que os pais lhes dão, porque o maior presente que receberam de seus pais foi a vida.

Assim, dessa breve explicação acerca das três leis sistêmicas já é possível entender a origem dos conflitos, principalmente no tocante ao direito de convivência.

## 2.2. O Direito Sistêmico

A expressão Direito Sistêmico surgiu em 2010, quando o juiz Sami Storch publicou o primeiro artigo sobre o tema em seu blog (2016, web).

Referido juiz iniciou os trabalhos em 2006, na Comarca de Itabúna, na Bahia, quando ingressou na magistratura. No início utilizou-se de frases “sistêmicas” e percebeu como resultado a sensibilização das partes envolvidas no conflito, levando-as a olhar para um contexto maior.

Para o referido magistrado:

A expressão “direito sistêmico”, no contexto aqui abordado, surgiu da análise do direito sob uma ótica baseada nas ordens superiores que regem as relações humanas, segundo a ciência das constelações sistêmicas desenvolvida pelo terapeuta e filósofo alemão Bert Hellinger. (...) O direito sistêmico se propõe a encontrar a verdadeira solução. Essa solução não poderá ser nunca para apenas uma das partes. Ela sempre precisará abranger todo o sistema envolvido no conflito, porque na esfera judicial – e às vezes também fora dela – basta uma pessoa querer para que duas ou mais tenham que brigar. Se uma das partes não está bem, todos os que com ela se relacionam poderão sofrer as consequências disso. (2013, web).

Assim, denota-se que, no início, para Sami Storch, Direito Sistêmico era a aplicação das constelações familiares no Direito. Mas hoje, conforme tem explicado em diversas palestras proferidas durante a pandemia, Dr. Sami afirma que Direito Sistêmico é a observação das ordens do amor na prática do Direito.

Importante observar que não se trata apenas de uma técnica e sim de uma postura, um modo de agir sistêmico, em que o juiz é ainda mais imparcial quando consegue perceber o que está por detrás do conflito.

O Direito Sistêmico possibilita, portanto, que o profissional aplique seu conhecimento técnico-jurídico utilizando-se dos princípios sistêmicos em sua postura enquanto profissional da ajuda e auxilie seu cliente em busca da melhor solução para o conflito.

### **3. VISÃO SISTÊMICA DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA DURANTE A PANDEMIA**

Ao longo dos últimos dez meses, observou-se que durante o ano de 2020 ocorreram diversos casos em que um dos genitores impediu que seu ex-cônjuge visitasse seus filhos, usando como desculpa o perigo de contágio pelo COVID-19.

Essa situação foi observada tanto entre casais parentais em que um dos pais é profissional da saúde, quanto entre pais que possuem profissões diversas.

#### **3.1. Casos Concretos**

Um dos casos conhecidos nacionalmente, foi o do médico cardiologista que recorreu à Justiça da Bahia para retomar a convivência com o filho de 2 anos de idade, interrompida por vontade exclusiva da mãe. Ela argumentou que o genitor, por trabalhar em unidade de saúde, oferecia risco à saúde da criança por ter chances de contrair a Covid-19. O Tribunal de Justiça da Bahia – TJBA reformou a decisão de primeiro grau, que havia sido favorável ao entendimento da mãe.

A desembargadora do TJBA pontuou que o direito de convivência, previsto no Código Civil, não pertence apenas aos pais, mas também, e principalmente, aos filhos. A advogada Laiane Prates Lebre, membro do Instituto Brasileiro de Direito de Família, elogiou a decisão: “Não há motivos plausíveis para profissionais de saúde serem punidos com a ausência de

contato físico com os seus filhos, até porque, no atual cenário mundial, esses profissionais já vêm realizando grande sacrifício por toda a sociedade”, IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2020).

A mesma reportagem do IBDFAM ressalta, também, como cresceu na Justiça o número de conflitos entre pais divorciados por conta direito de convivência com os filhos. O que ocorre é que, em muitos casos, os filhos são usados para atingir o outro genitor por motivo de mágoas relativas ao casal que não foram bem resolvidas durante o divórcio: “Muitos pais e mães ficaram meses sem ver seus filhos durante a pandemia porque o convívio foi cessado por decisão unilateral de um dos genitores”, IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família, 2020).

Outro caso que ficou bastante conhecido foi o da mãe enfermeira que ficou proibida pela juíza, de morar junto com seu filho devido à Covid-19. A magistrada concedeu tutela de urgência ao pai, fundamentando que estava “configurado o perigo de dano, sobretudo diante da profissão exercida pela mãe, enfermeira, e pelo fato de a pandemia da Covid-19 ainda não estar controlada em nenhum estado da federação” (2020, web).

Segundo a reportagem, a mãe que detinha a guarda do menor, ficou preocupada por estar trabalhando na linha de frente durante a pandemia, em Cuiabá/MT, e achou melhor que o filho ficasse com o pai durante alguns meses, em Guaratuba/PR. Em julho, quando findou o prazo combinado entre os genitores, o pai se negou a devolver o menor.

O genitor ingressou com um pedido de modificação de guarda, alegando que o filho de 7 anos já estava adaptado à nova rotina e teria manifestado interesse em ficar com o pai, o que restou deferido pela juíza de primeiro grau de Guaratuba/PR, sob o argumento de que, por exercer a profissão de enfermeira, e diante da situação de pandemia, ela representaria um risco à saúde de seu próprio filho.

O presidente do Conselho Federal de Enfermagem (Cofen), afirmou que a decisão “desrespeita todas as profissionais que atuam na linha de frente do combate à Covid-19, realizando um trabalho humanitário indispensável” (2020, web).

### **3.2. Visão sistêmica dos casos**

Em ambos os casos apresentados, um dos genitores é profissional da saúde, e por isso foram noticiados em rede nacional. Contudo, sabe-se que situações como estas são vividas diariamente em famílias cujos pais possuem profissões diversas.

Mesmo antes da pandemia, já era comum que um dos genitores tentasse impedir a convivência de seu filho com o pai ou mãe, alegando outros diversos. O que se percebeu foi que, durante a pandemia, esta situação se agravou, pois utilizaram-se da possível contaminação pelo Covid-19 para impedir a convivência entre pais/mães e filhos.

Entretanto, sabe-se que, além de ser inconstitucional e ilegal, não é saudável impedir o filho de conviver com um de seus genitores. Segundo Bert Hellinger (2020, p. 179):

“fundamentalmente, vale a seguinte regra: toda criança precisa dos pais e tem de poder amá-los. Ela não entende por que seus pais se separam, pois ama ambos em igual medida. Contudo, após a separação, depende em todos os sentidos do pai ou da mãe com quem vive. Sente medo de mostrar a esse progenitor que ama o outro da mesma maneira, pois teme irritá-lo e perdê-lo. Porém intimamente continua a amar a mãe ou o pai”.

Para os filhos, os pais nunca se separam. E é verdade que o casal parental continua para toda a vida. Por isso é importante que os pais tenham em mente o que realmente importa quando se trata do direito de convivência, que é o bem-estar do menor e, é claro, o direito de conviver com ambos os genitores, ou seja, o direito de pertencer.

O sistema familiar da criança é formado por seu pai e pela sua mãe biológicos, e todos tem o direito de pertencer. Quando um de seus pais tentar excluir o outro genitor da convivência de seu filho, este irá sentir essa exclusão dentro de sua alma. E a consequência dessa exclusão poderá se refletir através de atitudes, nas atividades escolares ou, até mesmo, ficando doente.

É mister que o casal parental não perca seus filhos de vista, pois o que quer que tenha acontecido em seu relacionamento enquanto casados, seus problemas conjugais devem continuar apenas entre o casal, que é composto por adultos. O filho nada tem a ver com as questões de seus pais e não deve ser usado para punir o outro genitor pelo que quer que tenha acontecido no passado. Para o bem dos filhos, é fundamental que seus pais se respeitem e lembrem-se de que aquela criança/adolescente, é fruto do seu amor e consequência dessa escolha de um dia terem decidido que seriam um casal.

Aqui é importante observar a lei da hierarquia: os pais são os grandes e os filhos os pequenos. Os pais nunca devem usar os filhos para resolverem seus problemas, devem tampouco colocar os menores no meio do relacionamento do casal. Ali não é o lugar deles e estar fora do lugar poderá causar ainda mais conflitos envolvendo seus filhos.

Joan Garriga ensina que os filhos “precisam sentir que os pais estão juntos como casal permitindo-se uma recíproca primazia diante dos filhos”. O que ajuda, portanto é que os filhos sejam “amados como são, e muito especialmente que por meio deles seja amado o outro progenitor” (2014, p. 149).

Afinal, os filhos são formados 50% pela mãe e 50% pelo pai. Cada vez que lhes é pedido para que escolham entre o pai ou a mãe, cada vez que lhes tiram o direito de conviver com um ou com outro, é uma parte deles mesmos que morre dentro de si. E é isso que os pais não podem perder de vista quando se trata da convivência de seus filhos com o pai e a mãe.

Na situação específica do direito de convivência durante a pandemia, é de suma importância que os pais se lembrem de que seu filho tem o melhor pai e a melhor mãe que poderia ter. Graças a esse pai e a essa mãe que ele está vivo. E nenhum dos dois genitores vai querer colocar seu filho em risco. É preciso confiar em seu par parental. Nenhum pai ou mãe quer que seu filho adoça por sua causa. Ninguém quer contaminar seu próprio

filho. É necessário que o ex-cônjuge exerça a parentalidade na sua integralidade, pois a convivência familiar é um direito fundamental, previsto na Constituição Federal.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo atingiu o objetivo inicial ao abordar que o direito de convivência com os genitores é importante para o desenvolvimento saudável dos filhos. Constatou-se que, com o surgimento da pandemia, o direito do menor sofreu ruptura, com base nos casos apresentados no estudo. Vislumbrou-se a criação do Direito Sistêmico no Brasil, como iniciou no nosso judiciário e como funciona atualmente.

Ao abordar uma visão sistêmica em relação ao tema com o momento que estamos vivendo (pandemia), foi possível observar que independentemente de qualquer conflito entre os genitores, eles sempre serão os melhores pais que a criança pode ter. No tocante às leis do amor de Bert Hellinger, ficou ainda mais claro e fundamentada a afirmação anterior, sendo evidente que a criança sempre será a mais lesada com a proibição da convivência com um dos seus genitores.

Portanto, conclui-se que quando o Judiciário se utilizar da visão sistêmica para dirimir conflitos, conseguirá estabelecer um equilíbrio entre as partes que buscam seus direitos. Por fim, resta claro que o assunto não foi esgotado com a presente pesquisa, merecendo ser alvo de novos estudos, debates e discussões, envolvendo o meio acadêmico, os operadores do Direito e a sociedade em geral, em observância à análise aqui realizada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR, Ana Cecilia Bezerra de et al. **Direito Sistêmico: o despertar para uma nova consciência jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen, 2018.

BRASIL, **Constituição Federal/88**. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_06.06.2017/art\\_227\\_.asp#:~:text=227%20%C3%89%20dever%20da%20fam%C3%ADlia,al%C3%A9m%20de%20coloc%C3%A1%2Dlos%20a](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_06.06.2017/art_227_.asp#:~:text=227%20%C3%89%20dever%20da%20fam%C3%ADlia,al%C3%A9m%20de%20coloc%C3%A1%2Dlos%20a). Acesso em: 15 de out. 2020.

BRASIL, **Código Civil. Lei 10.406/2002**. Artigo 1.589. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10623491/artigo-1589-da-lei-n-10406-de-10-de-janeiro-de-2002>. Acesso em: 10 de out.2020.

BRASIL, **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei 8.069/1990. Artigo 19. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm) . Acesso em: 01 de nov.2020.

CARVALHO, Bianca Pizzatto. **Constelações Familiares na Advocacia Sistêmica**. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

CONFEN (Conselho Federal de Enfermagem). **Comitê do Cofen divulga nota sobre convivência na pandemia.** Disponível em: [http://www.cofen.gov.br/comite-do-cofen-divulga-nota-sobre-convivencia-na-pandemia\\_83721.html](http://www.cofen.gov.br/comite-do-cofen-divulga-nota-sobre-convivencia-na-pandemia_83721.html) Acesso em: 13 dez. 2020.

COREN, **ABSURDO: enfermeira perde a guarda do filho por atuar na pandemia.** Disponível em: <https://www.coren-df.gov.br/site/absurdo-enfermeira-perde-a-guarda-do-filho-por-atuar-na-pandemia/>. Acesso em: 13 de dez. 2020.

CONJUR, **decisão judicial impede mãe enfermeira de morar com seu filho durante a pandemia.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-07/enfermeira-nao-morar-filho-durante-epidemia-covid-19>. Acesso em: 13 de dez. 2020.

FANTÁSTICO, **Justiça proíbe enfermeira de ver filho por causa do risco de contágio da COVID19,** Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/12/06/decisao-polemica-justica-proibe-enfermeira-de-ver-filho-por-causa-do-risco-de-contagio-da-covid-19.ghtml>. Acesso em: 13 de dez.2020.

FERRUZZO, Ivana. O direito fundamental à convivência familiar. Porto Alegre, 2004. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=tWhuAwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=direito+de+conviv%C3%Aancia&hl=ptBR&sa=X&ved=2ahUKEwja\\_fal4KDtAhUpHbkGHW0kAg4Q6AEwA3oECAEQAg#v=onepage&q=direito%20de%20conviv%C3%Aancia&f=false](https://books.google.com.br/books?id=tWhuAwAAQBAJ&printsec=frontcover&dq=direito+de+conviv%C3%Aancia&hl=ptBR&sa=X&ved=2ahUKEwja_fal4KDtAhUpHbkGHW0kAg4Q6AEwA3oECAEQAg#v=onepage&q=direito%20de%20conviv%C3%Aancia&f=false). Acesso em: 02 de nov. 2020.

GARRIGA, Joan. **O amor que nos faz bem:** quando um e um somam mais que dois. São Paulo: Planeta, 2014.

HELLINGER, Bert. **As Ordens do Amor.** São Paulo: Cultrix, 2017.

\_\_\_\_\_. **Bert Hellinger. Meu trabalho. Minha vida.** A autobiografia do criador da Constelação Familiar. São Paulo: Cultrix, 2020.

\_\_\_\_\_. **Conflito e Paz: Uma resposta.** São Paulo: Cultrix, 2018.

\_\_\_\_\_. **O Amor do Espírito.** 4. ed. Belo Horizonte: Atman, 2017.

HELLINGER, Sophie. **A própria felicidade: fundamentos para a Constelação Familiar.** Brasília: Trampolim, 2019.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica.** 9. ed., rev. e reform. São Paulo: Atlas, 2017. 389 p.

IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família). **Médico consegue restabelecer convivência com filho, interrompida pela mãe da criança com o argumento de risco de Covid-19.** Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/noticias/7990/M%C3%A9dico+consegue+restabelecer+conviv%C3%Aancia+com+filho%2C+interrompida+pela+m%C3%A3e+da+crian%C3%A7a+com+o+argumento+de+risco+de+Covid-19> Acesso em: 13 dez. 2020.

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais:** um guia prático para acompanhamento da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 279 p.

NASCIMENTO, Luiz Paulo do. **Elaboração de projetos de pesquisa:** monografia, dissertação, tese e estudo de caso, com base em metodologia científica. São Paulo: Cengage Learning, 2012. 131 p.

QUEZADA, Fabiana et al. **Pensamento Sistêmico: Abordagem Sistêmica aplicada ao Direito.** São Paulo: Editora Leader, 2019.

STORCH, Sami. **O que é o direito sistêmico?** 2010. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2010/11/29/o-que-e-direito-sistemico/> Acesso em: 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Sistêmico:** primeiras experiências com constelações no judiciário. 2016. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2016/08/23/publicado-artigo-sobres-as-primeiras-experiencias-com-constelacoes-no-judiciario/>. Acesso em: 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Sistêmico:** a resolução de conflitos por meio da abordagem sistêmica fenomenológica das constelações familiares. 2017. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2017/09/22/artigo-descreve-modelo-original-de-pratica-de-constelacoes-na-justica-e-aplicabilidade-do-direito-sistemico/>. Acesso em 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. **Direito Sistêmico.** 2013. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/>. Acesso em 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. Constelações Familiares na Vara de Família viabilizam acordos em 91% dos processos. 2014. Disponível em: <https://direitosistemico.wordpress.com/2014/03/19/constelacoes-familiares-na-vara-de-familia-viabilizam-acordos-em-91-dos-processos/>. Acesso em 05 dez. 2018.

VIEIRA, Adhara Campos. A Constelação no Judiciário – Manual de Boas Práticas. Disponível em: <ebookconstelacaonojudiciario.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2018.

\_\_\_\_\_. A Constelação Sistêmica no Judiciário. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.



## DINAMISMO JURISPRUDENCIAL E DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO: CRÍTICAS AO USO DAS TÉCNICAS DE DIFERENCIAÇÃO DE PRECEDENTES OBRIGATÓRIOS E AGRAVO INTERNO DO ART. 1.030, §2º, DO CPC/15

Felipe Cidral Sestrem<sup>149</sup>

**RESUMO:** O presente trabalho aborda, sob um viés principiológico e pragmático, os problemas do manejo do agravo interno do art. 1.030, §2º, do CPC/15 ao vincular técnica de diferenciação e superação de precedentes obrigatórios no âmbito dos tribunais locais. Pautando-se numa metodologia *empírica* de casos judiciais colhidos na prática processual tributária da Procuradoria-Geral do Município de Joinville/SC no segundo quadrimestre de 2020 e sob uma análise dedutiva dos institutos jurídicos correlatos, pinçados por meio de um levantamento bibliográfico-doutrinário, o trabalho controverterá os seguintes problemas: a) adoção do modelo de *precedentes obrigatórios* no Brasil; b) dinamização da rigidez dos precedentes por meio de técnicas de flexibilização (v.g. *overruling; distinguishing*), viabilizando o desenvolvimento do Direito; c) irrecorribilidade da decisão proferida no agravo interno do art. 1.030, §2º, do CPC/15, quando busque a discussão da superação ou diferenciação de *teses jurídicas* firmadas em recursos repetitivos. A investigação jurisprudencial foi realizada em demandas tributárias julgadas por parte do E. TJSC envolvendo a aplicabilidade dos Temas n. 122 e 166 do STJ. O trabalho representa um extrato de pesquisa em andamento, realizada desde 2019. Os dados empíricos demonstram um predomínio da ideia de irrecorribilidade e a baixa densidade do *dinamismo jurisprudencial* em demandas relacionadas aos Temas supracitados, depondo-se contra *desenvolvimento do Direito* e reforçando-se a necessidade de investigações e a construção de críticas sobre o instituto elaborado a partir da reforma da Lei Federal n. 13.256/2016. Apesar disso, posições minoritárias demonstram que há uma tendência para o conhecimento de recursos relacionados às técnicas de diferenciação quando quando possuem dupla fundamentação em capítulos apartados, ao menos em Santa Catarina. A proposição sugerida reconhece a impossibilidade da restrição do acesso aos Tribunais Superiores quando impugnada a definição do *framework* da aplicação dos Temas em Recursos Repetitivos, motivando a interposição de novo recurso excepcional e, também, eventual controle da competência (exclusiva) para fixação de precedentes obrigatórios por parte dos Tribunais Superiores.

**PALAVRAS-CHAVE:** Dinamismo jurisprudencial; Precedentes obrigatórios; Agravo interno (art. 1.030, §2º, do CPC/15); Duplo grau de jurisdição; Análise empírica parcial recursal.

### INTRODUÇÃO

A proposição do Código Fux, Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil posteriormente convertido na Lei Federal n. 13.105/2015, pautou-se na internalização

<sup>149</sup> Procurador do Município de Joinville (PGM-JIle). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBET) e em Direito e Saúde pela Escola Nacional de Saúde Pública (ENSP) da Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ/RJ). E-mail: felipe.sestrem@joinville.sc.gov.br

de novos institutos jurídicos voltados à racionalização da prestação jurisprudencial, à maximização da densidade de princípios constitucionais aplicáveis ao processo (v.g. celeridade processual; contraditório substancial; dialeticidade da prestação jurisdicional) e à adoção de uma teoria de precedentes.

Conquanto a pretensão fosse a internalização de novos mecanismos de redução da litigiosidade e da interposição de recursos por meio da positivação de normas processuais, é inegável que o sistema de precedentes judiciais edificado em países de common law partiu da construção de uma cultura de precedentes e do respeito à tradição jurisprudencial, ausente no Brasil (MARINONI, 2019b).

Prova disso é a recente pesquisa realizada pela Associação dos Magistrados do Brasil (AMB, 2018), capitaneada pelos professores Luiz Werneck Vianna, Maria Alice Rezende de Carvalho e Marcelo Baumann Burgos, intitulada: “Quem somos: a magistratura de queremos”. Dos 3.851 magistrados inquiridos acerca da necessidade de observância do sistema de precedentes vinculantes cerca de 55% dos membros dos Tribunais Superiores discorda da necessidade de fundamentação das suas decisões no sistema de súmulas e precedentes obrigatórios. No segundo grau de jurisdição, 51,3% dos magistrados não concordam com a adoção do modelo de precedentes vinculantes e, ainda, 51,8% dos magistrados de primeiro grau de jurisdição não aderem ao novo sistema.

Outro flagrante sinal é a rejeição à discussão dos limites da aplicação dos precedentes obrigatórios no âmbito dos E. Tribunais de Justiça no Brasil e a impossibilidade de submissão da decisão que rejeita a arguição de flexibilização do standard da tese jurídica fixada no repetitivo ao duplo grau de jurisdição.

Em 2017, na vigência do CPC/15, a decisão proferida no precedente persuasivo AREsp n. 1.170.332/SP, da lavra do Min. Luis Felipe Salomão, encampou a tese de que a decisão proferida no agravo interno manejado contra o acórdão que aplica precedentes obrigatórios (art. 1.030, I, e §2º, do CPC/15) seria irrecorrível, sequer havendo a possibilidade de oposição de embargos de declaração (STJ, AREsp n. 980.304; AREsp n. 157.670; AREsp n. 980.304).

Por outro lado, posicionamentos diversos, como do Ministro Teori Zavascki na Questão de Ordem QO no AgInt 1.154.599/SP, sinalizavam a ausência de rigidez imutável da lógica dos precedentes repetitivos firmados nos Tribunais Superiores.

A estruturação de precedentes alicerça-se na ideia da colegialidade e na divisão do poder de decisão a partir do caráter dialógico<sup>150</sup>

<sup>150</sup> Por debate dialógico ou caráter dialógico do debate entende-se a existência de uma interação orientada para o consenso entre os participantes de um órgão colegiado, que supera a simples existência de uma discussão antes do voto propriamente dito (SILVA, 2013, 575). Nesse sentido, Virgílio Afonso da Silva utiliza o termo ausência de interação para o consenso-orientado, na seguinte passagem: “Deliberation is not simply discussing before voting. There is a regulative idea that necessarily underlies this concept: deliberation implies a consensus-oriented interaction between the participants of a collegiate body. When a court publishes seriatim opinions by each member of the bench, there may be less incentive for a consensus-oriented discussion. However, the seriatim method of opinion publication adopted by the Brazilian Supreme Court does not demand that every justice publish a fully articulated vote. A justice may, for instance, simply state that she agrees with the arguments and the vote of the justice rapporteur. Hence, the fact that every justice in the Brazilian court writes a fully articulated, and usually very lengthy, vote must be explained by other means” (SILVA, 2013, p. 575).

do acórdão: é o debate efetivo sobre a matéria jurídica de fundo, relacionado ao quadro fático que permitirá o futuro confronto, por similaridade, estruturando contraditório postecipado, que garante segurança jurídica e confiabilidade, seja do ponto de vista vertical (a partir do respeito às decisões superiores), seja horizontal (por meio das máximas da coerência e integridade da jurisprudência).

Nesse cenário, a investigação dos instrumentos processuais utilizados na prática forense para dar vazão ao dinamismo jurisprudencial, sobretudo à luz da técnica de diferenciação dos precedentes (*distinguishing*), permite a identificação de críticas preliminares ao (in) sucesso do manejo dos precedentes obrigatórios como fundamento principal de julgamento de causas para as quais venham porventura a se amoldar (seja com precisão absoluta, seja por aproximação).

## **METODOLOGIA**

O trabalho utilizou dupla metodologia: empírico-jurisprudencial, conjugando aspectos quantitativos por êxito da pretensão, por meio do levantamento dos julgados relacionados aos Temas n. 122/STJ e 166/STJ em matéria tributária, proferidas pelo E. TJSC em demandas municipais de Joinville/SC, divididos em quadrimestres, desde Julho de 2019. Para fins de delimitação dos dados a serem analisados, foi utilizado o segundo quadrimestre de 2020 (Maio-Agosto); dedutiva, a partir de levantamento bibliográfico-doutrinário, objetivando apurar os institutos jurídicos relacionados e as soluções recursais apresentadas para o enfrentamento do problema do dinamismo jurisprudencial, do uso das técnicas de diferenciação de precedentes obrigatórios e da afetação ao duplo grau de jurisdição.

O recorte epistemológico aplicado aos julgados analisados, colocou em evidência apenas os casos de negativa de seguimento e de inadmissibilidade (inclusive casos mistos, com múltiplos capítulos dos acórdãos recorridos) relacionados à legitimidade processual dos contribuintes originários e dos responsáveis sucessores para o adimplemento de tributos prediais territoriais urbanos em execuções municipais originárias na Comarca de Joinville (0038).

Dois são os casos polêmicos pinçados da jurisprudência tributária municipal: a) a ilegitimidade do contribuinte falecido (art. 618 do CPC/15 c/c art. 131, II e III, e art. 184 do CTN), reclamando a aplicação do precedente obrigatório Tema 166/STJ; b) alteração da titularidade de proprietários ou posseiros de imóveis urbanos (art. 1.245, caput e parágrafo único c/c art. 131, I, do CTN), reclamando a aplicação conflitante dos seguintes Temas de Repercussos Repetitivos do STJ: n. 122 e 166.

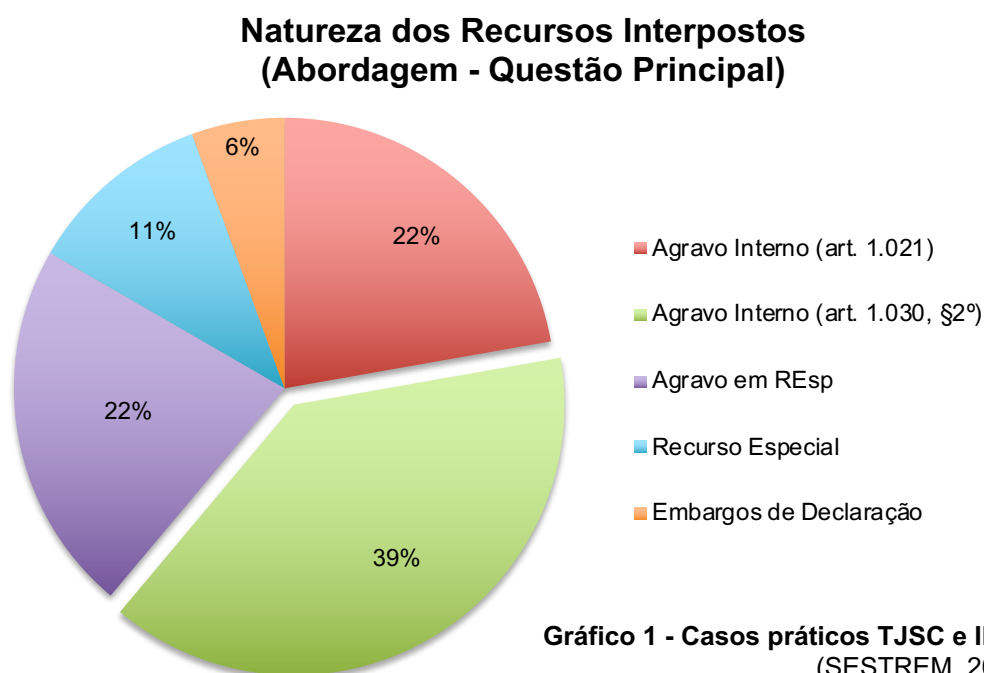
A projeção de casos semelhantes para o segundo quadrimestre em Joinville/SC foi de 220 (duzentos e vinte) potenciais recursos, dos quais 14 (quatorze) foram selecionados por meio do critério subjetivo de distribuição interna de processos da Procuradoria-Geral do Município de Joinville/SC, isso é, os 14 (quatorze) casos foram manejados e conduzidos pelo mesmo profissional.

Quanto ao levantamento bibliográfico, foram conjugadas as teorias de processo civil de Tereza Arruda Alvim, Pedro Miranda de Oliveira, Freddie Didier Jr., Luiz Guilherme Marinoni, Nelson Nery e Georges Abboud. Adotou-se o marco da existência de um efetivo sistema de precedentes, por meio da qualificação em razão da força de vinculatividade (ARRUDA ALVIM, 2019) ou, ainda, em razão do modelo de recorribilidade (se ex lege ou não) (ZANETI JR., 2019).

O cenário foi depurado a partir da ressignificação de institutos jurídicos que já haviam sido introduzidos por meio de reformas processuais parciais no antigo CPC/73, o que levou Pedro Miranda de Oliveira (2017) a afirmar a existência de um novíssimo sistema recursal brasileiro, no âmbito do CPC/15. Créditos à introdução da teoria dos precedentes ao influxo de normas constitucionais e à maior envergadura e centralidade do papel do agravo interno no âmbito dos Tribunais que passaram a ser fonte de produção efetiva do direito a partir da lógica dos IRDRs, IACs, teses em recursos repetitivos e repercussão geral, etc.

## RESULTADOS

O catálogo dos recursos interpostos em cada um dos casos relacionados à divergência da aplicação do Tema n. 166/STJ ou, ainda, a potencial convergência e conflito de precedentes obrigatórios (entre Tema n. 122/STJ e Tema n. 166/STJ), permitiu identificar 5 (cinco) diferentes recursos utilizados.



Todos os recursos analisados foram interpostos em face da questão principal, ora decidida monocraticamente (em 22% dos casos), ora relacionada à negativa de seguimento do recurso especial anteriormente manejado (39%).

A análise dos recursos de agravo interno do art. 1.030, §2º, do CPC, pinçados do universo dos recursos manejados e anteriormente identificados, no que tange qualitativamente ao desfecho dos pedidos de flexibilização dos precedentes obrigatórios, controvertendo-se o framework da tese jurídica fixada (Temas 166/STJ; 122/STJ), demonstrou que todos foram integralmente desprovidos.

### Desfechos dos Agravos Internos (art. 1.030, §2º, CPC) interpostos

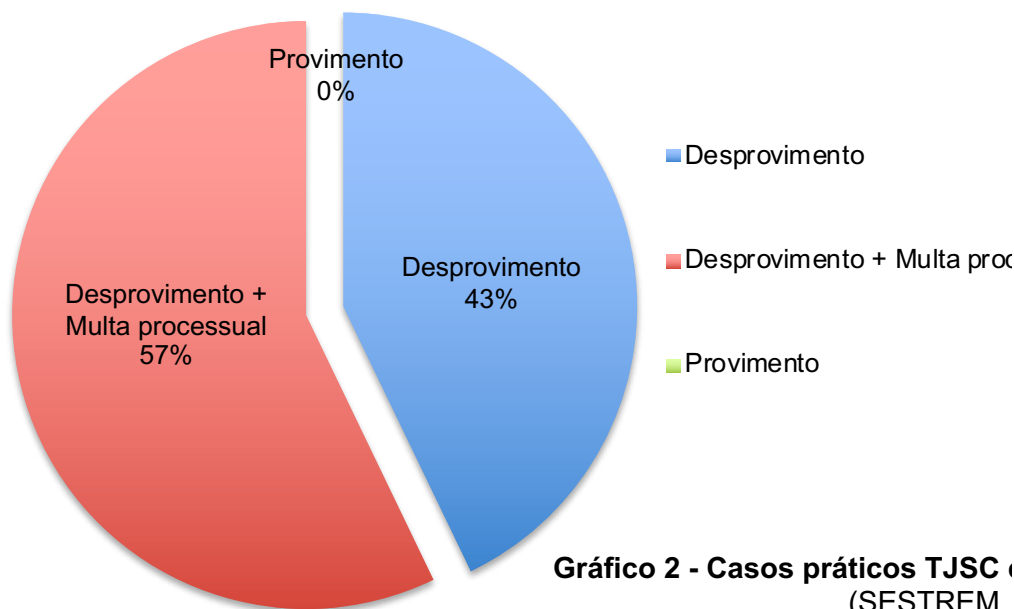
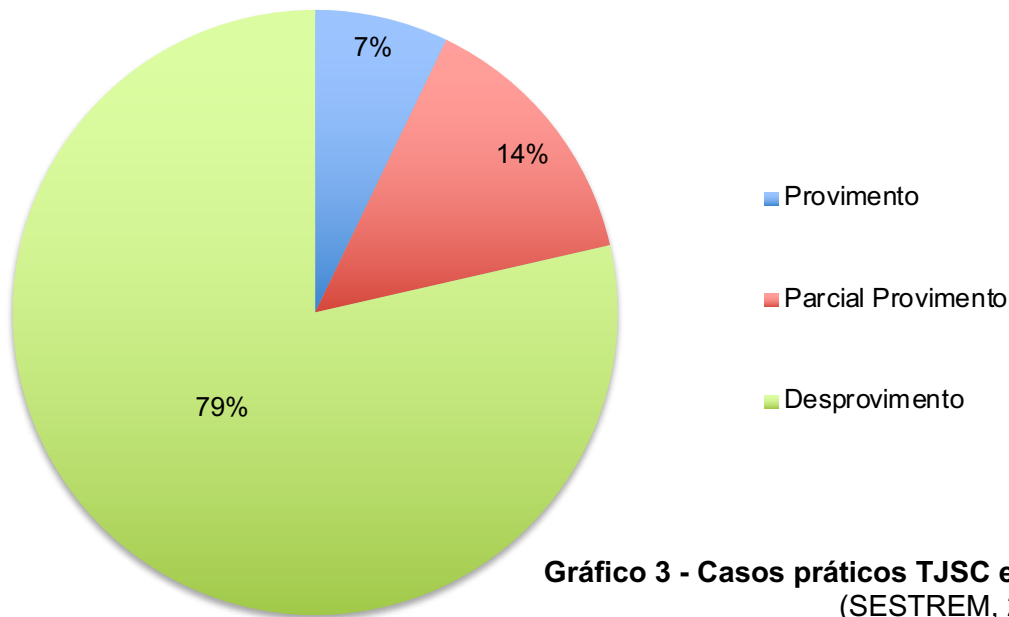


Gráfico 2 - Casos práticos TJSC (SESTREM, 2019)

Os dados indicaram que mais da metade (57%) dos recursos do agravo interno (art. 1.030, §2º, do CPC/15) foram desprovidos com o apenamento de multa processual, seja por manifesta inadmissibilidade, seja por pretensa litigância de má-fé, ao argumento da impossibilidade de rediscutir a questão posta.

Apesar disso, antevedo a posição processual do E. TJSC, sobretudo de algumas das C. Câmaras de Direito Público, o Fisco Municipal veiculou no corpo dos recursos principais (v.g. Apelação Cível, Embargos de Declaração da Apelação, Recurso Especial) o pedido formal de distinguishing. É por isso que, conquanto a taxa de sucesso da reversão da decisão do art. 1.030, I, do CPC/15 tenha sido nula (0%), demonstrando a rigidez imutável das decisões de segundo grau de jurisdição (competência por delegação) proferidas no corpo da negativa de seguimento de recursos excepcionais, há potencial encampação da tese jurídica da não aplicação dos repetitivos em comento (Tema n. 166/STJ) quando do julgamento da questão principal, na análise originária do mérito recursal.

### Taxa de Êxito da Técnica de Diferenciação (Distinguishing)

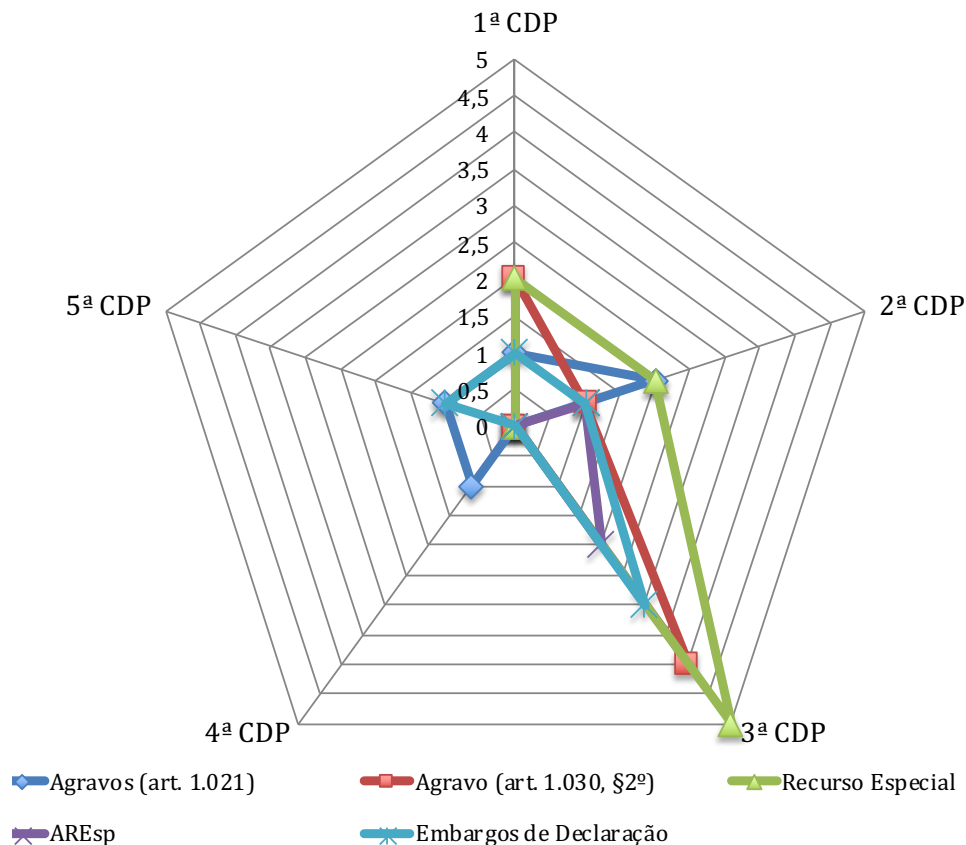


**Gráfico 3 - Casos práticos TJSC e IPTU**  
(SESTREM, 2020).

Dito de outra forma, foi identificada uma taxa de 21% (vinte e um por cento) de êxito (somados o êxito integral da distinção e o êxito parcial, com a diferenciação jurídica de parcela da legitimidade processual dos executados nas demandas municipais) no acolhimento de pedidos de distinção quando formulados e analisados pelas Câmaras de Direito Público do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Há, portanto, menor aceitabilidade do uso de técnicas de distinção e flexibilização da aplicação dos precedentes obrigatórios por parte do órgão competente (art. 74 e 75, I e V, do RITJSC) para o enfrentamento do distinguishing.

### Dispersão dos Recursos Interpostos no TJSC Período de Maio-Agosto (2020)



**Gráfico 4 - Casos práticos TJSC e IPTU**  
(SESTREM, 2020).

Aliás, o gráfico de dispersão do julgamento dos recursos no âmbito do E. TJSC, sugere que há um predomínio do julgamento e da definição da posição jurisprudencial da Corte Estadual por meio do entendimento firmado em uma das Câmaras de Direito Público com competência para o julgamento da matéria. Ou seja, pode-se afirmar que um número reduzido de julgadores analisam os casos previamente e consolidam o entendimento acerca do julgamento daquela questão jurídica (e, porventura, fático-jurídica), a despeito da eventual alteração ou modificação das razões recursais deduzidas a posteriori. Esse é um fenômeno habitualmente verificado em causas de litigância massificada.

Por fim, a dispersão também indica que há baixa probabilidade de reversão e revisão do julgamento predominante de algum dos órgãos fracionários da Corte Estadual por parte do eventual órgão com competência delegada para apreciação das matérias relacionadas à negativa de seguimento (art. 1.030, inciso I, alíneas “a” e “b”), da CF/88), tencionada a admitir e reproduzir o entendimento dominante no Tribunal, a despeito de uma revisão a posteriori de eventual inadequação da tese jurídica de recursos repetitivos eventualmente aplicada pelo órgão fracionário.

## DISCUSSÃO

É fato que o Brasil adotou um modelo de precedentes vinculantes (ARRUDA ALVIM, 2019), variando-se a nomenclatura empregada às decisões que devem ser necessariamente respeitadas (obrigatoriedade) (MARINONI, 2019a). A opção decorreu da tentativa, via reforma legislativa, de afastar-se uma ideia de crise da Justiça Brasileira decorrente da morosidade do julgamento dos recursos e da sua grande fecundidade no sistema processual civil pátrio (MIRANDA DE OLIVEIRA, 2017, p. 66-67). Máxime desse movimento é a positivação no rol de garantias constitucionais da celeridade processual (art. 5º, LXXVIII, da CF/88), por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004.

A celeridade processual por vezes está relacionada à flexibilização de outras garantias constitucionais, a exemplo da ampla defesa (art. 5º, LV, da CF/88) e, também, da princípio implícito do duplo grau de jurisdição.

Para se dirimir esse conflito, bebendo-se da experiência alienígena de outras estruturas jurídicas e ordenamentos, adotou-se a possibilidade de flexibilização limitada de precedentes obrigatórios, por meio da ideia de dinamismo jurisprudencial (DIDIER JR., 2019, p. 584-598).

A textura aberta do sistema de precedentes permite a constante revisão e o re-debate das questões à luz dos novos casos experimentados no seio social. Existem, assim, mecanismos de abertura e flexibilização da rigidez da vinculatividade dos precedentes. A solução dos precedentes virtualmente conflitantes (ou de casos para os quais não venham a se aplicar) não se dá, portanto, por meio do manejo dos instrumentos clássicos de resolução de antinomias jurídicas, a exemplo da analogia. É impossível estabelecer-se graus de vinculatividade diversos para os precedentes, a despeito do CPC/15 ter adotado expressamente um modelo de precedentes normativos formalmente vinculantes, cuja obrigatoriedade horizontal e vertical decorre da lei e sua impugnação submete-se aos regramentos habituais de recorribilidade do Código (ZANETI JR., 2019).

Por isso, apresenta-se imperiosa a condificação (ou regulamentação no âmbito dos Regimentos Internos) da forma pela qual as técnicas de flexibilização (dinamismo) da vinculatividade dos precedentes devem ser veiculados, ao menos em razão da competência delegada outorgada aos Tribunais de Segundo Grau de Jurisdição por meio da reforma apresentada na Lei Federal n. 13.256/2016.

Na teoria norte-americana, a vinculação à *ratio decidendi* (holding) dá-se diretamente ao fundamento principal do julgamento (devidamente descrito, debatido e explicitado). Os demais elementos não relacionados à razão principal de decidir podem eventualmente servir como reforço ao convencimento do julgador, a partir do conceito de *persuasive precedent* (FACCHINI NETO; CORDEIRO, 2016).



Portanto, há especial importância para a formação da conclusão jurídica do precedente obrigatório e, também, ao caso fático que deu margem a sua formação.

A redução brasileira do precedente a um enunciado prescritivo, muito próximo de um artigo de lei, e à ausência de uma cultura de precedentes enraizada no Brasil levaram parte da doutrina à contestação da existência de um efetivo sistema de precedentes brasileiro (ABBOUD, 2016, p. 578).

Problemas de natureza prática, a exemplo do que foi acima verificado, isso é, de baixa aceitabilidade da possibilidade de manejo dos institutos e técnicas de diferenciação de precedentes (que permitem a verificação da aproximação da tese jurídica repetitiva aplicada aos fatos que circunscrevem o caso sub judice) também denunciam a falibilidade do modelo de precedentes, ao menos em sede de recursos repetitivos e de repercussão geral.

Conjugando esses elementos ao fato de que não há uma revisão da adequação (perfeita ou, ao menos, muito próxima) dos precedentes obrigatórios (tese jurídica) ao caso concreto julgado, sugerindo a necessidade de haver, ao menos, a possibilidade de revisão em outro órgão recursal, deve-se compreender que a ausência da possibilidade de recurso aos Tribunais Superiores quanto à correção do framework (quadro de trabalho e aplicação) do precedente obrigatório pode caracterizar afronta ao devido processo legal substantivo e à idéia de contraditório substancial (art. 5º, LIV, da CF/88 e art. 7º, in fine, do CPC/15).

Como foi acima apontado, na análise dos Gráficos 2. e 3., há baixa resolutividade dos julgamentos relacionados à veiculação das técnicas de diferenciação dentro dos Tribunais de Justiça Estaduais, que geralmente não analisam em profundidade as razões pelas quais não seria possível aplicar a tese jurídica do precedente obrigatório ao caso em tela. Há, portanto, necessidade de haver uma efetividade sindicabilidade, afastando-se a idéia de irrecorribilidade.

Apesar disso, os regimentos internos tendem a apontar a irrecorribilidade da decisão proferida no corpo do agravo interno do art. 1.030, §2º, do CPC/15, na forma do art. 77, parágrafo único, do RITJSC:

Art. 77. [...]

Parágrafo único. Da decisão da Câmara de Recursos Delegado sobre a admissibilidade de recursos especiais e extraordinários não caberá nenhum recurso, salvo embargos de declaração nos casos previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, a existência de decisões fracionárias do próprio Tribunal Estadual que revisitaram a questão e acolheram integral ou parcialmente a pretensão recursal de diferenciação (Gráfico 3., 21%) indicam que há potencial êxito nas pretensões recursais deduzidas, que possuem fundamento legítimo.

A ideia basilar de segurança jurídica rege a fixação de precedentes (MITIDIERO, 2016, p. 21). Aliás, criados na common law, buscam a necessidade de produção da igualdade

e liberdade, reduzindo a complexidade do litígio e facilitando a entrega da prestação jurisdicional. Essa é a compreensão de unidade do direito (MARINONI, 2019b, p. 101) possível à luz dos precedentes obrigatórios.

Ao se rejeitar a revisão da adequação do quadro de trabalho do precedente obrigatório, ao menos na ideia prefacialmente concebida no CPC/15 sem as alterações promovidas no art. 1.030 por meio da Lei Federal n. 13.256/2016, o desiderato primário de segurança e pacificação social não é alcançado ao se permitir a perpetuação de decisões que podem, porventura, estar aplicando o precedente obrigatório de forma distorcida.

Sob o argumento de autoridade (vunculatividade das decisões proferidas nos repetitivos e repercussão geral) coloca-se em xeque a estabilidade sistêmica do Código de Processo Civil, cujo dever de coerência, que decorre da aplicação do art. 927 do CPC/15, impõe a adoção de uma posição imparcial, não relacionada à pauta política ou proposta ideológica (WAMBIER; TALAMINO, 2016, p. 33), ainda que possa a ser judiciária.

Derradeiramente, ao menos com relação aos Temas n. 122 e 166 do STJ aplicados às lides tributárias municipais, os dados preliminares obtidos demonstraram que o conhecimento e processamento de recursos excepcionais manejados somente lograram êxito quando decorrentes de decisões que apresentavam múltiplos capítulos.

Isso é, houve conhecimento dos recursos apenas na parte relacionada à negativa de admissibilidade por aplicação do art. 1.030, V, do CPC/15, para os quais foi interposto concomitantemente agravo em recurso especial (AREsp, do art. 1.042 do CPC/15; Enunciado n. 77 JDPC/CJF<sup>151</sup>). Houve, assim, preponderância do entendimento relacionado à irrecorribilidade da decisão proferida no art. 1.030, §2º, do CPC, ao menos jurisprudencialmente no âmbito do E. TJSC.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A preponderância de decisões judiciais que não admitam o manejo de técnicas de diferenciação de precedentes indiretamente empregadas no corpo de Recursos Especiais (art. 105, III, da CF/88) ou agravos internos (art. 1.030, §2º, do CPC/15) tem demonstrado um maior relevo à política judiciária no atual Código de Processo Civil Brasileiro.

O imperativo de garantir maior efetividade à tutela jurisdicional por vezes não é traduzido no âmbito recursal, isso é, conquanto haja uma preferência no julgamento do mérito das demandas (art. 4º, do CPC/15), não se verifica na prática a densificação desse princípio processual nos recursos, não havendo predominância do enfrentamento do mérito dos pedidos revisão ou anulação dos julgados<sup>152</sup>.

<sup>151</sup> Jornadas de Direito Processual Civil do Conselho da Justiça Federal.

<sup>152</sup> O que demonstram a perpetuação de uma tradição identificada como jurisprudência defensiva.

A tentativa de restrição do acesso aos Tribunais Superiores por meio das modificações introduzidas no art. 1.030 do CPC/15 a partir da Lei Federal n. 13.256/2013, da positivação em regimentos internos da irrecorribilidade de decisões pautadas em recursos repetitivos (seja qual for a matéria recursal deduzida), somada aos atuais posicionamentos das Cortes Superiores quanto ao não cabimento de Reclamação Constitucional (art. 988 do CPC/15, ex vi STJ, REsp n. 36.476) e às recentes decisões que tem compreendido a tentativa de submissão das decisões relacionadas à competência delegada do art. 1.030, inciso I, do CPC/15 ao STJ ou STF via AREsp ou ARE (STJ, REsp n. 1.772.514/SP; AREsp n. 959.991/RS), demonstram que a questão não é pacífica e tem se apresentado muito controversa na prática.

Afinal, se há erro na aplicação de um precedente obrigatório por ausência de similitude fática ou por existência de conflitos concomitantes de precedentes obrigatórios (v.g. Tema 122 e 166 do STJ), a decisão que pela primeira vez enfrenta a questão é irrecorrível? Não há possibilidade de revisão do posicionamento ou adoção de um modelo de submissão a um duplo grau de jurisdição?

Os dados colhidos sugerem duas conclusões prefaciais: a) há necessidade de se estabelecer uma via recursal para a análise da definição do framework de aplicação da tese jurídica, mesmo porque a existência de decisões conflitantes do mesmo Tribunal Estadual em casos jurídicos semelhantes sugere potenciais erros de aplicação do referencial e a possibilidade de gerar insegurança jurídica, dada a replicação dos casos em escala (sobretudo por se tratar de matéria de direito público); b) torna-se possível debater apenas a correção da aplicação do precedente vinculante/obrigatório ao caso em questão por meio da dedução de um novo recurso excepcional, manejado da decisão que resolve o agravo interno do art. 1.030, §2º, do CPC/15, cuja eventual inadmissão sujeitará o caso à interposição de ARE ou AREsp (art. 1.042 do CPC/15), com posterior remessa aos tribunais superiores.

Aliás, o ponto última acima indicado é a conclusão de parcela da doutrina (NERY JR., 2016, p. 231-233; ARRUDA ALVIM, 2019) ao se admitir que a questão em análise, por representar possível violação sistêmica à lógica dos precedentes, deve ser sindicada em novo grau, por outro órgão julgador, admitindo-se a recorribilidade (limitada) do decism (WAMBIER; DANTAS, 2016, p. 410).

Sob uma ótica de verticalização de princípios constitucionais no CPC/15 (LAMY, 2014, p. 304; 308) não é possível conceber que eventuais distorções sistêmicas jurisprudenciais, relacionadas à tomada de posição dos órgãos julgadores acerca da forma pela qual (framework) devem ou não aplicar precedentes obrigatórios possa levar à soluções jurídicas diversas para casos semelhantes.

A manutenção de inconsistências depõe contra a lógica de segurança jurídica do sistema, retirando força da compreensão de completude (e uniformidade, art. 927 do CPC/15) dos precedentes judiciais no Código de Processo Civil.

Uma releitura do dinamismo jurisprudencial, do dever de desenvolvimento do direito (e não meramente enfrentamento de casos individuais) por parte das Cortes Superiores e da ressignificação do agravo interno como o instrumento processual para a garantia da envergadura e verticalização de princípios constitucionais e processuais nos Tribunais sugere a revisão do posicionamento quanto à irrecorribilidade da decisão proferida a partir do art. 1.030, §2º, do CPC/15.

Os dados coletados também indicam que cerca de 61% (sessenta e um por cento) dos casos relacionados à tributação municipal em Joinville/SC são dimiridos por meio de decisões proferidas em agravos internos, sendo que a competência delegada exercida por força da alteração legislativa do art. 1.030 do CPC/15 não tem se mostrado efetiva (ao menos do ponto de vista da prestação da tutela jurisdicional recursal – art. 4º do CPC/15).

Sinalizam também que a multa processual relacionada ao manejo do agravo interno (art. 1.021, §2º, do CPC/15) tem sido aplicada sucessivamente como efeito dissuasório do manejo de técnicas de diferenciação (distinguishing), apontando para a ausência de receptividade do instituto no sistema de precedentes nacional.

Eventual reforma legislativa para recompor a redação anterior ou propor terceira via de solução do caso (quanto à norma do art. 1.030 do CPC/15) poderia contornar o problema, assim como eventual regulamentação específica da forma pela qual poderiam ser utilizadas técnicas de dinamização e flexibilidade da vinculatividade de precedentes obrigatórios.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no CPC? **Revista Consultor Jurídico**. Coluna Senso Incomum. São Paulo, 18 agosto 2016.

AMB, Associação dos Magistrados Brasileiros. **Quem somos: a magistratura que queremos**. AMB, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <[https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa\\_completa.pdf](https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2019/02/Pesquisa_completa.pdf)> Acesso em: 9 de outubro de 2020.

ARRUDA ALVIM, Teresa. **Modulação na alteração da jurisprudência firme ou de precedentes vinculantes**. 1ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 203p.

DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil, v. II**, 14ª edição, rev., atual. e amp. Salvador: Juspodivm, 2019. 864p.

FACCHINI NETO, Eugênio; CORDEIRO, Karine da Silva. O Precedente Vinculante no Sistema Norte-Americano: quando reproduzir o passado é mais importante do que modificar o presente. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**. Porto Alegre, v. 13, n. 75, p. 81-121, nov./dez., 2016.

LAMY, Eduardo de Avelar. Considerações sobre a influência dos valores e direitos fundamentais no âmbito da teoria processual. **Sequência**. Florianópolis, v. 35, n. 69, p. 301-325. dez., 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. 5ª edição, rev., amp. e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019a. 396p.

\_\_\_\_\_. **A ética dos precedentes**. 4ª edição, rev., atual. e ampliada. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019b. 126p.

MIRANDA DE OLIVEIRA, Pedro. **Novíssimo sistema recursal: conforme o CPC/2015**. 3ª edição, rev., amp. e atualizada. Florianópolis, Editora Empório do Direito, 2017. 368p.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas: Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 144p.

NERY JR., Nelson; ABOUD, Georges. Recursos para os tribunais Superiores e a Lei 13.256/2016. **Revista de Processo**. São Paulo, v. 257. pp. 217-236, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. Deciding without Deliberating. **Internacional Journal of Constitutional Law - ICON**. v. 11, pp. 557-584, 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Florianópolis). **Regimento Interno do Tribunal de Justiça**. Emenda Regimental TJ n. 6, de 21 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/documents/10181/1068287/NOVO+Regimento+Interno+do+TJSC/6eca2286-50ff-427e-993f-0eadb7656f99>> Acesso em: 10 de outubro de 2020.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Função dos Tribunais Superiores**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. 640p.

ZANETI JR, Hermes. **O Valor Vinculante dos Precedentes: Teoria dos Precedentes Normativos Formalmente Vinculante**. 4ª rev., atual., ampl. Salvador: Juspodvum, 2019. 475p.

## A NÃO OBRIGATORIEDADE DA ASSISTÊNCIA DO ADVOGADO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

*Giovanna Araujo Gonçalves<sup>153</sup>*

*Karoline Cardoso da Silva<sup>154</sup>*

*Sabrina Marquardt<sup>155</sup>*

*Beatriz Regina Branco<sup>156</sup>*

**RESUMO:** O presente estudo trata da não obrigatoriedade da assistência do advogado nos Juizados Especiais Cíveis e suas consequências. O tema é importante para demonstrar que os Juizados Especiais Cíveis, proporcionam maior efetividade no que concerne ao acesso à justiça de forma rápida e adequada. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. A expectativa deste artigo é contribuir para evidenciar que o Juizado Especial Cível proporciona maior efetividade ao acesso à justiça, pois, é um mecanismo que facilita ao cidadão menos favorável à proteção de seus direitos quando estes forem ameaçados ou lesados.

**PALAVRAS-CHAVES:** Juizados Especiais Cíveis; Acesso à Justiça; Jus Postulandi.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a não obrigatoriedade da assistência do advogado nos juizados especiais cíveis e suas consequências. O estudo do tema é importante para demonstrar que a Lei 9.099/95 foi criada com o intuito de facilitar o acesso à justiça para o cidadão, principalmente para a camada menos favorecida da sociedade. A Constituição Federal de 1988, art. 5º, dispõe que todos são iguais perante a lei, ou seja, todo cidadão possui proteção legal para pleitear em juízo seus direitos quando estes forem violados.

O direito ao acesso à justiça é reconhecido como um princípio importante no que diz respeito aos direitos individuais e sociais, pois, o acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário (CAPPELLETTI, 1988, apud, ROSSI, 2007).

A lei do Juizado Especial Cível se põe a resolver causas de menor complexidade para a justiça e de menores custos, e com isso, possibilita que o cidadão tenha acesso a justiça sem a necessidade da representação do advogado, permitindo assim o Jus postulandi.

Deste modo, no decorrer do artigo primeiramente será abordado os aspectos da Lei 9.099/95. Para então discorrer sobre os princípios que regem a Lei do Juizado Especial Cível. O texto finaliza analisando a não obrigatoriedade da assistência do advogado no Juizado Especial Cível.

<sup>153</sup> Acadêmica do 6º Semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville- UNIVILLE

<sup>154</sup> Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville- UNIVILLE

<sup>155</sup> Acadêmica do 8º Semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville- UNIVILLE

<sup>156</sup> Professora Ma. – Coordenadora do Programa de Extensão da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE.

## 1 ASPECTOS DA LEI 9.099/95

### 1.1 Breve histórico da Lei 9.099/95

Para contextualizar a Lei do Juizado Especial Cível na legislação brasileira atual, é essencial entender em que momento e por qual finalidade ele teve surgimento. O Juizado Especial Cível trouxe, no seu bojo, uma série de novos princípios e paradigmas, os quais pretendiam romper a arcaica estrutura processual, fundada no formalismo da jurisdição civil comum; buscando, assim, alcançar o objetivo de facilitar o acesso à Justiça, por parte dos menos favorecidos na sociedade; e, tornando-o mais célere e eficaz, bem como funcionando como mecanismo de pacificação social (DINAMARCO, 1986).

Como a sociedade contemporânea não detinha ferramentas jurídicas que pudessem concretizar suas pretensões de forma rápida, a descrença e a insatisfação aumentavam, bem como os litígios que não eram solucionados, devido a lentidão da Justiça Comum. Assim, surgiu a necessidade de criar uma nova lei que fosse capaz de abranger as causas de menor complexidade, garantindo assim um julgamento célere e eficaz.

De acordo com Rossi (2007, p.22) “a constituição de 1988 reconheceu os êxitos da experiência e consagrou os Juizados de Pequenas Causas em seu artigo 24, inciso X, além de exigir, em seu artigo 98, inciso I, a criação dos Juizados Especiais Cíveis, os quais foram disciplinados pela Lei 9.099/95”. A Lei 9.099/95 foi criada com a ideia fundamental de diminuir a distância entre a justiça e o povo, formando assim outro sistema não vinculado ao critério formalista (ROSSI, 2007).

Os Juizados Especiais Cíveis foram criados para tornar a justiça mais eficiente, como preleciona Frigini (1995, p.27) “a Lei de Pequenas Causas não resolveu de todo o problema, mas inegavelmente aproximou da justiça o cidadão de baixa renda, fazendo-o vir aos umbrais do judiciário na certeza da composição rápida de seu litígio”. Assim, o objetivo principal do Juizado Especial é de garantir o acesso ao Poder Judiciário, de forma mais simples e célere, a todo cidadão que sofre com os custos processuais, perante a Justiça comum, para pleitear pequenas causas.

A Lei 9.099/95 dispõe em sua redação sobre as causas que podem ser atendidas pelos Juizados, e a característica comum entre essas causas é de que elas não podem ter valor da causa superior a 40 salários mínimos, para que então se enquadrem em causas de menor complexidade. Assim, quando o caso for de menor complexidade, caberá a parte escolher demandar ou não nos juizados especiais cíveis (ROSSATO, 2012).

Em virtudes das mudanças sociais, econômicas e políticas, pode-se dizer que o procedimento comum se tornou inadequado para a tutela de determinadas causas, tendo em vista o formalismo exagerado, o alto custo processual e a demora na resolução da lide. O objetivo principal da Lei 9.099/95 é de que no lugar de um processo acessível a poucos, demorado, preocupado especialmente com a segurança e a técnica muitas vezes

em detrimento dos seus fins, surja um outro tipo de processo que funcione para todos, da forma mais rápida possível, igualitário e que resulte em uma sentença eticamente justa, com a utilização dos instrumentos técnicos que seriam direcionados para essas finalidades (CARNEIRO, 2003, apud, ROSSI, 2007).

Portanto, como se extrai da narrativa acima, a criação da Lei 9.099/95 ensejou um novo procedimento processual, que objetiva abranger causas de menor complexidade, possibilitando um julgamento célere e eficaz.

## 1.2 Competência do Juizado Especial Cível

O termo competência, de acordo com a definição jurídica representa o poder de um órgão jurisdicional em fazer atuar a jurisdição, diante de um caso concreto; é o poder de exercer a jurisdição nos limites estabelecidos em lei. Aduz Machado (2015) que a competência é uma atribuição e uma limitação de atuação para determinada jurisdição.

De acordo com o artigo 3º da Lei 9.099/95 o Juizado Especial Cível possui competência para conciliação, processo e julgamento de causas cíveis de menor complexidade. O referido artigo dispõe que são consideradas causas de menor complexidade aquelas causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo, as causas previstas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil, a ação de despejo para uso próprio, e por último as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente a quarenta vezes o salário mínimo.

Com a leitura do artigo, percebe-se que a determinação da competência dos juizados foi feita principalmente mediante a utilização de três critérios objetivos, sendo estes: o econômico, o material e o pessoal (DINAMARCO, 2001, apud, ROSSI, 2007).

Sobre a competência, o funcionamento e a interpretação das regras relativas aos Juizados Especiais o art. 98 da Constituição federal dispõe que: a União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (BRASIL, 1988).

Como se depreende da leitura do artigo a competência dos juizados especiais é prevista na própria Lei. Ademais, a competência dos juizados especiais cíveis é dividida em razão do valor da causa e em razão da matéria discutida.



## 2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A LEI DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

### 2.1 Princípio da celeridade processual

O princípio da celeridade objetiva que a jurisdição seja prestada com rapidez e agilidade, sendo sua previsão expressa no art. 2º da lei 9.099/95. Conforme relata Rossi (2007, p.18) “a Lei n. 9.099/95 nasceu de um ideal de celeridade, de acesso à Justiça, de solução adequada de causas de menor complexidade”. De igual modo, o princípio a celeridade previsto na Lei 9.099/95 concilia com o exposto no art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, no qual dispõe que são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Notadamente esse é o princípio mais importante para os processos dos Juizados pois é um dos principais motivos de sua criação. A importância da celeridade processual é atender a grande demanda de processos da sociedade brasileira, que aumenta cada dia mais. Nos juizados especiais os prazos são contados em dias corridos e são mais curtos, com o intuito de resolver o conflito mais rapidamente e objetivamente.

Assim, quanto menor a complexidade da matéria em discussão, menos formal deverá ser o procedimento, com menor número de atos processuais e conseqüentemente, mais célere (ROSSI, 2007). Posto isso, justamente na sua função de ser célere que reside o diferencial dos Juizados Especiais Cíveis, da Justiça comum. A lei especial foi criada exatamente pela necessidade de dispor de um instrumento que dinamizasse e reduzisse o “tempo de vida” das demandas judiciais no ordenamento jurídico brasileiro (FILHO, 1996).

Como se extrai da narrativa acima, não resta dúvida que o princípio da celeridade é fundamental nos processos do Juizado Especial Cível, pois, sugere um amparo judicial de forma rápida, viabilizando a maior segurança jurídica possível ao fim da demanda.

### 2.2 Princípio da informalidade ou simplicidade

O princípio da informalidade possui como finalidade um procedimento mais simplificado aos cidadãos que buscam demandar seus direitos no Juizado Especial Cível, tal princípio permite que a justiça seja aplicada de forma mais simples e objetiva. Conforme preleciona Clivati (2006, p.59):

O que se observa é a simplicidade nos atos processuais, inexistindo as severas formalidades que os juízos comuns exigem, podendo ser aplicada a Justiça de forma mais simples e objetiva, desta forma, os atos processuais por mais simples que sejam terão validade quando alcançar seu objetivo.

Entende-se que, o princípio da informalidade possui um papel fundamental nas causas de menor complexidade, pois nos casos em que a causa não ultrapassa 20 salários mínimos é perfeitamente cabível que o autor compareça aos atos processuais sem o acompanhamento do advogado, por exemplo, exercendo por si próprio sua defesa (PEDROSO, 2014).

Deste modo, o princípio da informalidade tem como objetivo permitir ao cidadão o acesso a justiça de forma mais célere, buscando a efetividade do processo, dispensando as formalidades previstas nas varas comuns. Portanto, pode-se dizer que tal princípio possui grande relevância no âmbito do Juizado Especial Cível.

### **2.3 Princípio da economia processual**

Esse princípio se baseia na isenção de custas do autor da ação nos Juizados Especiais e o aproveitamento da execução da lei sem o uso de muitos recursos processuais. Por este princípio, entende-se ainda, que se deve escolher sempre a forma menos onerosa tanto às partes como para o próprio Estado. Conforme se extrai do enunciado 44 do FONAJE “no âmbito dos Juizados Especiais, não são devidas despesas para efeito do cumprimento de diligências, inclusive, quando da expedição de cartas precatórias”.

O princípio da economia processual tem como intuito a obtenção do máximo rendimento da lei com o mínimo de atos processuais (SANTOS; CHIMENTI, 2013). Ademais, o referido princípio permite que o cidadão postule seus direitos, mesmo quando este não possuir condições financeiras, pois, não há despesas processuais no primeiro grau.

Portanto, percebe-se que o princípio da economia processual visa permitir ao cidadão o direito de postular seus direitos no âmbito do Juizado Especial Cível, sem ter a necessidade de dispor de valores para os atos processuais que serão praticados.

## **3 A NÃO OBRIGATORIEDADE DA ASSISTÊNCIA DO ADVOGADO NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS**

### **3.1 O Jus Postulandi**

De início, faz-se necessário apresentar o conceito de jus postulandi, para então apresentar seus desdobramentos no âmbito do Juizado Especial Cível. O jus postulandi é compreendido como a capacidade que o cidadão possui de postular seus direitos perante instâncias jurídicas, dispensando então a representação do advogado. No que diz respeito à sua aplicação no mundo jurídico, postular é um poder dado ao indivíduo, permitindo que pessoalmente e sem o auxílio de advogado, este possa demandar, pleitear provas, argumentar, com o viés de defender seus direitos, convencendo o juízo, desta forma, acerca das suas alegações (MORAES, 2019, apud MENEGATTI, 2009).

A lei do Juizado Especial Cível dispensa a presença do advogado, como preleciona Rossato (ano, p.38) “como forma de proporcionar um sistema de justiça mais informal e próximo da população, a lei dispensa a assistência de advogado nas demandas de até vinte salários mínimos”, proporcionando assim celeridade no processo. A principal finalidade da lei é preservar o acesso a jurisdição, criando assim mecanismos a fim de permitir a jurisdição, dentre estes mecanismos pode-se destacar o jus postulandi.

Apesar da finalidade do jus postulandi ser considerada benéfica para o cidadão menos favorecido, Lima (2018, p.2) dispõe que “surge uma polêmica vez que contraria o dispositivo constitucional que estabelece o advogado como essencial à administração da Justiça, bem como antagônica á democratização do processo”, pois, o cidadão ao postular seus direitos poderá encontrar obstáculos ao realizar sua própria defesa.

A facultatividade de assistência de advogado nos Juizados Especiais da Justiça Comum está prevista no caput do artigo 9º da Lei 9.099/95, que dispõe “nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado, nas de valor superior, a assistência é obrigatória”. Fato é que, a dinâmica adotada pelo Juizado Especial Cível em relação ao jus postulandi, facilita o acesso ao judiciário, vez que a presença do advogado não é obrigatória.

Com a tentativa de reduzir custos, certamente dispensar a figura do advogado é uma possibilidade benéfica ao autor, no entanto, poderá ocorrer que os litigantes não possuam capacidade de apresentar seus próprios casos de modo eficiente (CAPPELLETTI; GARTH, 2002). Segundo Martins e Anjos (2013, p. 1584), “o acesso à Justiça não deve ser considerado como a mera faculdade de recorrer ao Poder Judiciário, mas também como a possibilidade de acesso concreto aos direitos, que é o objetivo primordial das pessoas”, ou seja, o cidadão além de ter a proteção constitucional de acesso à justiça, deverá também obter os meios necessários e eficazes para alcançar tais direitos.

Por este motivo, inúmeros estudos têm sido celebrados, no intuito de verificar a efetividade dos Juizados Especiais Cíveis, como órgão garantidor de uma ordem jurídica justa, bem como do instituto jus postulandi, o qual lhe é permitido (CUNHA, 2010; FAISTING, 2010; TARTUCE, 2015).

Para possibilitar o julgamento rápido nas demandas no Juizado Especial Cível, a Lei 9.099/95 prevê, em seu artigo 31, parágrafo único, a possibilidade de o autor manifestar sua resposta ao réu, de forma oral, na própria audiência. Assim, em prol da celeridade processual, alguns Juizados aderiram como regra à apresentação da réplica já na audiência de conciliação (MENDES, 2017).

A fim de possibilitar o jus postulandi, a lei elege como princípios norteadores dos Juizados Especiais Cíveis a oralidade, a simplicidade, a informalidade e a economia processual, conforme já apresentado no decorrer do artigo. Os princípios mencionados são utilizados como norteadores da lei do Juizado Especial Cível, sendo considerados como fundamentais para o jus postulandi (FREITAS, 2008). Portanto, a Lei 9.099/95 não só institui o jus postulandi, como também criou medidas para facilitar o seu exercício.

Neste sentido, o Juizado Especial cível possibilita o direito de ação ao cidadão que busca a obtenção de resolução das lides existentes, conforme preleciona Sá (2011, p.4, apud MORAES, 2019),

o direito de ação é um direito subjetivo público do cidadão, dirigido contra o Estado, destinado a provocar o desenvolvimento da atividade jurisdicional. O exercício desse direito é destinado a provocar a atividade estatal para a resolução da lide posta em juízo, ou seja, para a obtenção da prestação jurisdicional. Nesse ponto, deve ser realçado que o jurisdicionado, além de submeter ao Judiciário a apreciação de sua lide, tem direito a uma decisão judicial, mesmo que para dizer que ele não preenche determinada condição da ação ou pressuposto processual.

Fato é que o jus postulandi permite o amplo acesso à justiça, tendo como escopo a exclusão de obstáculos que impeçam que o indivíduo tenha seu direito alcançado pela apreciação do Judiciário (MORAES, 2019). Deste modo, possui capacidade processual o indivíduo que, querendo, puder agir sozinho em juízo, realizando atos processuais de maneira ampla e autônoma, sem o apoio de assistente ou representante legal. Sendo assim, o que se pretende com a atribuição de capacidade postulatória, é que o cidadão promova sozinho a defesa de seus próprios interesses, facultando-lhe a participação de advogado nas ações que tramitarem perante os Juizados Especiais Cíveis (SOUZA, 2018).

Entretanto, deve-se ressaltar que muitos cidadãos hipossuficientes não possuem conhecimento sobre o direito juridicamente a ser exigido o que poderá viabilizar falhas nas petições iniciais e até mesmo nas audiências. Podemos destacar como barreiras ao jus postulandi: o erro grosseiro de português, ausência de juntada de documentos considerados essenciais, falta de pedidos, falta de réplica, entre outros (ROMANO, 2016).

Deste modo, conforme se extrai da narrativa acima, apesar de amplamente criticada, a lei do Juizado Especial Cível permite o uso do jus postulandi, sob o argumento de fazer com que as partes hipossuficientes sejam alcançadas pela tutela jurisdicional, não fazendo com que seja uma barreira as questões econômicas.

### **3.2. Os recursos nos Juizados Especiais Cíveis**

Os processos judiciais sempre visam uma sentença, que decide o objeto da ação e pode ser tanto benéfica quanto maléfica para as partes, que poderão impugná-la até seu trânsito em julgado. Em geral, há duas formas de impugnação a serem feitas contra essas decisões, que seriam os recursos, também logicamente presente nas ações dos Juizados Especiais Cíveis, regidos pela lei dos juizados e pelo Código de Processo Civil, e as ações impugnativas autônomas, exercitadas no âmbito criminal.

Ademais, o sistema enquadrado na Lei nº 9.099/95 apresenta três diferentes tipos de recursos, sendo eles: o recurso inominado, previsto no art. 41, também conhecido como recurso de apelação; os embargos de declaração, este previsto no art. 48, que para alguns

doutrinadores, a sua natureza é unicamente de incidente de completção de julgado; e por último, o embargo à execução, previsto no art. 52, IX, que no âmbito do Juizado Especial, conforme a distinção entre recurso e meios autônomos de impugnação apresentada nesse artigo por Barbosa Moreira, possui natureza de recurso, diferente dos embargos do devedor que confere no Código de Ritos, que possui natureza jurídica de meio autônomo de impugnação, segundo art. 736, do CPC.

Diante disso, destacamos que o art. 41, parágrafo segundo, da Lei nº 9.099/95 prevê a obrigatoriedade da representação em juízo por um advogado se for interposto recurso após a sentença de primeiro grau de uma ação no Juizado Especial Cível.

Um dos marcos do Juizado Especial seria a sua informalidade e simplicidade, e a sentença é prevista de acordo com um direito, já positivado, com isso, não há a possibilidade de se dispensar o conhecimento técnico para fundamentar e impugnar o direito corretamente, de modo que a decisão do juiz será baseada em seu conhecimento jurídico, onde a parte provavelmente não terá conhecimento suficiente para entender e interpor recurso que contrarie essa decisão.

Nas palavras de Alberto Rollo (2003, p. 16), sem o advogado não se faz justiça, como acertadamente se diz; com ele, impulsionado e permeado por sua combatividade, por sua retórica, por sua elaboração intelectual, por sua peculiar visão de mundo, exercita o Judiciário sua jurisdição, de tal sorte que a prestação jurisdicional a final oferecida aos particulares invariavelmente apresenta-se influenciada pela atuação dos advogados da causa. À vista disso, a atuação do advogado não seria contra os princípios que rodeiam o Juizado Especial Cível, mas entregaria um acesso à justiça ideal, garantindo que tenha mecanismos certos para garantir o seu direito postulado.

### **3.3. Consequências da não obrigatoriedade da assistência do advogado nos Juizados Especiais Cíveis**

A Lei dos Juizados Especiais, em determinados casos, a parte poderá iniciar um processo juntamente ao judiciário sem estar necessariamente acompanhado de um advogado, seja ela autora ou ré, conforme visto no capítulo anterior. Para que o processo seja ainda mais simples, a não obrigatoriedade do advogado, em iniciar o processo e o acompanhar o mesmo, na lei nº 9.099/95 é possível. Dessa forma, qualquer cidadão pode iniciar um processo sem que realmente seja necessário a presença de advogado, mas é importante ressaltar que somente abrange casos em que o valor da ação são até 20 (vinte) salários mínimos vigente.

Ademais, a Constituição Federal de 1988 assegura referente à inviolabilidade do direito de defesa, onde demonstra que o advogado é realmente indispensável para a justiça, conforme previsto no art. 133 da Constituição Federal de 1988 “o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

Dessa forma, algumas críticas sobre esse sistema foram apresentadas conforme apresenta Amaral (2009), sendo as seguintes: o cidadão não tem cultura jurídica e se encontra com um ótimo preparo para dar continuidade ao processo caso não haja conciliação, podendo dessa forma, perder o processo; a complexidade das regras processuais é mais difícil para os leigos; o acesso à justiça aos menos competente deve ser assegurado pelo Estado através da criação da Defensoria Pública, conforme estabelece a Constituição Federal de 1988. Ademais, o cidadão comum às vezes não pode se expressar corretamente em pedir tal pedido ou até mesmo relatando os fatos ao juiz, não tendo ainda técnicas jurídicas para ter uma boa argumentação e no final, por não ter realmente uma assistência, o leigo pode não ter bons resultados e acaba procurando um advogado.

Ademais, Júnior (2009, p.91) dispõe que:

Juizados Especiais não são simples rito a ser cumprido pelos juízes já existentes. São na verdade, novos órgãos judicantes, cuja implantação depende não da lei federal que os regulamentou, mas de leis que efetivamente o criem (art. 1º, da Lei nº 9.099/95). Assim poderá acontecer que alguns Estados não os criem ou que estabeleçam apenas em algumas comarcas, restando, pois, um número considerável de comarcas e juízos que ficarão fora do campo de atuação dos Juizados Especiais e que terão de continuar aplicando, nas causas de pequeno valor ou de menor complexidade, o procedimento sumário.

Conforme visto, o rito do Juizado Especial Cível não é algo tão simples, e muitas vezes, o leigo não tem o conhecimento de fato como ocorre um processo. E com isso, se não ocorrer uma conciliação pode perder a chance de ter o seu direito alcançado pelo fato de não conseguir dar continuidade ao processo ou não entender o andamento do processo.

Ainda, Ferreira e Campos (2011) ressaltam que o princípio da indispensabilidade do advogado não é absoluto, onde que em alguns casos definidos pela lei, é conferido à pessoa que ele mesmo se defenda, mesmo que não tenha nenhum conhecimento técnico jurídico, como ocorre na justiça voluntária, no 'habeas corpus', no direito do trabalho e nos juizados especiais cíveis e federais.

Em suma, sobre esse mesmo assunto, leciona Moraes (2009), o princípio constitucional da indispensabilidade da intervenção do advogado, previsto no art. 133 da Constituição Federal de 1988, de fato não é absoluto. Portanto, apesar de configurar um fator importantíssimo a presença do advogado no processo, onde garante seus direitos e liberdades previstas na Constituição Federal, ainda existe a possibilidade onde a lei outorga o jus postulandi para qualquer pessoa, como já ocorre no habeas corpus e na revisão criminal.

No entanto, os operadores do Direito têm a noção que caso a petição inicial que será apresentada ao juiz não for redigida de forma acessível não será respeitada, o que pode acontecer em muitos casos em que os cidadãos estão agindo de modo próprio, dessa forma, complicando para que o cidadão tenha um bom êxito. O Estado realmente dá o suporte do acesso à justiça, mas poucos sabem realmente as regras para entrar com uma ação, acrescentando os argumentos jurídicos.

Para o cidadão que não possui a formação do conhecimento técnico jurídico, a Lei nº 9.099/95, é um meio para que o mesmo consiga o seu direito mais rápido, facilitando o seu acesso à justiça, e ainda, podendo ser proferida uma sentença favorável. Contudo, assim que esse mesmo cidadão adentra em uma audiência de conciliação ou de instrução e julgamento, e se depara com o réu estando acompanhado de um advogado, muito provável que esse cidadão terá consequências graves para seu direito. Ainda, pode se sentir inferiorizado por seu conhecimento não ser o mesmo que do advogado do réu.

Já em relação ao Réu, como está acompanhado do seu advogado, pode ter mais liberdade para usar argumentos jurídicos por estar acompanhado de um cidadão que possui o claro conhecimento jurídico sobre as argumentações a serem utilizadas em uma audiência. O argumento jurídico utilizado pelo advogado do réu poderá, dessa forma, facilitar uma sentença favorável ao mesmo.

Em se tratando desse assunto, Dinamarco (2003) dispõe que a dispensabilidade do advogado não é realmente um princípio que deverá se sobrepôr sobre a promessa constitucional que dá o acesso à justiça, no entanto nem sempre, os cidadãos que procuram ao Juizado para postular seus direitos possuem despesas para pagar um advogado.

Compreende-se que a procura do acesso à justiça não contribui com a dispensabilidade do advogado, de modo que, como não está se fazendo justiça onde se eximi dos princípios constitucionais positivados que tentam garantir que os direitos do cidadão sejam respeitados.

Quanto ao princípio do contraditório e ampla defesa, Leal (2004, p.76) preleciona que:

Quando se estabelece um procedimento que limita a possibilidade de defesa para as pequenas causas, na verdade, o que ocorre é a negação da importância das mesmas. Não pode ser admitido que apenas pelo pequeno valor econômico da causa, ela seja julgada sem a devida aplicação do processo com todas as garantias fundamentais a ele inerentes. A prevalecer o entendimento de que nos Juizados Especiais é vedada a ampla defesa, com os meios entre cursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CR/88) em toda a inteireza constitucional, transformam-se os tribunais Superiores e o STF em Tribunais de Exceção destinados ao julgamento de causas de grande potencial econômico, a critério e arbítrio de seus juízes, com a suspensão do requisito do juízo natural que é instrumento imprescindível da processualidade nas democracias.

Dessa forma, por mais que a Lei nº 9.099/95 que regulamenta os Juizados Especiais Cíveis argumenta sobre a utilidade da não utilização do advogado, mesmo que o cidadão não detenha conhecimento técnico jurídico para manter um processo, o Estado ainda precisa ter cautela para fortalecer a Defensoria Pública, sendo o órgão responsável para defender o direito do cidadão que procura ter seus direitos fortalecidos, diminuindo assim, as desvantagens que podem haver entre as partes.

Ainda, mesmo que o cidadão tenha o acesso à justiça advindo do Juizado Especial Cível, não conseguirá usar todos os meios para a resolução do conflito pelo simples fato de não possuir o conhecimento. E para Cappelletti e Garth (CAPPELLETTI, 1988, apud MANOEL, 2004), o acesso à justiça possui duas finalidades: A primeira, que o sistema

deve ser igual para todos; e o segundo, produzindo resultados que sejam individuais e socialmente justos a todos. E ainda sobre esse mesmo termo, Grinover (GRINOVER, 1988, apud MANOEL, 2004) ensina que o acesso à justiça não é somente o acesso ao judiciário, mas ainda, possibilitar o acesso à justiça.

Neste contexto, um dos argumentos utilizados para justificar a não obrigatoriedade do advogado no Juizado Especial Cível é que esse meio pode ser utilizado por pessoas que possuem rendas mais baixas, não tendo a possibilidade de contratar um advogado. Dessa forma, nos casos de baixa complexidade é possível a dispensabilidade do advogado, no entanto, importante ressaltar que por mais que o processo seja de baixa complexidade, não eximi de permitir que o cidadão tenha um advogado para adquirir um bom êxito em sua sentença. O leigo não saberá as lacunas das leis, onde seria mais fácil para um advogado.

Quanto à celeridade, outro importante princípio que rodeia os juizados especiais, também não pode ser visto como uma forma de argumento para a ausência dos advogados, já que estes não são realmente os responsáveis pela lentidão do Judiciário Brasileiro, uma vez que tanto como no juizado especial como na justiça comum existem prazos que precisam ser respeitados, enquanto os magistrados não possuem nenhum prazo que precisam ser respeitados. Conforme ensina Portanova (2001, p.171):

As pedras no caminho da celeridade são o acúmulo de serviço (originário dos muitos conflitos sociais que aportam ao Judiciário) e o pequeno número de juízes. (...) o judiciário é tímido em promover a criação de cargos de juízes em proporcionalidade razoável ao número de feitos que ocorrem à justiça. Enquanto não diminuirmos os conflitos sociais ou aumentarmos os juízes, sempre haverá sobrecarga de trabalho e justificativas para a morosidade do Poder Judiciário.

Quanto à atuação do advogado e a demora dos julgamentos, preleciona Machado (2003) que àqueles que atribuírem a demora dos processos judiciais aos advogados convém lembrar que está presente também nos juizados especiais a falta de juízes e funcionários, infraestrutura e equipamento precários.

Outro argumento que permite o jus postulandi sem que o advogado esteja presente está na baixa complexidade das ações que serão propostas nesse âmbito. Porém, importante ressaltar que causas de baixo valor não são o mesmo que causas que possuem baixa complexidade. São causas de menor complexidade as que não necessitam de prova pericial, aquelas que não apresentam requisitos que são difíceis para ter uma sentença. Ainda, conforme o art. 41, § 2º da Lei 9.099/95 para entrar com um recurso nos juizados especiais é obrigatório que a parte esteja acompanhada de um advogado.

Desta forma, pode-se dizer que há diversas divergências quanto a não obrigatoriedade da assistência do advogado prevista na Lei 9.099/95, de um lado a lei visa permitir ao cidadão hipossuficiente o acesso aos seus direitos, de outro lado, tem se entendido que sem a assistência do advogado o autor torna-se mais vulnerável ao processo por não possuir conhecimento jurídico adequado.



## **METODOLOGIA**

A escolha do tema se deu em razão das pesquisadoras atuarem como estagiárias no Juizado Especial Cível da Univille. A pesquisa foi motivada pelo interesse em constatar as consequências da não assistência do advogado no âmbito do Juizado Especial cível, tendo em vista que as demandas na maior parte são postuladas por pessoas que não possuem advogado constituído.

Trata-se de uma pesquisa com abordagem qualitativa. De acordo com Michel (2019, p.40) “na pesquisa qualitativa, a verdade não se comprova numérica ou estatisticamente; ela surge na experimentação empírica, a partir de análise feita de forma detalhada, abrangente, consistente e coerente, e na argumentação lógica das ideias”. A referida abordagem permite o conhecimento do estado da arte do objeto em estudo e avançar no conhecimento e interpretação da realidade. Nesse viés, a pesquisa qualitativa se adequa aos objetivos da investigação em curso, garantindo também o cruzamento e interpretação de variáveis mais complexas.

A pesquisa é do tipo bibliográfica, onde serão analisadas as referências a respeito do assunto em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. Para Nascimento (2012, p.27) “é através da pesquisa bibliográfica que o autor-aluno desenvolve uma prática importante, que contribui para o aumento de seu próprio conhecimento”, o que possibilita a construção de argumentos que fundamentem a conclusão do tema estudado.

O método da pesquisa busca explicitar a verdade através da dedução, conforme prelecionam Henrique e Medeiros (2017, p.36) “o método dedutivo parte de enunciados gerais (princípios) tidos como verdadeiros e indiscutíveis para chegar a uma conclusão”, assim, o texto busca uma construção lógica entre as variáveis qualitativas de interpretação para formar argumentos os mais densos e plausíveis possíveis.

A pesquisa é explicativa, pois pretende mostrar as relações causais entre as variáveis. Santos (2015, p.100) preleciona que a pesquisa explicativa “é uma pesquisa relativamente mais complexa, pois, além de registrar, analisar e interpretar os fenômenos em estudo, ela procura identificar seus fatores ou suas causas determinantes”. Portanto, a pesquisa explicativa atende ao objetivo geral do projeto de pesquisa.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O presente artigo atingiu o objetivo inicialmente proposto ao apresentar as consequências da não obrigatoriedade da assistência do advogado nas causas dos Juizados Especiais Cíveis. Foi possível notar as vantagens dessa característica da Lei 9.099/95 por meio das informações aqui trazidas e discutidas, diante da forma positiva com que o Jus Postulandi atua nas pequenas causas, desde o modo como isso acelera o judiciário, até o modo como é efetivo e prático para o cidadão menos favorecido que busca a proteção aos seus direitos quando estes forem lesados.

O Juizado Especial Cível tem como objetivo atender as demandas de causas de menor complexidade a fim de desafogar o sistema judiciário brasileiro com causas que podem ser facilmente discutidas, argumentadas e resolvidas, fazendo com que elas possam ter o arbitramento de um juiz fora da justiça comum de resolução de conflitos, e de modo que assegure o direito dos cidadãos que acabam precisando dos Juizados. A sua característica da não obrigatoriedade da assistência do advogado nessas causas colabora e reforça o objetivo dos JECs, sendo esse o objeto de discussão desse artigo, juntamente com as consequências dessa diferença que a lei específica dos Juizados trouxe para o ordenamento jurídico.

O Jus Postulandi, presente nessa discussão é a possibilidade de postular em juízo suas pretensões e busca por um direito que está sendo violado. Esse princípio normalmente pertence ao advogado, porém, na lei dos Juizados, ele é trazido de forma a ser um direito do próprio autor da ação, para que este possa, individualmente e facultativamente, propor uma ação e promover seu processo no Juizado Especial, ou no caso do réu, defender-se em um processo, na forma da lei, nos casos que a Lei 9.099/95 permitem.

Constatou-se então, que grande é a efetividade que o Jus Postulandi proporciona as causas demandadas nos Juizados ao permitir essa flexibilização e, ao mencionar os princípios que norteiam esses processos, podemos notar que é extremamente cabível e importante a facultatividade de se ter a assistência do advogado nas causas discutidas nesse contexto.

A celeridade processual, a informalidade, a simplicidade e a economia processual, que foram apresentadas nesse artigo, além de regerem a lei dos juizados, são perfeitamente respeitadas e efetivadas por meio do Jus Postulandi ao lado das partes e são necessárias para que seja atendido o objetivo visado pela criação dos Juizados Especiais.

Há diversas discussões sobre esse tema que condenam a possibilidade do autor postular em juízo sozinho, com a fundamentação de que o autor não possui o conhecimento superior necessário para que o mesmo busque seu direito e acompanhe o processo judicial, porém o modo como a não obrigatoriedade atende apenas as pequenas causas de valor até 20 salários mínimos, conforme artigo 9º da lei 9.099/95, gera uma proteção ao cidadão, visto que as causas são de baixa complexidade e não necessitam de um conhecimento profissional prévio obrigatório para que ocorra a busca e a defesa de seus direitos.

É importante também ressaltar que algumas cidades não possuem defensoria pública ou sua demanda é extremamente alta comparável a quantidade de pessoas que precisam de seus serviços. Nesses casos, o implemento de um Juizado Especial Cível é extremamente necessário e satisfatório para a comunidade em questão.

Portanto, após as informações apresentadas e discutidas no presente trabalho, foi possível notar que o Juizado Especial Cível proporciona um acesso à justiça de forma efetiva, pois desde de sua criação, vem atendendo os casos que foram objetivo dessa lei,

igualmente de forma rápida, por conta de todos os seus outros requisitos e prazos exclusivos do processo no Juizado que promove certa rapidez, e também de forma adequada, pois atende as necessidades das partes, dentro de suas possibilidades e direitos.

Dessa forma, a não obrigatoriedade da assistência do advogado nas causas dos Juizados Especiais Cíveis facilita ao autor da ação, que visa atender sua demanda e muitas vezes possui condições financeiras precárias, a busca pelos seus direitos, sem que este seja lesionado e da melhor forma possível, diante de toda a análise aqui realizada.

Por fim, resta claro que o assunto não foi esgotado com a presente pesquisa, merecendo ser alvo de novos estudos, debates, seminários e discussões, envolvendo o meio acadêmico, os operadores do Direito e a sociedade em geral, em observância à análise aqui realizada.

## REFERÊNCIAS

AMARAL. Márcio Alfredo da Cunha. **Jus postulandi figura meramente decorativa**. 2009. Disponível em: <http://www.artigonal.com/doutrinaartigos/jus-postulandi-figura-meramente-decorativa-936197.html>. Acesso em: 10 junho. 2020. Não paginado.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 13 mai. 2020.

BRASIL. **Lei nº 9099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 10 jun. de 2020.

CAPPELLETTI, GARTH; MANOEL, Pedro. **Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 38

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2002. 168 p.

CLIVATI, Joana Maria de Pieri. **Os juizados especiais cíveis como instrumentos de acesso à justiça**. Orientador: Denise Schmitt Siqueira Garcia. 2006. 99 p. Monografia. Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2006.

CUNHA, José Ricardo (Org.). **Poder judiciário: novos olhares sobre gestão e jurisdição**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010. 288 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Manual das pequenas causas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. 91 p.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, vol. II. 3ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 87.

FAISTING, André Luiz. **O dilema da dupla institucionalização do poder judiciário: o caso do juizado especial de pequenas causas**. O sistema de justiça. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. 19 p. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/59fv5/pdf/sadek-9788579820397-03.pdf>. Acesso em: 11 jun. 2020.

FERREIRA, Rafaela Andrade; CAMPOS, Carolina Lopes. **Da ausência de defesa técnica nos juizados especiais cíveis**. 2011. 18 p. Disponível em: <http://sistemabatista.edu.br/SEER/index.php/Dir/article/download/70/57>. Acesso em: 10 jun. de 2020.

FILHO, Demócrito Ramos Reinaldo. **Juizados especiais cíveis: comentários a lei 9.099, de 26/09/1995**. Recife: Bagaço, 1996. 392 p.

FREITAS, Fábio aly. **Considerações acerca dos juizados especiais cíveis: jus postulandi e efetividade de acesso à justiça**. Orientadora: Maria Priscila Soares Berro. 2008. 81. Monografia. Universidade Federal de Rondônia, Cacoal, 2008.

FRIGINI, Ronaldo. **Comentários à lei de pequenas causas**. São Paulo: Livraria de Direito, 1995, p. 27.

GRINOVER, Ada Pelegrini; MANOEL, Pedro. **Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil**. 2004.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Metodologia científica na pesquisa jurídica**. 9. ed., rev. e reform. São Paulo: Atlas, 2017. 389 p.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I. Editora Forense. 2009. 50ª edição. p. 91.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 4º edição. revista eletrônica atual. 2004. Porto Alegre: IOB - Informações Objetivas Publicações Jurídicas. p. 76.

LIMA, Clarissa Tristão. **Juizados especiais e isonomia**: incompatibilidades teóricas do jus postulandi sob a ótica da processualidade democrática. Orientador: Francisco Rabelo Dourado de Andrade. 2018. p. 31. Monografia. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2018.

MACHADO, Costa. **Código de processo civil** (interpretado). 14. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015. 500 p.

MACHADO, Rubens Approbato; RAMOS, Gisela Gondin. **Estatuto da Advocacia**: comentários e jurisprudência selecionada. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003. p. 37-38.

MARTINS, Queila Jaqueline Nunes; ANJOS, Ester Dorcas Ferreira dos. Teoria da argumentação jurídica emmanuel atienza e acesso à justiça: uma análise do jus postulandi nos juizados especiais cíveis. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.3, 3º quadrimestre de 2013. Disponível em: [www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica) - ISSN 1980-7791. Acesso em 11 de jun de 2020.

MENDES, Beatriz da Silva. **Efetividade da tutela jurisdicional às partes que exercem o jus postulandi no juizado especial cível**: análise de processos movidos entre outubro de 2014 à março de 2015 na comarca de Tubarão/SC. Orientador: Agenor de Lima Bento. 2017. p. 83. Monografia. Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2017.

MICHEL, Maria Helena. **Metodologia e pesquisa científica em ciências sociais**: um guia prático para acompanhamento da disciplina e elaboração de trabalhos monográficos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. 279 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009. 636 p.

MORAES, Débora Pereira de. **Do acesso à justiça nos juizados especiais**: a viabilização efetiva do jus postulandi. 2019. 49 p. Orientadora: Ana Paula R. Gomes. Monografia. Centro Universitário de Ciências Gerenciais de Manhuaçu, Manhuaçu, 2019.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao CPC**. Vol. V, 4ª ed, Ed. Forense.

NASCIMENTO, Luiz Paulo do. **Elaboração de projetos de pesquisa**: monografia, dissertação, tese e estudo de caso, com base em metodologia científica. São Paulo: Cengage Learning, 2012. 131 p.

PEDROSO, Alberto Gentil de Almeida. **O juizado especial cível e o paradigma da eficiência diante do código de processo civil**. Orientador: José Renato Nalini. 2014. 90 p. Dissertação. Universidade Nove de Julho, São Paulo, 2014.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**, 4<sup>a</sup>ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 171.

ROLLO, Alberto. **O advogado e a administração pública**. Alberto Rollo, coordenador, Alexandre Luis Mendonça Rollo, João Fernando Lopes de Carvalho. Barueri, São Paulo: Manoele, 2003, p.16.

ROMANO, Rayla Camillo. **O jus postulandi nos juizados especiais cíveis estaduais e a garantia constitucional do acesso à Justiça**. Orientador: Márcio Carvalho Faria. 2016. 52 p. Monografia. Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, 2016.

ROSSATO, Luciano Alves. **Sistema dos juizados especiais (análise sob a ótica civil)**. Vol 48. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. p. 144.

ROSSI, Dieyne Morize. **O juizado especial cível como instrumento de efetivo acesso à justiça**. Orientador: Gilson Delgado Miranda. 2007. 204 p. Dissertação. Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2007.

SANTOS, Pedro Antonio dos, *et al.* **Metodologia da pesquisa social**: da proposição de um problema à redação e apresentação do relatório. São Paulo: Atlas, 2015. 281 p.

SANTOS, Marisa Ferreira dos; CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Juizados especiais cíveis e criminais**: federais e estaduais. Volume 15. ed. 11. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 15. 291 p.

SOUZA, Brenda Stefanie de. **O jus postulandi no juizado especial cível estadual**: a imprescindibilidade da atuação do advogado para efetivação do acesso à justiça. Orientador: Sandro Balduino Moraes. 2018. 81 p. Monografia. Centro Universitário Curitiba, Curitiba, 2018.

TARTUCE, Fernanda. Reflexões sobre a atuação de litigantes vulneráveis sem advogado nos juizados especiais cíveis. **Revista do Advogado**. v. 127. p. 41-52, ago. 2015.

## A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

*Isaias Pereira dos Santos*<sup>157</sup>

*Gabriel Uhlmann*<sup>158</sup>

*Beatriz Regina Branco*<sup>159</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem como objetivo analisar a aplicabilidade do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Juizados Especiais Cíveis à luz do CPC/15. O tema escolhido busca, primariamente, verificar se o incidente é realmente aplicável ao Juizado Especial Cível na forma hoje prevista, haja vista que a lei regente dos Juizados Especiais, lei 9.099/95, foi elaborada na vigência do CPC/73. O artigo busca esclarecer os princípios basilares de funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e a sua relação com o CPC/15, no que se refere às Intervenções de terceiros, demonstrando o entendimento jurisprudencial dos tribunais brasileiros acerca do tema. Esta é uma pesquisa bibliográfica, de abordagem qualitativa e método dedutivo. Espera-se agora, que este trabalho contribua efetivamente na compreensão da aplicabilidade do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica nos Juizados Especiais Cíveis.

**PALAVRAS CHAVES:** Desconsideração da Personalidade Jurídica; Juizados Especiais Cíveis; Aplicabilidade.

### INTRODUÇÃO

As mudanças de 2015 no Código de Processo Civil, apesar de relativamente antigas, não resolveram determinadas situações, como o choque entre legislações antigas e a nova norma processual. Dentre tais casos, existe o conflito entre o artigo 10º da Lei dos Juizados Especiais e o art. 1.062 da lei processual. Enquanto aquele afirma que “não se admitirá, no processo, qualquer forma de intervenção de terceiro nem de assistência” (BRASIL, 1995), este dispõe que “o incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais” (BRASIL 2015).

Sendo a desconsideração da personalidade jurídica uma forma de intervenção de terceiros, a celeuma está configurada, pois a lei principal dos Juizados Especiais veda o incidente expressamente, além do que não determina a subsidiariedade da norma processual principal (SOUZA, 2016). Na jurisprudência, alguns magistrados não acatam o incidente e alegam não ser possível tal feito no Juizado Especial, por não ser adequado ao sistema.

<sup>157</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille. E-mail: isaias.santos@outlook.com

<sup>158</sup> Acadêmico do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville – Univille – Email: guhlmann21@gmail.com

<sup>159</sup> Professora Ma – Coordenadora do Programa de Extensão da Universidade da Região de Joinville - UNIVILLE

Quais os obstáculos para aceitação ou recusa deste instituto nos Juizados Especiais? Responder a essa questão, sem nenhuma presunção de esgotamento do objeto, é o objetivo do presente trabalho.

## 1. OS FUNDAMENTOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

Os Juizados Especiais são órgãos da justiça comum, criados para gerir o processamento das causas conhecidas como de 'menor complexidade', ou seja, aquelas cujo valor da causa não supere os quarenta salários mínimos, e também aquelas arroladas no artigo 3º da Lei 9.099/95, lei que estabelece as normas de funcionamento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, quais sejam:

Art. 3º O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I - as causas cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo; II - as enumeradas no art. 275, inciso II, do Código de Processo Civil; III - a ação de despejo para uso próprio; IV - as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo. § 1º Compete ao Juizado Especial promover a execução: I - dos seus julgados; II - dos títulos executivos extrajudiciais, no valor de até quarenta vezes o salário mínimo, observado o disposto no § 1º do art. 8º desta Lei. § 2º Ficam excluídas da competência do Juizado Especial as causas de natureza alimentar, falimentar, fiscal e de interesse da Fazenda Pública, e também as relativas a acidentes de trabalho, a resíduos e ao estado e capacidade das pessoas, ainda que de cunho patrimonial. § 3º A opção pelo procedimento previsto nesta Lei importará em renúncia ao crédito excedente ao limite estabelecido neste artigo, excetuada a hipótese de conciliação (BRASIL, 1998).

O processamento das ações acima citadas seguem alguns princípios, expostos e positivados pelas próprias leis regentes dos Juizados Especiais. No artigo 2º, o legislador expõe cada um deles, que são: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre proporcionar a transação ou a conciliação àqueles que procuram os Juizados. Cada princípio possui suas peculiaridades e aplicações dentro do procedimento exposto na Lei Especial, características tais que estarão expostas a seguir.

O princípio da oralidade está expresso na Lei regente dos Juizados Especiais em diversos momentos, onde o mais exemplar é aquele do artigo 14, em que é permitida a apresentação do pedido inicial de forma oral perante a Secretaria do Juizado. Ainda existe a possibilidade de conferência verbal ao advogado, a permissão da contestação e pedido contraposto de forma oral, prova oral gravada em meio audiovisual e início da execução com pedido oral do interessado (CHIMENTI; SANTOS, 2019).

O princípio da oralidade, aliado à desnecessidade de advogado nas causas de até 20 salários mínimos, é um dos principais contribuintes para a democratização do acesso à Justiça promovido pelos Juizados Especiais. Piske (2012) expõe tal importância mencionando que



a oralidade é um princípio que promove uma maior proximidade entre o magistrado e o jurisdicionado, facilitando uma solução rápida do litígio, sendo uma inovação no cenário jurídico tradicional, tendo ainda como princípios correlatos o da imediatidade, o da irrecorribilidade das decisões interlocutórias e o da identidade física do juiz, tanto na esfera especial cível, como especial criminal.

Os princípios da simplicidade e informalidade também se encontram positivados no art. 2º da lei regente dos Juizados Especiais, como facilitadores do acesso à Justiça. Tais princípios se caracterizam na desnecessidade de termos rebuscados no processo e o uso de formas alternativas para determinados atos processuais, como a intimação por telefone. A proposição de peça inicial, vide princípio da oralidade, de resposta e produção de provas também são facilitadas em decorrência de tais princípios, bem como a dispensa da atuação do advogado nas ações cujo valor da causa seja inferior a vinte salários mínimos (GONÇALVES, 2020).

A economia processual se apresenta como a escolha da via processual menos onerosa às partes e ao Estado, sendo a unicidade da audiência um exemplo de tal princípio (PISKE, 2012). O objetivo do princípio da economia processual será a incansável busca do aproveitamento máximo do disposto em lei, eliminando atos processuais reputados como desnecessários, buscando adequar à prática do ato processual ao caso concreto (CHIMENTI; SANTOS, 2019).

O fundamento da celeridade irá trabalhar em conjunto com a simplicidade e a informalidade para que os processos que lá tramitam sejam resolvidos rapidamente, com a concentração de atos processuais, como a já mencionada unicidade da audiência, disposta no art. 17 da Lei 9.099/95, na qual serão realizados os mais diversos atos da instrução processual, desde a resposta do réu até a possibilidade do pedido contraposto, figura análoga à reconvenção, esta que não faz parte do rito dos Juizados Especiais (GONÇALVES, 2020).

Tais princípios direcionam o funcionamento dos Juizados Especiais, e, sendo positivados na Lei regente, devem ser compreendidos para que a aplicabilidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica nos Juizados Especiais possa ser estudada.

## **2. A PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA E SEU INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO**

O Código Civil Brasileiro de 2002 dedica todo o Título II, do Livro II - Do Direito de Empresa, a dispor sobre as normativas relacionadas às sociedades, empresárias ou não. Em seu capítulo único, das disposições gerais, temos que a sociedade só poderá ser considerada personificada, ou seja, com personalidade jurídica caracterizada, se seus atos constitutivos estiverem inscritos na forma da lei, que será aquela disposta para o tipo específico de sociedade que se quer constituir, como a Sociedade Limitada ou Sociedade Anônima. Se os atos constitutivos não forem devidamente inscritos, a sociedade será considerada comum, sem personalidade jurídica (BRASIL, 2002).

A vida humana começa no nascimento e termina na morte. A personalidade jurídica da sociedade empresária também segue um ciclo, que é definido por Campinho (2020, p.73) da seguinte forma:

Começa, a partir do registro, a existência legal da sociedade, existência essa que termina com a averbação, no registro competente, da ata da assembleia ou da reunião de sócios aprovando as contas do liquidante, após proceder ao pagamento do passivo e à partilha do acervo remanescente entre os sócios, acaso existente, ultimando, assim, a fase de sua liquidação, judicial ou extrajudicial. A liquidação tem início com a verificação de uma causa (dissolução), como, por exemplo, o vencimento do prazo de duração da sociedade quando contratada por prazo determinado, o consenso unânime dos sócios que resolvem acertar o distrato social (dissoluções de pleno direito) e a anulação de sua constituição (dissolução judicial).

O exercício da personalidade jurídica trará algumas consequências, sendo a principal a constituição de capacidade. Referido autor traz exemplos de tal consequência, como a possibilidade da pessoa jurídica ser parte em processos judiciais, a constituição de patrimônio próprio da sociedade empresária, celebrar negócios jurídicos por meio de seus sócios e a capacidade de constituir direitos e contrair obrigações (FAZZIO JUNIOR, 2020). Campinho (2020) acrescenta mais efeitos importantes da aquisição de personalidade jurídica, quais sejam, o nome, que dá a identificação própria da sociedade, por meio de firma ou denominação, para caracterizar a diferença do nome pessoal dos sócios, com proteção legal, e domicílio próprios, que independe dos sócios e está representado pela localidade da sede social da sociedade empresária.

Da mesma maneira que o Código Civil discorre sobre a personalidade jurídica da sociedade empresária, ele trata sobre a possibilidade de desconsideração de tal personalidade em processos judiciais. Tal possibilidade está disposta no art. 50 do referido diploma legal, que assim dispõe:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso. § 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza. § 2º Entende-se por confusão patrimonial a ausência de separação de fato entre os patrimônios, caracterizada por: I - cumprimento repetitivo pela sociedade de obrigações do sócio ou do administrador ou vice-versa; II - transferência de ativos ou de passivos sem efetivas contraprestações, exceto os de valor proporcionalmente insignificante; e III - outros atos de descumprimento da autonomia patrimonial. § 3º O disposto no caput e nos §§ 1º e 2º deste artigo também se aplica à extensão das obrigações de sócios ou de administradores à pessoa jurídica. § 4º A mera existência de grupo econômico sem a presença dos requisitos de que trata o caput deste artigo não autoriza a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica. 5º Não constitui desvio de finalidade a mera expansão ou a alteração da finalidade original da atividade econômica específica da pessoa jurídica. (BRASIL, 2002)

Depreende-se do artigo que, para que o incidente seja instaurado, deve ser observado o abuso, por parte dos sócios da personalidade jurídica, que é demonstrado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial. O desvio de finalidade se caracteriza pela lesão ao direito de credores por meio da personalidade jurídica e a confusão patrimonial é a falta de separação entre patrimônio próprio da sociedade, consequência natural da personalidade jurídica, e dos sócios (BRASIL, 2002).

Conforme supramencionado, a constituição da personalidade jurídica gera vários direitos, obrigações e proteção legal à sociedade empresária, para tanto, o incidente deve ser instaurado quando tais benefícios estiverem sendo subvertidos. Nesse sentido,

embora o desfalque do patrimônio social por sócios inescrupulosos quase sempre se apresente como geratriz de situação ensejadora da desconsideração, não basta a simples impotência patrimonial da sociedade; reclama-se seja derivada de fraude. A desconsideração visa corrigir o mau uso da pessoa jurídica, não sua singela inadimplência. A isquemia patrimonial não deriva necessariamente de ilegalidades. Estas justificam a desconsideração acidental, como solução conjuntural inafastável para a realização da justiça que é o parâmetro de análise para todos os problemas jurídicos. Com certeza, a desconsideração não é a regra. Tratando-se de um mecanismo excepcional, há de ser aplicada com cautela, fundamentadamente, evitando-se o risco de destruir o instituto da pessoa jurídica e lesionar os direitos da pessoa física. Deve ser apoiada em fatos concretos que tornem a medida excepcional inevitável. Não pode ser descuidadamente banalizada (FAZZIO JUNIOR, 2020, p.90).

Observa-se que a doutrina e a legislação são claras acerca da aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no procedimento comum. Nos Juizados Especiais Cíveis, contudo, o tema ainda é controvertido, ante a expressa vedação das intervenções de terceiros no art. 10 da Lei 9.099/95 (BRASIL, 1995) e o aparente desacordo do incidente com os fundamentos dos Juizados Especiais Cíveis apresentados (BELANDA, 2016).

### **3. O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS**

Frente a dualidade legal da aplicabilidade ou não do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, é importante o estudo de jurisprudências acerca do tema. Para tanto, foram selecionadas Jurisprudências de dois tribunais nacionais: o Tribunal de Justiça de Santa Catarina e o Tribunal de Justiça de São Paulo. A escolha do TJSC se justifica por ser o Tribunal do nosso Estado, já o TJSP foi escolhido por ser um grande centro do país, com um enorme fluxo de processos. Os resultados foram ordenados por data de publicação, para que os entendimentos apresentados fossem os mais recentes e refletissem o atual posicionamento do tribunal quanto ao tema. Serão apresentados três entendimentos manifestados em acórdão de cada tribunal, começando com o Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

O primeiro caso trata-se de Mandado de Segurança, impetrado na cidade de Joinville, decidido pela Quinta Turma de Recursos, Relator Dr. Decio Menna Barreto de Araújo Filho, com ementa a seguir:

MANDADO DE SEGURANÇA. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. PRETENSÃO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CABIMENTO DO INSTITUTO NOS JUIZADOS ESPECIAIS (ART. 1.062 DO CPC). NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE. ILEGALIDADE RECONHECIDA. SEGURANÇA CONCEDIDA. (TJSC, Mandado de Segurança n. 4000109-92.2016.8.24.9005, de Joinville, rel. Des. Décio Menna Barreto de Araújo Filho, Quinta Turma de Recursos - Joinville, j. 07-03-2018).

No caso em tela, no primeiro grau, na fase de cumprimento de sentença, após diversas tentativas de bloqueio e penhora de bens da demandada via BACENJUD, o credor da ação pleiteou a desconsideração da personalidade jurídica da empresa devedora. O juiz do primeiro grau indeferiu o pedido, argumentando que o simples descumprimento da sentença por parte da empresa devedora não enseja a ocorrência do incidente, ainda dizendo que tal incidente não se aplica ao sistema dos Juizados Especiais. Ao prolatar a decisão, o Relator, de pronto, aduziu que a decisão deveria ser reformada. Dentre seus argumentos, sustentou que o próprio legislador, ao formular o artigo 1.062 do CPC, cria uma exceção à regra imposta pelo artigo 10 da lei 9.009/95, e finaliza dizendo que, por conta disso, seria ilegal deixar de aplicar o incidente.

O segundo caso trata-se de recurso inominado, julgado pela primeira turma de recursos do Fórum da Capital – Norte da Ilha, Relator Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo, como demonstra a ementa:

RECURSO INOMINADO. JUIZADO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. NÃO LOCALIZAÇÃO DA DEVEDORA OU DE BENS DE SUA TITULARIDADE PASSÍVEIS DE EXECUÇÃO. SITUAÇÃO QUE AUTORIZA A EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. ART. 53, § 4 DA LEI N. 9.099/95. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO CONTRA OS SÓCIOS DA EMPRESA EXECUTADA, SENDO UM DELES PESSOA INCAPAZ, DADA SUA MENORIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE FORMAÇÃO DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA CONTRA INCAPAZ PERANTE ÓRGÃO DO JUIZADO ESPECIAL. ART. 51, IV C/C ART. 8º, AMBOS DA LEI N. 9.099/95. DIREITO POTESTATIVO DA PARTE CREDORA, CONTUDO, QUE PERMANECE ÍNTEGRO. SENTENÇA EXTINTIVA DA EXECUÇÃO QUE CUMPRE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Recurso Inominado n. 0001888-31.2013.8.24.0090, da Capital - Norte da Ilha, rel. Des. Cláudio Eduardo Regis de Figueiredo e Silva, Primeira Turma de Recursos - Capital, j. 10-05-2018).

No caso em tela, o pedido de Desconsideração da Personalidade Jurídica foi indeferido, em primeiro grau, pois o Juiz prolator lá entendeu que o incidente de desconsideração da personalidade Jurídica, mesmo com a exceção imposta pelo art. 1.062 do CPC, não era cabível no caso em tela, por conta de um dos sócios da empresa executada ser incapaz. Ao apreciar o recurso inominado, o relator manteve a decisão pelos fundamentos acima apresentados.

O terceiro caso do TJSC se refere a um Mandado de Segurança julgado pela Sétima Turma de Recursos de Itajaí, Relatora Andréa Régis Vaz. Vejamos a ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA JULGADO PROCEDENTE. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO, POIS O PROCESSO TRAZIA INFORMAÇÕES SUFICIENTES PARA O JULGAMENTO DO INCIDENTE. AFASTADA A ALEGAÇÃO DE TERATOLOGIA E ILEGALIDADE. DUAS EMPRESAS DOS MESMOS SÓCIOS, COM O MESMO ENDEREÇO E IGUAL NOME. DECISÃO ACERTADA. ORDEM DENEGADA. (TJSC, Mandado de Segurança n. 0302816-70.2019.8.24.0033, de Balneário Camboriú, rel. Des. Andréia Régis Vaz, Sétima Turma de Recursos - Itajaí, j. 15-07-2019).

Aqui, a defesa alegou, ao impetrar o mandado de segurança, que a desconsideração da personalidade jurídica em sede de Juizados Especiais caracterizaria o cerceamento da defesa. A relatora entendeu que tal cerceamento não ocorre, pois, a decisão que autorizou a Desconsideração da Personalidade Jurídica em primeiro grau não foi abusiva nem mesmo ilegal, mantendo a ocorrência do incidente nos seus devidos termos.

Passemos ao estudo do Tribunal de Justiça de São Paulo. O primeiro caso é um Agravo de Instrumento, julgado pela 2ª Câmara Recursal Cível de Rio Grande da Serra, relatora Teresa Cristina Cabral Santana Rodrigues dos Santos, conforme ementa disposta a seguir:

Recurso de Agravo de Instrumento – Ação de execução – Pretensão de desconsideração da personalidade jurídica – Ausência de comprovação de elementos que autorizam a desconsideração - Decisão mantida - Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 0100085-63.2019.8.26.9011; Relator (a): Teresa Cristina Cabral Santana Rodrigues Do Santos; Órgão Julgador: 2º Turma Recursal Cível; Foro de Rio Grande da Serra - Juizado Especial Cível; Data do Julgamento: 09/12/2019; Data de Registro: 11/12/2019)

No caso descrito acima, a agravante, em primeiro grau, pleiteou a desconsideração da personalidade jurídica, pois não foram localizados bens passíveis de penhora da parte agravada para que se viabilizasse a execução. Em primeiro grau o pedido foi indeferido. No segundo grau, a decisão prolatada foi mantida, pois, no caso em tela, não havia nenhum requisito que possibilitasse a instauração do incidente.

O segundo caso consiste em Agravo de Instrumento julgado pela 3ª Turma Recursal Cível de São Paulo, da relatora Rosana Moreno Santiso. Vejamos a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Desconsideração da personalidade jurídica – Sócia que se retirou da empresa após o negócio jurídico celebrado com a consumidora – Legitimidade para figurar no polo passivo – Presença dos requisitos para a desconsideração pretendida - Recurso não provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 0100187-12.2019.8.26.9003; Relator (a): Rosana Moreno Santiso; Órgão Julgador: 3ª Turma Recursal Cível; Foro Regional IV - Lapa - 1ª Vara do Juizado Especial Cível; Data do Julgamento: 08/11/2019; Data de Registro: 08/11/2019)

Aqui, a agravante alegou que não possuía legitimidade para estar no polo passivo e que a desconsideração da Personalidade Jurídica não seria possível. Ao decidir, a relatora manteve o incidente e manteve a parte recorrente no polo passivo, pois, em seu entendimento, todos os requisitos para que a Desconsideração da Personalidade Jurídica acontecesse e a recorrente subsiste no polo passivo, negando provimento ao recurso.

O terceiro caso trata de Recurso Inominado julgado pela 3ª Câmara Recursal Cível e Criminal de Itaquaquecetuba, relator Paulo Eduardo de Almeida Chaves Marsiglia. Vejamos:

Compra e venda de imóvel. Resolução do contrato. Desconsideração da personalidade jurídica em decisão proferida em audiência. Anulação da decisão ante a não observância do procedimento legal. Responsabilidade solidária em razão da relação de consumo. Impossibilidade. Relação entre pessoas físicas sem a presença de fornecedor (art. 3º, CDC). Relação civil. Condenação reduzida para o valor recebido pela recorrente, devidamente atualizado. Recurso provido em parte. (TJSP; Recurso Inominado Cível 1005357-90.2017.8.26.0278; Relator (a): Paulo Eduardo de Almeida Chaves Marsiglia; Órgão Julgador: 3ª Turma Recursal Cível e Criminal; Foro de Itaquaquecetuba - Vara do Juizado Especial Cível e Criminal; Data do Julgamento: 22/11/2019; Data de Registro: 25/11/2019)

No caso em tela, no primeiro grau, a desconsideração da personalidade jurídica foi deferida, de plano. Porém, o exame do juízo ad quem verificou que o juízo a quo não observou o procedimento do incidente disposto no CPC, anulando a decisão. Importante ressaltar que a anulação ocorreu não pelo não cabimento do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica em Juizados Especiais, mas pela inobservância do procedimento legal.

Assim, fica demonstrada a possibilidade real de aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica nos Juizados Especiais. Contudo, conforme demonstrado na apresentação das jurisprudências, o incidente é cabível não porque a lei assim o define, mas porque tal é o entendimento predominante.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao concluir o trabalho, faz-se necessário retomar os objetivos definidos no começo da pesquisa. Observe-se o questionamento principal: O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é realmente aplicável aos Juizados Especiais Cíveis? O estudo jurisprudencial permite dizer que a aplicação do instituto é possível no procedimento especial, porém com ressalvas.

Tais ressalvas residem no caso concreto. Conforme observado na análise jurisprudencial, nos casos em que o incidente foi indeferido, isso ocorreu não pela impossibilidade da aplicação do incidente no procedimento sumaríssimo, mas sim por peculiaridades do caso concreto que não permitiram a aplicação do instituto na forma prevista na norma processual vigente, ou, justamente da utilização incorreta da norma processual competente na instauração do incidente.

As divergências de entendimento quanto à aplicabilidade advêm da expressa vedação da lei especial à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nos Juizados Especiais. Contudo, tal entendimento foi gerado antes da concepção do CPC vigente, que, em seu artigo 1.062, permite a aplicação do instituto no rito sumaríssimo. A aplicação do instituto, portanto, utiliza da legislação mais recente para regular o incidente no procedimento especial, não recorrendo à Lei regente dos Juizados Especiais, mas sim, servindo-se da adequação do incidente ao caso concreto e do art. 1.062 do CPC em vigor, a fim de não ocorrer cerceamento de direitos.

Assim, é possível afirmar que o art. 1.062 do CPC em vigor operou a revogação tácita do artigo 10 da lei 9.099/95, autorizando a aplicação do incidente da desconsideração da personalidade jurídica nos Juizados Especiais Cíveis, observando os limites fáticos do caso concreto e a sua adequação aos requisitos legais demonstrados, presentes no Código Civil, Código de Processo Civil e legislação esparsa. Contudo, por ser um estudo primário, faz-se cabível o estudo de mais decisões em mais tribunais em um trabalho futuro, com o objetivo de entender a aplicabilidade do incidente de desconsideração de personalidade jurídica em âmbito nacional.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BELANDA, Douglas. Desconsideração da personalidade jurídica em JEC deve ser exceção. **ConJur**. 14 jul. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-14/douglas-belanda-desconsideracao-personalidade-juridica-jec-excecao>. Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm). Acesso em: 10 dez. 2020.

CAMPINHO, Sergio. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618781/cfi/0!4/2@100:0.00>. Acesso em: 10 dez. 2020.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Juizados especiais cíveis e criminais**: estaduais e federais. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609949/cfi/0!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 10 dez. 2020.

DINIZ, Gustavo Saad. **Curso de direito comercial**. São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597022438/cfi/6/2!/4/2@0.00>. Acesso em: 10 dez. 2020.

FAZZIO JUNIOR, Waldo. **Manual de direito comercial**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597024890/cfi/6/40!/4/96/2@0:85.9>. Acesso em: 10 dez. 2020.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de direito processual civil**: processo de conhecimento e procedimentos especiais. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616053/cfi/423!/4/2@100:0.00>. Acesso em: 10 dez. 2020.

SOUZA, Giselle. Regras do novo CPC não se aplicam aos juizados, defende Nancy Andrichi. **ConJur**. 20 mai. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mai-20/regras-cpc-nao-aplicam-aos-juizados-defende-nancy-andrichi>. Acesso em: 10 dez. 2020.

PISKE, Oriana. Princípios orientadores dos Juizados Especiais - Juíza Oriana Piske. **Tjdft**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2012/principios-orientadores-dos-juizados-especiais-juiza-oriana-piske>. Acesso em: 10 dez. 2020.



## O PAPEL DO LAUDO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA CONSTRUÇÃO DO PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Jani Floriano<sup>160</sup>  
Daniel de Oliveira<sup>161</sup>

**RESUMO:** O presente estudo tem por objeto o papel do laudo econômico-financeiro na construção do Plano de Recuperação Judicial. O tema é importante em razão de no processo de Recuperação Judicial as empresas com dificuldades que buscam retomar as atividades econômica organizada, precisam apresentar um Plano de Recuperação Judicial em que apresentam as medidas a serem adotadas. O objetivo do plano é apresentar a viabilidade econômica e financeira do saneamento do estado de crise do empresário ou da sociedade empresária, com a intenção de resguardar os negócios sociais e estimular a atividade econômica, além de garantir a continuidade do emprego e fomentar trabalho humano. Assim, economista e contadores devem apresentar uma análise precisa da situação da empresa para que o plano possa ser apreciado pelos credores e concedido pelo Juiz. Os objetivos específicos deste estudo são: (i) caracterizar o plano de recuperação judicial sob a ótica da legislação brasileira (Lei 11.101/2005); (ii) identificar o papel da perícia econômica e financeira na construção e eficácia do plano de recuperação judicial; (iii) demonstrar como a perícia econômica e financeira auxilia na tomada de decisão pelos atores (credores, juízes, administradores, peritos) envolvidos no processo; e (iv) avaliar os pontos favoráveis e as dificuldades que as empresas encontram ao apresentar um plano de recuperação judicial com e sem uma perícia econômica e financeira. A metodologia é qualitativa, do tipo bibliográfica, e o método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. A expectativa deste artigo é contribuir para que se possa aprofundar a discussão sobre o papel da perícia econômica e financeira no sentido de contribuir para a construção de um plano coerente e aplicável no processo de recuperação judicial das empresas.

**PALAVRAS-CHAVES:** Recuperação Judicial; Plano de Recuperação Judicial; Laudo econômico-financeiro.

### INTRODUÇÃO

O objeto de estudo da presente pesquisa é o papel do laudo econômico-financeiro como peça fundamental na construção do Plano de Recuperação Judicial. A Recuperação Judicial foi instituída em 2005, pela Lei nr. 11.101/2005 (BRASIL, 2020a), que tem função ser um instrumento para empresas que se encontram com dificuldades econômicas e financeiras possam ter a oportunidade de superá-las. Dessa forma, o processo de Recuperação Judicial permite à empresa devedora apresentar um plano de pagamento e de negociação de suas

<sup>160</sup> Acadêmica do Curso de Ciências Jurídicas da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. e-mail: jani.floriano@gmail.com

<sup>161</sup> Professor, Advogado e Orientador do Curso de Ciências Jurídicas da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. e-mail: daniel@ocadvocacia.com.br

dívidas. O art. 35 desta lei estabelece que, em assembleia geral, são os credores que analisam o plano que demonstra a viabilidade e a concessão da recuperação, indicando a aprovação, rejeição ou modificação do plano de recuperação judicial apresentado pelo devedor.

O art. 53 da Lei nr. 11.101/2005 estabelece que o Plano de Recuperação Judicial deve conter a discriminação detalhada dos meios de recuperação a ser empregados, a demonstração de sua viabilidade econômica e o laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Em relação ao laudo, objeto de estudo dessa pesquisa, o fato de ter a obrigatoriedade de ser subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada justifica-se para que se demonstre que a empresa tem a viabilidade da recuperação, ou seja, que tenha condições mínimas para saldar as dívidas e se manter em atividade.

Entende-se, portanto, o Plano de Recuperação Judicial como sendo um mecanismo de ajuda às empresas que se encontram em situações financeiras críticas a buscar meios de renegociar dívidas e adotar medidas que possam reestabelecer o bom andamento da empresa assegurando a manutenção da fonte e produção, cumprindo sua função social, atendendo os interesses dos credores e colaborando para o crescimento da economia nacional.

Contudo, cabe ao poder judiciário o diferimento do processo. Para que isso ocorra, a empresa devedora deve apresentar o Plano de Recuperação Judicial aprovado pelos credores e ajustar seus objetivos com os objetivos dos terceiros.

A empresa exerce função social, a qual é reconhecida no ordenamento constitucional e é fundamental para a sociedade, pois é dela que advém todos os produtos e serviços que as pessoas necessitam ou desejam. Este reconhecimento evidencia que a empresa, além de buscar o objetivo econômico e financeiro, tem papel fundamental na sociedade, independente do modelo de economia, pois é a empresa a geradora de renda e emprego, independente da sua atividade, do seu tamanho e da origem do seu capital.

Em momentos de crise e recessão, o número de empresas que passam por dificuldades e necessitam recorrer a recuperação judicial aumenta, fragilizando a sua atuação e colocando em risco o seu papel de empregar, gerar renda e remunerar o capital. O Brasil, em função de coronavírus, teve que tomar medidas de biossegurança que impactou na vida da sociedade e também na empresas. Estima-se, segundo Focus (2020), que a atividade econômica sofra uma queda de 5% do PIB, gerando um desaquecimento da economia e retração da atividade das empresa, colocando muitas delas em dificuldades econômicas e financeiras. Dados do Serasa Experian (2020) indicam que, até o mês de setembro de 2020, já totalizou 955 pedidos de recuperação judicial, sendo que, desse total, 745 pedidos foram deferidos.

Esses dados evidenciam que em momento de crise econômica torna-se imprescindível o reconhecimento de instrumentos que possam promover e garantir a continuidade das atividades das empresas, assegurando os empregos e, conseqüentemente, o desenvolvimento social do país. Dessa forma, a Lei nr. 11.101/2005 (BRASIL, 2020a), vem ao encontro de orientar e estabelecer os critérios para viabilizar a superação desse estado de crise.

Contudo, é preciso que o Plano de Recuperação Judicial seja muito bem construído e, além de atender os quesitos legais, apresente-se factível para que, de fato, atenda ao que o legislador previu na lei. Assim, é necessário que a empresa apresente um Plano de Recuperação Judicial com a discriminação dos meios de recuperação, demonstração de sua viabilidade econômica e o laudo econômico-financeiro. E é sobre esse último, o laudo econômico-financeiro, que a presente pesquisa se debruçará, problematizando de que forma que esse documento pode e deve auxiliar na construção de um Plano de Recuperação Judicial.

Do exposto, formula-se como questão de pesquisa: Como o papel do laudo econômico-financeiro pode auxiliar na construção do plano de recuperação judicial da empresa?

A partir da questão de pesquisa, pode-se elencar as seguintes hipóteses: (i) o laudo econômico-financeiro permite a avaliação da documentação requerida pelo art. 51, por ocasião do pedido de processamento da recuperação judicial subsidiando o magistrado e os credores sobre a situação da empresa; (ii) o laudo econômico-financeiro é necessário sendo que o conhecimento é especializado requerido na análise desses documentos, não oferecido ao longo da formação técnica dos magistrados; e (iii) o laudo econômico-financeiro deve identificar se a empresa é inviável ou tem condições de passar pelo processo de recuperação judicial.

Dessa forma, o objetivo geral é avaliar o papel do laudo econômico-financeiro na construção do plano de recuperação judicial da empresa. Para atender a esse objetivo, tem-se os objetivos específicos:

a) Caracterizar o plano de recuperação judicial sob a ótica da legislação brasileira (lei 11.101/2005);

b) Identificar o papel do laudo econômico-financeiro na construção e eficácia do plano de recuperação judicial;

c) Demonstrar como o laudo econômico-financeiro auxilia na tomada de decisão pelos atores envolvidos no processo; e

d) Apresentar os pontos favoráveis e as dificuldades que as empresas encontram ao apresentar um plano de recuperação judicial com um adequado laudo econômico-financeiro.

e) Analisar o plano de recuperação judicial da empresa Oi S.A. buscando evidências no laudo econômico-financeiro que justificam o deferimento do processamento.

A origem da ideia de discutir o papel do laudo econômico-financeiro na construção do Plano de Recuperação Judicial emerge da formação na área de economia alinhada à formação em ciências jurídicas. A Lei 11.101/05, em seu art. 53, inciso III afirma que este laudo deve ser subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada. Dessa forma, o economista tem a competência para analisar e propor um plano factível e, diante disso, é que o tema provocou o desenvolvimento da pesquisa.

Em relação a abordagem, trata-se de uma pesquisa qualitativa em que, para Godoy (1995, p. 58), “o pesquisador conduz seu trabalho a partir de um plano estabelecido a priori, com hipóteses claramente especificadas e variáveis operacionalmente definidas”. Neste sentido, faz uso de diferentes técnicas interpretativas que buscam descrever os elementos de um sistema complexo de significados, o qual, para essa pesquisa, é o laudo econômico-financeiro dentro do Plano de Recuperação Judicial. Ainda, essa abordagem, segundo Neves (1996), tem por objetivo demonstrar e explicar o sentido dos fenômenos, procurando reduzir a distância entre indicador e indicado que, para este caso, é o laudo e a recuperação da empresa.

Quanto ao tipo, a pesquisa será bibliográfica, que terão como base as leituras e análise das referências a respeito da Lei 11.101/05, em especial, sobre o Plano de Recuperação Judicial em livros, jornais, revistas e internet e outros meios de comunicação pertinentes. Segundo Gil (2010, p. 44), “pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”. Sendo a pesquisa bibliográfica desenvolvida a partir de material já elaborado, é importante para o levantamento de informações referente ao aspectos dos laudos econômico-financeiros e de como deve contribuir para a construção do Plano de Recuperação Judicial.

Ainda, terá como base também a pesquisa documental a qual, segundo Gil (2010), é muito semelhante à pesquisa bibliográfica. A principal diferença entre ambas se refere quanto a natureza das fontes: na bibliográfica se utiliza as contribuições de diversos autores e na documental vale-se de materiais que não receberam, ainda, um tratamento analítico, podendo ser reelaboradas de acordo com os objetos da pesquisa.

Para desenvolvimento da pesquisa, será utilizado o método dedutivo. Para Diniz e Silva (2008), o método dedutivo parte das teorias e leis consideradas gerais e universais para explicar a ocorrência de fenômenos particulares. Neste sentido, no exercício metódico da dedução, parte-se de enunciados gerais de que o laudo econômico-financeiro é fundamental para a Recuperação Judicial o que consiste na premissa de que em se tendo um laudo adequado e validado, a empresa terá um Plano de Recuperação Judicial factível e, conseqüentemente, atingirá o objetivo da recuperação.

Quanto ao grau de aprofundamento, a pesquisa será do tipo explicativa pois pretende mostrar as relações causais entre o laudo econômico-financeiro e a possibilidade de Recuperação Judicial. Chaves (2002, p. 64) enfatiza que esse nível permite identificar as causas da emergência de algum fenômeno. A pesquisa explicativa atende ao objetivo geral do projeto de pesquisa.

## 1. PLANO DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL - PRJ

A atividade empresarial é fundamental para a sociedade, pois é dela que advém todos os produtos e serviços que as pessoas necessitam ou desejam. Obviamente que não se pode deixar de entender que o objetivo de uma empresa é a geração de renda e riqueza, esta última comumente reconhecida como lucro, o que independe da sua atividade, do seu tamanho e da origem do seu capital.

Contudo, além da função da remuneração do capital, a empresa exerce uma função social. Deve-se entender que, qualquer que seja o seu objeto de produção, a geração de lucro para os proprietários e acionistas se dá através da manufatura de bens e a oferta de serviços que depende da combinação dos fatores de produção: capital, mão de obra, insumos e tecnologia. Ainda, não basta apenas produzir, é preciso fazer com que o que foi produzido chegue às mãos das pessoas e instituições (consumidores). Por isso, a atividade empresarial envolve uma cadeia de produção, distribuição e comercialização.

Assim, fica evidente que a empresa, além de gerar lucro e empregos diretos, também é responsável por fomentar a atividade econômica da sociedade e contribuir para a arrecadação de tributos.

Levando-se em consideração esses aspectos, fica incontestável que o fato de uma empresa que passa por problemas financeiros e encontra-se em estado de crise, ao encerrar suas atividades irá impactar em toda a cadeia produtiva, gerando desemprego, redução de riqueza para a economia e queda de arrecadação tributária. É neste sentido que Jaroseski et all. (2009, p. 33) justificam que a “recuperação judicial tem como meta tornar possível a superação da situação de crise econômico-financeira das empresas, permitindo que continuem produzindo, empregando trabalhadores e mantendo relações econômicas com credores”.

Portanto, compreendendo o papel da empresa na sociedade e estando ela diante de dificuldades econômicas e financeiras, a recuperação judicial (RJ) torna-se o meio pelo qual possa se restabelecer no mercado, sendo importante não somente para os proprietários e acionistas, mas, especialmente para os credores, os trabalhadores e toda a cadeia produtiva em que está inserida.

### 1.1 Princípios norteadores da Recuperação Judicial (RJ)

Deve-se entender que os princípios são enunciados normativos com valor amplo e que orientam a compreensão do ordenamento jurídico, tanto na sua aplicação e integração como para a elaboração de novas normas. Segundo Reale (2013, p. 303), os princípios são “verdades fundantes de um sistema de conhecimento, [...] por serem evidentes ou por terem sido comprovadas”.

Um dos princípios da RJ é o da Dignidade da Pessoa Humana e Empresarial, em que, de acordo com Gomes e Colli (2016), o legislador proíbe a exploração econômica e qualquer que seja de desvalorização do trabalho, ou ainda que tenha o trabalho como mera mercadoria. Esse princípio tem o objetivo de proteger o trabalho humano e a sua dignidade.

Outro princípio a ser observado pela RJ é o da Livre Concorrência. Deve-se destacar que esse princípio já está presente, desde 1988, no art. 170, IV da CRFB/88 (BRASIL, 2020a) e que, portanto, a Lei n.º 11.101/05 (BRASIL, 2020b) também atende a esse princípio. Como tal, é papel do Estado atuar como agente regulador, buscando evitar deslealdade e manter o equilíbrio da economia, evitando-se falhas de mercado, como explicam Gomes e Colli (2016).

Por fim, destaca-se o princípio da Preservação da Empresa, o qual pode ser entendido como aquele que “visa recuperar a atividade empresarial de crise econômica, financeira ou patrimonial, a fim de possibilitar a continuidade do negócio, bem como a manutenção de empregos e interesses de terceiros, especialmente dos credores” (TEIXEIRA, 2018, p. 401). É importante ressaltar que esse princípio não visa apenas atender ao interesses dos proprietários e acionista da empresa, mas, acima de tudo, está relacionado aos princípios da proteção do trabalhador, da manutenção do trabalho, bem como da função social da empresa. Nessa perspectiva, Gomes e Colli (2016, p. 26) entendem que “na criação e aplicação de medidas de política econômica, deverá o Estado preocupar-se em proporcionar o pleno emprego, ou seja, situação em que seja, na medida do possível, aproveitada pelo mercado a força de trabalho existente na sociedade”.

Dessa forma, ao estudar os princípios da RJ, observa-se que não é apenas atender ao anseios de quem investiu o seu capital na empresa. É fundamental compreender que o seu papel extrapola as questões de receita e lucro, mas, acima de tudo, visa a manutenção e o crescimento da empresa assegurando os credores, os trabalhadores e toda a cadeia produtiva em que está inserida a manutenção da atividade e, conseqüentemente, os resultados da produção.

## 1.2 Objetivo da Recuperação Judicial (RJ)

Em um entendimento *stricto*, pode-se afirmar que a RJ é uma medida jurídica para evitar a falência de uma empresa. No entanto, como já observado em relação ao papel da empresa na sociedade e os princípios norteadores, fica explícito que o seu objetivo não está em apenas evitar a falência. A RJ, conforme Mamede (2020) argumenta, está fundada na ética da solidariedade, cujo objetivo maior é sanear o estado de crise econômico-financeira, seja do empresário ou da sociedade empresária, com a intenção de resguardar os negócios sociais e estimular a atividade econômica, além de garantir a continuidade do emprego e fomentar trabalho humano. E, ainda que de forma parcial, a RJ visa assegurar a satisfação dos direitos e interesses dos credores.

Neste momento, torna-se oportuno o entendimento que a RJ tem por objetivo “viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica” (TEIXEIRA, 2018, p. 401).

É nesta mesma compreensão que Cruz (2020) afirma que o objetivo do processo de RJ é permitir que a empresa tenha condições necessárias para superar a crise econômico-financeira em que se encontra. Ainda, segundo o mesmo autor, é importante compreender que as medidas propostas no plano devem ser adequadas para que os efeitos esperados possibilitem à empresa a continuidade de suas atividades. No art. 63 da Lei n.º 11.101/05 (BRASIL, 2020b), estabelece que, “cumpridas as obrigações vencidas no prazo previsto no caput do art. 61 desta Lei, o juiz decretará por sentença o encerramento da recuperação judicial”, o que significa que a empresa estará apta para a realização de todas atividades, sem restrições.

E, finalmente, apresenta-se os argumentos de Tomazette (2018, p. 75-76), para quem a RJ tem como objetivo final “a superação da crise econômico financeira pela qual passa o devedor empresário. A finalidade imediata é, portanto, afastar a crise, contudo, nada impede que o instituto seja utilizado para prevenir uma crise que se mostre iminente”. Muito embora o texto da Lei não aponte claramente para esse objetivo, é possível interpretar que se tenha essa possibilidade, uma vez que não resta dúvidas de que as empresas estão suscetíveis às crises, em especial, em períodos de recessão/depressão da economia.

Dessa forma, pode-se concluir que o objetivo da RJ não se refere apenas a sua recuperação financeira, mas, para além disso, a sua recuperação econômica e a superação das crises que possa a vir enfrentar.

### 1.3 Requisitos do Plano de Recuperação Judicial

Uma vez entendido o princípios e o objetivo da RJ, é preciso agora compreender como o Plano da Recuperação Judicial deverá ser construído. Contextualizando a questão, Teixeira (2018) explica que o Plano de Recuperação Judicial deve demonstrar a possibilidade da empresa se recuperar do ponto de vista financeiro e econômico e, ainda, essa demonstração deve ser convincente, sob a pena dos credores não aprovarem o plano na assembleia, o que acarreta a decretação da falência. Por isso, o PRJ deve atender a requisitos que estão estabelecidos no art. 53 da Lei n.º 11.101/05 (BRASIL, 2020b, web) e, se possível, assinado por especialista em recuperação e no segmento em que a empresa atua:

Art. 53. O plano de recuperação será apresentado pelo devedor em juízo no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias da publicação da decisão que deferir o processamento da recuperação judicial, sob pena de convolação em falência, e deverá conter:

- I – Discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a ser empregados, conforme o art. 50 desta Lei, e seu resumo;
- II – Demonstração de sua viabilidade econômica; e

III – Laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Dessa forma, a lei exige que a viabilidade econômica do Plano de Recuperação Judicial seja demonstrada de forma técnica, como explica Negrão (2017), devendo ser realizada por profissional competente (art. 53, II). Ainda, que se tenha uma discriminação pormenorizada dos meios de recuperação (art. 53, I), possibilitando aos credores uma análise segura para que possam considerar o PRJ exequível, mesmo sem conhecimentos técnicos, fundados na experiência do exercício da atividade empresarial. E, por fim, o resumo (art. 53, I) que “é a descrição pormenorizada da integração entre os vários meios empregados e o resultado pretendido em cada fase de sua implantação” (NEGRÃO, 2017, p. 205). Corroborando com esse raciocínio Mamede (2020, p. 157):

O plano de recuperação é o elemento mais importante da recuperação judicial da empresa: o projeto de superação da crise econômico-financeira enfrentada pela organização, o caminho que o devedor propõe aos credores para sair da situação caótica, deficitária, e chegar a um estado saudável da atividade negocial. Esse plano deverá conter (artigo 53 da Lei no 11.101/05): (1) discriminação pormenorizada dos meios de recuperação a serem empregados e seu resumo; (2) demonstração de sua viabilidade econômica; e (3) laudo econômico-financeiro e de avaliação dos bens e ativos do devedor, subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada.

Neste entendimento, o PRJ deve ser acompanhado de um laudo econômico-financeiro, o qual apresentará a avaliação dos bens e ativos do devedor, sendo este subscrito por profissional legalmente habilitado ou empresa especializada em RJ, permitindo que os credores possam compreenderem a situação patrimonial da empresa devedora e, deste modo, evidenciando as garantias patrimoniais das obrigações.

Este documento deve ser composto duas partes: (i) laudo econômico-financeiro e (ii) laudo de avaliação dos bens e ativos do devedor. No primeiro, laudo econômico-financeiro, o avaliador deverá identificar todo o ativo e o passivo da empresa, avaliando os resultados econômicos, como as receitas e despesas, o fluxo de caixa e outros fatores pertinentes para compreender a situação de crise em que a empresa se encontra. Ainda, o laudo econômico-financeiro deve apresentar as alternativas e os meios para a superação desse momento de crise. No segundo, o laudo de avaliação dos bens e ativos do devedor devem apresentar apenas a situação do ativo, sendo esses discriminados em bens imóveis, bens móveis, direitos (marcas, patentes, software etc.), créditos.

Na explicação de Koubik Jr. e Lima (2019), uma das vantagens, se não a principal, da RJ é permitir ao devedor a chance de envolver todos os credores e apresentar um Plano de Recuperação Judicial que seja factível e evite a falência da empresa e, conseqüentemente, a preservação da atividade econômica, dos empregos, da geração de riqueza e sustentabilidade da economia, conforme já mencionado.



## CONCLUSÃO

Com essa breve revisão de literatura acerca do Plano de Recuperação Judicial, ficou evidente que é o elemento mais importante quando do pedido de Recuperação Judicial da empresa, pois é nesse plano que se tem o projeto de superação da crise econômico-financeira, as alternativas que o devedor propõe aos seus credores para sair da situação deficitária e chegar a um estado saudável da atividade negocial.

Deve-se ressaltar que a atividade empresarial é fundamental para a sociedade, uma vez que é a empresa que produz e oferece todos os tipos de produtos e serviços que as pessoas necessitam ou desejam. Ainda, a empresa é responsável geração de emprego, renda e riqueza o que independe da sua atividade, do seu tamanho e da origem do seu capital. Dessa forma, a empresa exerce uma função social responsável por fomentar a atividade econômica da sociedade e contribuir para a arrecadação de tributos.

Assim, quando uma empresa se encontra em estado de crise, ao encerrar suas atividades irá impactar em toda a cadeia produtiva, gerando desemprego, redução de riqueza para a economia e queda de arrecadação tributária. Neste sentido que a recuperação judicial busca tornar possível a superação da empresa em relação ao seu desempenho econômico-financeiro, possibilitando que prossigam produzindo, empregando trabalhadores e mantendo relações econômicas com credores.

Portanto, entendendo o papel da empresa e estando ela diante de dificuldades, a recuperação judicial torna-se o meio pelo qual possa se restabelecer no mercado, sendo importante não somente para os proprietários e acionistas, mas, especialmente para os credores, os trabalhadores e toda a cadeia produtiva em que está inserida.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005**. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm). Acesso em: 15 ago 2020a.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Série Legislação – Leme/SP: EDIJUR, 2020b.

CRUZ, André Santa. **Direito empresarial**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2020. 1024 p.

FOCUS. Relatório de Mercado: 13 de novembro de 2020. **Banco Central do Brasil**. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/content/focus/focus/R20201113.pdf>. Acesso em: 19 nov 2020.

GODOY, Arilda S. Introdução à pesquisa qualitativa e suas possibilidades. **Revista de administração de empresas**. São Paulo, v.35, n.2, p.57-63.Mar/Abr, 1995. Disponível em: [http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590\\_S0034-75901995000200008.pdf](http://rae.fgv.br/sites/rae.fgv.br/files/artigos/10.1590_S0034-75901995000200008.pdf). Acesso em: 21 nov 2020.

GOMES, Nystrom Zoppelaro. COLLI, Luciene Rinaldi. Reflexões sobre algumas premissas e princípios da lei de recuperação de empresa e falência. **Revista Científica Fagoc Jurídica**. v. I, 2016. Disponível em: <https://revista.fagoc.br/index.php/juridico/article/download/173/312> Acesso em: 14 set 2020.

JAROSKI, Sinara *et alli*. É possível sobreviver a uma recuperação judicial? Evidências em empresas listadas na BM&FBovespa. **Revista Gestão e Análise**, Fortaleza, v. 8, n. 2, p. 31-45, maio/ago. 2019. Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/gestao/article/view/2151> Acesso em: 10 set 2020.

KOUBIK JR, Erik. LIMA, Rodrigo Otávio das Chagas. Extensão da suspensão das ações contra sócios e Avalistas em decorrência do deferimento do Processamento da recuperação judicial. Percurso – **Anais do VIII Combradec – Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania**. Curitiba: Unicuritiba. V 2, n 29, 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/percurso/article/view/927/640> Acesso em: 14 set 2020.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: falência e recuperação de empresas**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2020. 488 p.

MANKIW, Gregory. **Introdução à Economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2019. 686 p.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa, vol. 3: recuperação de empresas, falência e procedimentos concursais administrativos**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 971 p.

NEVES, José Luís. Pesquisa qualitativa: características, usos e possibilidades. Caderno de pesquisa em administração. **FEA-USP**. São Paulo, v. 1. n. 3. 2º sem, 1996

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo : Saraiva, 2013. 432 p.  
SERASA EXPERIAN. Indicadores Econômicos. **Recuperações Judiciais Requeridas**. Disponível em: <https://s3-sa-east-1.amazonaws.com/serasaexperian-site-institucional-wp-content/wp-content/uploads/20201104132331/FACONS-1.xls>. Acesso em: 21 nov 2020.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Direito empresarial sistematizado**: doutrina, jurisprudência e prática. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 558 p.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: falência e recuperação de empresas. vol. 3. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 949 p.

## A APLICAÇÃO DAS HOLDINGS FAMILIARES NA PERSPECTIVA DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Letícia Berkenbrock de Souza<sup>162</sup>  
Anna Lethicia dos Santos<sup>163</sup>

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo analisar a importância do planejamento sucessório frente ao processo de sucessão. Por meio de uma pesquisa teórica expõe-se que o planejamento sucessório é a adoção de medidas a fim de determinar como ocorrerá a sucessão, com o objetivo de proteger o patrimônio, bem como resguardar os herdeiros, ante todos os problemas decorrentes do inventário. Para tanto, o instituto pode ser estabelecido de diversas maneiras, destacando-se a elaboração de testamento, doação e *holding*. Ademais, analisa-se, de modo específico que *holding* familiar visa assegurar a proteção patrimonial, bem como, as relações familiares. Deve-se no entanto, observar todas as regras que envolvem esses processos, para que assim, a sucessão ocorra ampla e efetivamente.

**PALAVRAS-CHAVE:** Holdings; Direito das Famílias; Planejamento Sucessório.

### INTRODUÇÃO

Apesar de ainda ser considerado um tabu, a discussão acerca do tema morte é imprescindível, visto que sua ocorrência é uma certeza. Nesse ínterim, fundamental refletir acerca dos acontecimentos que sucedem o falecimento de uma pessoa, salientando-se, in casu, a necessidade da transferência do patrimônio. Para tanto, cabe refletir que todos esses bens foram conquistados durante a vida por meio de um planejamento, logo, evidencia-se a importância de assim proceder quanto à morte.

Nesse contexto, surge o instituto do Planejamento Sucessório, como uma alternativa que visa resguardar, de maneira eficaz, o patrimônio no momento da sucessão. Revela-se a imprescindibilidade de seu estudo para o operador do Direito, posto que abrange diversas searas jurídicas, em especial, as que tratam do Direito Familiar, Sucessório, Tributário e Empresarial.

Diante desse fato, com a pretensão de esclarecer de que forma o planejamento sucessório pode vir a proteger todo o patrimônio, bem como seus envolvidos, analisar-se-á o seu conceito, para em seguida, elucidar a importância de sua adoção e as normas que devem ser observadas. Ainda, revela-se que o planejamento pode ser efetivado de diversas maneiras, entretanto, destaca-se o testamento, a doação e *holding*, logo, será observado como ocorre a transmissão a partir desses meios, atentando-se às regras relacionadas.

<sup>162</sup> Estudante, cursando o nono semestre do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

<sup>163</sup> Professora do Curso de Direito da Universidade da Região de Joinville (UNIVILLE).

Especificamente, será estudado acerca das holdings familiares, a fim de evidenciar a sua aplicabilidade e vantagens.

## 1. INSTITUIÇÃO DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

### 1.1 O que é planejamento sucessório

De acordo com os ensinamentos de Teixeira (2018, p. 35), conceitua-se planejamento sucessório como “o instrumento jurídico que permite a adoção de uma estratégia voltada para a transferência eficaz e eficiente do patrimônio de uma pessoa após a sua morte”. Em seguida, analisa-se que “consiste o planejamento sucessório em um conjunto de atos que visa a operar a transferência e a manutenção organizada e estável do patrimônio do disponente em favor dos seus sucessores” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 404).

Nesta banda, segundo Tartuce e Hironaka (2019, p. 88), o planejamento sucessório realiza-se por meio de atos e negócios jurídicos entre familiares, objetivando estabelecer de que forma o patrimônio será dividido, isso para evitar conflitos e ainda, possibilitar a prevalência da última vontade do autor da herança.

No entanto, com um cunho empresarial, Namur (2007, apud DINIZ, 2019, p. 21), assevera que o planejamento sucessório seria a “organização em vida da divisão do patrimônio entre os herdeiros e o estabelecimento de mecanismos de administração desse patrimônio”.

Para tanto, importante analisar que o objetivo ao realizar-se um planejamento sucessório é, à luz do entendimento de Silva e Rossi (2017, p. 17)

No planejamento sucessório, o objetivo primordial refere-se à antecipação da legítima, com a divisão do patrimônio empresarial e particular em vida pelos patriarcas, visando diminuir os custos sucessórios e colaborar com a manutenção do patrimônio no seio familiar, em especial com a designação de pessoas competentes para a administração perene da sociedade empresária, mesmo que diante do afastamento de seu principal executivo.

Por fim, ante ao exposto evidencia-se que, conforme afirmam Mamede e Mamede (2017, p. 99), o planejamento sucessório é um instituto que visa beneficiar os membros da família, caracterizando-se como um ato de amor.

### 1.2 Importância do planejamento sucessório

Estando esclarecido o conceito de planejamento sucessório, imperioso revelar a importância do instituto. Para tanto, inicialmente, ressalta-se que o tema é importante também para aqueles que cujo patrimônio não seja tão vasto, visto que do mesmo modo há possibilidades de seus herdeiros enfrentarem longas e dolorosas disputas judiciais, o

que é evitado quando a transferência dos bens já está planejada (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 403).

Com base nesse entendimento, Mamede e Mamede (2020, p. 99), alegam ainda que “não se pode esquecer que a morte lança os herdeiros e o patrimônio familiar nas teias burocráticas dos procedimentos de inventário, os quais, por mais competentes que sejam os advogados, podem ser desenrolar por um longo período”.

Logo, nas lições de Silva e Rossi (2017, p. 81), o planejamento sucessório garante que os traumas da sucessão de bens sejam evitados. Nesse sentido, explana-se que mesmo em situações em que não há a disputa entre os herdeiros ou então, dificuldade em gerir de forma eficaz o patrimônio e os negócios da família, o falecimento de uma familiar acarreta, naturalmente, em diversos desafios, portanto, assegura-se que o instituto em debate possibilita que esses sejam evitados, ou então, amenizados (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p. 99)

Desse modo, conforme apontado pelos autores, o instituto, ora discutido, é uma solução para os problemas que decorrem da sucessão. Dentre esses, destaca-se os conflitos familiares, assim elucidado por Silva e Rossi (2017, p. 83), “não é incomum que algum herdeiro particular demonstre insatisfação e discordância quanto aos termos do inventário, desencadeando discussões intermináveis junto ao judiciário”.

A partir desse entendimento, asseveram Mamede e Mamede (2015, p. 8)

Ao concretizar o planejamento da sucessão, está-se afastando o impasse que levaria ao conflito: dá-se previamente a solução para as disputas, os entreveros, as rusgas. O caminho a ser seguido, as equações e suas respectivas soluções são calculados e passam a compor uma engenharia jurídica capaz de concretizar o processo, na mesma toada em que desarmam a carga eminentemente explosiva dos desentendimentos pessoais.

Ademais, evidencia-se os benefícios tributários proporcionados pelo planejamento sucessório. À vista disso, Bona (2018, s.p.), afirma que a escolha pelo instituto em debate permite que seja evitado a incidência do Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) sobre patrimônios doados. De igual modo, esclarecem Araujo, Paulus e Queiroz (2017, apud SILVA; BASTOS, 2019, p. 15)

Ou seja a realização do planejamento tributário traz na realidade a liberdade de ação, algumas alternativas oferecidas pelo ordenamento jurídico, no que se refere às hipóteses existentes de incidência tributária, afim de eliminar ou postergar a obrigação tributária ou reduzir o montante devido.

Na mesma esteira, Tessari, Pinheiro e Moreira (2018, p. 17), apontam que o planejamento sucessório possibilita a aplicação de alternativas que a própria lei permite de modo que a incidência de tributos seja reduzida, ou até mesmo afastada, ou seja, haverá menor oneração fiscal, o que permite melhor aproveitamento do patrimônio pelos herdeiros.

Em seguida, no que tange ao planejamento sucessório no âmbito empresarial, nas lições de Diniz (2019, p. 20), esse “visa garantir a continuidade da atividade empresarial e evitar a dilapidação do patrimônio construído pela empresa familiar”. Nesse contexto, “é possível ainda orquestrar de maneira eficiente a condução da empresa da família [...] a ausência de um planejamento sucessório eficaz pode ocasionar sérios riscos à saúde financeira da sociedade” (SILVA; ROSSI, 2017, p. 82).

Por conseguinte, de modo à consubstanciar o exposto, consoante aos ensinamentos de Diniz (2019, p.21), o planejamento sucessório trata-se de uma oportunidade para que, ante à ocasião de um falecimento, a partilha do patrimônio ocorra de uma maneira facilitada, preservando a integridade das relações familiares e a manutenção da sociedade familiar, além de gerar benefícios na seara econômica, visto que há a diminuição de custos tributários e de transmissão causa mortis.

### 1.3 Aplicação das normas do direito sucessório

Inicialmente, ressalta-se que o planejamento sucessório deve obedecer as normas previstas pelo Direito das Sucessões, o qual, à luz dos ensinamentos de Gagliano e Pamplona Filho (2019, p. 40), tratam da transferência do patrimônio de uma pessoa em razão da sua morte. Nesse ínterim, importante analisar que, da mesma forma que o Estado empenha-se em proteger os interesses econômicos da família durante a vida de seus membros, atenta-se quanto a afeição e ao dever de assistência quando da morte desses (PACHECO, 2018).

Por conseguinte, essa proteção dada pelo Estado aplica-se quando da elaboração do planejamento sucessório, conforme afirmam Hironaka e Tartuce (2019, p. 89)

A primeira regra de ouro do planejamento sucessório é relacionada à proteção da quota dos herdeiros necessários ou reservatários, denominada legítima, e que corresponde, no atual sistema jurídico nacional, a cinquenta por cento do patrimônio do autor da herança (art. 1.846 do Código Civil de 2002).

Consoante ao exposto, resta expor que o artigo 1.845 do Código Civil de 2002 determina que os herdeiros necessários são os descendentes, ascendentes e cônjuges. Portanto, salienta-se que “O que o legislador pretendeu, ao resguardar o direito dessa categoria de herdeiros, foi precisamente dar-lhes maior amparo patrimonial, impedindo que o autor da herança dispusesse totalmente do seu patrimônio” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 44). Nesta banda, leciona Pacheco (2018, p. 144), “A ordem da sucessão legítima obedece à linha e ao grau de parentesco, em que está para o falecido o herdeiro, parentesco esse, que resulta do matrimônio, da consanguinidade ou da adoção”.

Tendo isso em vista, elucida-se que “cada um dos herdeiros tem os mesmos direitos e deveres em relação ao todo, não cabendo a nenhum deles direitos e deveres sobre um

ou mais bens determinados da herança; é esta *universitas iures*” (GONÇALVES, 2020, p. 51)

Nesse ínterim, insta abordar acerca da colação de bens, que como lecionam por Mamede e Mamede (2015, p. 52), é o ato pelo qual os descendentes que receberam alguma doação do autor da herança, quando este em vida, devem obrigatoriamente, informar o valor correspondente, sob pena de sonegação, isso para que o patrimônio seja dividido de maneira igualitária entre todos os herdeiros necessários.

Da mesma forma, importante expor o artigo 426 do Código Civil de 2.002 que veda a celebração de contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva. Dessa forma Hironaka e Tartuce (2019, p. 96) alude que tal norma refere-se ao *pacta corvina*, o qual implica em nulidade absoluta. Por outro lado, Gonçalves (2020, p. 565), esclarece que “A partilha *inter vivos*, feita pelo ascendente sob a forma de doação, pode ser considerada exceção à norma do aludido dispositivo legal, por corresponder à uma sucessão antecipada”.

## 2. INSTRUMENTOS DO PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

### 2.1 Testamento

Em preliminar, insta esclarecer que a escolha do instrumento do planejamento sucessório decorre de uma análise do caminho que se percorrerá, calculando-se as equações a fim de chegar à uma solução que concretize o processo de sucessão (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 08). Destarte, Silva e Rossi (2017, p. 17), ressaltam que “o planejamento está restrito restringe-se às hipóteses previstas e autorizadas pela legislação em vigência”, nesses termos Hironaka e Tartuce (2019, p. 88) apresentam os principais instrumentos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, dos quais destacamos os quais serão abordados no presente trabalho: a constituição de sociedades, caso das *holdings* familiares, para administração e até partilha de bens no futuro; a realização de atos de disposição em vida, como doações – com ou reserva de usufruto –, e post mortem, caso de testamentos, inclusive com as cláusulas restritivas de incomunicabilidade, impenhorabilidade e inalienabilidade.

Primeiramente, será estudado o testamento, o qual Pacheco (2018, p. 221), conceitua como “ato de última vontade, só pode ser exercido em relação à parte excedente da legítima, que pertence de pleno direito aos herdeiros necessários, se houver”. Nesse mesmo sentido, Mamede e Mamede (2015, p. 61), lecionam que, os bens podem ser sucedidos em testamento por toda pessoa capaz, para depois de sua morte, respeitando-se a legítima dos herdeiros necessários, qual seja, a metade do patrimônio, a qual não pode ser incluída no instrumento.

À vista do seu conceito, imprescindível analisar as principais características do testamento, que devem ser respeitadas quando da sua elaboração. Por assim ser, Prado (2013, p. 249), ensina que o testamento



É personalíssimo porque é o próprio disponente quem emite a declaração de vontade, com o intuito de exprimir a forma absoluta de sua vontade pessoal. É gratuito porque os beneficiários contemplados recebem o bem sem ônus correspondente, sem reciprocidade patrimonial. É solene, pois seu fim é garantir o cumprimento da real vontade do testador, razão pela qual é cercado de garantias e formalidades. É revogável porque faculta ao testador, até o momento de sua morte, alterar suas disposições, podendo conceder direitos a sujeitos até então não contemplados. É unilateral porque se torna perfeito com uma única declaração de vontade-aperfeiçoa-se com a manifestação de vontade soberana e livre, bastando para a validade do ato.

Por conseguinte, revela-se que o testamento, ao estabelecer a previamente a distribuição de bens, evita conflitos entre os herdeiros, ainda, no que tange às custas, na maioria dos casos, observa-se a economia proporcionada, visto a incidência de impostos, bem como, as custas necessárias, ademais, ressalta-se que o autor da herança é quem define como e para quem transmitirá seus bens, conforme sua vontade (ALMEIDA et al, 2018, p. 08).

Por outro lado, Hironaka (2017, p. 421), assevera que buscando-se proteger a última vontade do testador, bem como, preservar o negócio jurídico, o legislador elaborou um extenso rol de normas testamentárias, fato este que justifica o baixo número de pessoas que realizam o testamento, já que, caso haja não seja observada alguma norma, acarretará na nulificação do ato.

## 2.2 Doação

Ao tratar de planejamento sucessório, torna-se imprescindível estudar acerca da doação, isso porque, conforme os ensinamentos de Tartuce e Hironaka (2019, p. 101), “Como segundo instrumento tradicional de planejamento sucessório, e talvez o mais utilizado em nosso país na atualidade, destaque-se a doação, ato de liberalidade por excelência”. Oportunamente, ressalta-se que o ato de liberalidade citado é uma marcante característica do instituto, dado que “o ato de doar é algo implícito à pessoa do doador, sem nenhuma contraprestação da outra parte, sendo, via de regra, ato voluntário e espontâneo em favorecer e beneficiar alguém economicamente” (RODRIGUES; MOREIRA, 2020, p. 128). De modo à enfatizar, Lôbo (2018, p. 278), conceitua como “a dimensão jurídica de um dos mais generosos impulsos humanos, voltados a beneficiar ou agraciar outra pessoa, sem pretender nada de volta”.

Neste íterim, expõe-se que a doação é um negócio jurídico no qual o doador transfere seus bens móveis ou imóveis ao donatário (GAGLIANO, 2014, p. 21). Perante isso, constata-se que o instrumento ora abordado é contrato, negócio jurídico bilateral, no qual a obrigação é unilateral, ou seja, apenas para o doador, ainda, é gratuito e causal (Pereira, 2017, p. 03).

Ainda, o instituto prevê a possibilidade de cláusulas a fim de resguardar o doador. Entre elas, destaca-se a de incomunicabilidade, ou seja, o bem não será partilhado entre o herdeiro e seu cônjuge em caso de separação. Há também, a da inalienabilidade, logo, o bem não pode ser vendido até certo momento limite estipulado. Destaca-se ainda, a reserva de usufruto, a qual determina a fruição pelo doador enquanto este estiver em vida. Nesse último caso, no momento da transmissão, o imposto incidirá apenas sobre metade do valor do bem, sendo que a outra parte será devida quando da morte do usufrutuário (FERNANDEZ, 2018, p. 45).

Em seguida, à vista das normas estabelecidas pelo Direito de Família, importante analisar que a doação de ascendente para descendente caracteriza o antecipação da legítima (Código Civil, 1.171). Nesse caso, o descendente beneficiado, deverá, no momento da abertura do processo sucessório, quando o doador vier à falecer, realizar a colação desse bem, isso quer dizer, informar o valor do bem que recebeu, para que se iguale a legítima dos outros herdeiros (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 52).

Neste íterim, cabe esclarecer que caso assim não se proceda, estar-se-á diante de uma fraude, denominando-se doação inoficiosa, sobre a qual Rizzardo (2004, apud SILVEIRA; IBIAS, 2018, p.04), ensina que é “a doação gratuita que ultrapassa a parte que o doador poderia dispor em testamento, realizada no momento da liberalidade, sendo invalida a parte doada além da parte disponível”.

### **2.3 Holding**

O termo holding pode ser traduzido não somente como ato de segurar, deter, mas ainda como domínio, logo, trata-se de sociedades que são titulares de bens e direitos, mantendo-os em seu próprio patrimônio (MAMEDE; MAMEDE, 2020, p.13). No mesmo sentido, Rezende e Oliveira (2019, p. 113) definem que “Tratam-se, portanto, das sociedades que têm como objetivo deter certo patrimônio material ou imaterial”. Por conseguinte, Mamede e Mamede (2015, p. 119), sustentam que a busca pela aplicação do instituto decorre do fato de ser adaptável, visto que

Os bens titularizados por uma holding podem ser os mais diversos, a começar com aquelas que detêm exclusivamente quotas ou ações de outra ou outras sociedades (holding pura), passando pelas que detêm exclusivamente bens imóveis (holding imobiliária), chegando a situações mistas, com contornos e finalidades os mais variados: controlar, administrar, gerir etc.

Destarte, insta destacar que a holding familiar compreende uma empresa cuja finalidade é deter e também participar de outras sociedades que constituem o patrimônio familiar, portanto, pode-se dizer que uma sociedade irá controlar as atividades realizadas por meio dos bens (SILVA; ROSSI, 2017, p. 20). Pelo exposto, evidencia-se que o instituto “terá o

controle do patrimônio de uma ou mais pessoas físicas, que passarão a possuí-la por meio de uma pessoa jurídica (controladora patrimonial) constituída na forma de sociedade”, de acordo com os ensinamentos de Diniz (2019, p. 27). Restando esclarecida a conceituação do instituto, serão abordadas no próximo capítulo os seus principais aspectos.

### 3. IMPLANTAÇÃO DA *HOLDING* FAMILIAR

#### 3.1 Constituição da *holding* familiar

À luz dos ensinamentos de Silva e Rossi (2017, p. 21), a holding familiar é criada “concentrando a gestão dos negócios em uma única estrutura societária, de modo que, por meio dela, também seja possível adotar um planejamento sucessório e tributário, visando à melhor gestão do patrimônio e das finanças da família”. Para tanto, os membros da família deixam de ser titulares dos bens e passam a ser sócios da empresa na qual o patrimônio foi integralizado (MEMEDE; MAMEDE, 2020, p. 178).

Portanto, Marçal e Brito (2020, p. 14), elucidam que pela holding a sucessão familiar se dá pela doação de quotas de participação, a qual pode efetivar-se antes ou após a morte do autor da herança, isso por meio de atos que protejam tanto o patrimônio quanto o doador e o donatário, tais quais cláusulas restritivas.

Em seguida, Mamede e Mamede (2015, p. 120), sustentam que

A holding pode ser uma sociedade simples, com registro em Cartório de Registro de Pessoas Jurídicas, ou uma sociedade empresária, registrada na Junta Comercial, podendo adotar qualquer tipo societário, excluída a sociedade cooperativa, por suas particularidades legais e filosóficas. A escolha da natureza e do tipo societário deve ser feita considerando as particularidades de cada família, seu patrimônio, seus negócios. É uma escolha estratégica, embora orientada por aspectos técnicos que devem ser dominados pelo consultor.

Nessa esteira, esclarece-se que ao constituir uma holding deve ser escolhido o tipo societário, isso, considerando-se a finalidade para qual foi criada em face dos aspectos práticos jurídicos, logo, tratando-se desse instituto destaca-se a sociedade limitada e sociedade anônima (SILVA; ROSSI, 2017, p. 24). Outrossim, Marçal e Brito (2020, p. 09), elucidam a Sociedade por ações não proporcionam tantos benefícios ao instituto em tela, por este ter como intuito a proteção do patrimônio contra terceiros, por outro lado, indicam a escolha pela Sociedade Limitada, já que essa exige menos formalidades.

Destarte, quanto à remuneração dos sócios, destaca-se que “O direito aos dividendos nasce da titularidade das quotas ou ações, ou seja, da participação societária na holding” (MAMEDE; MAMEDE, 2015, p. 125). Sobre o tema, Marçal e Brito (2020, p. 15), asseveram que o autor da herança, ao realizar a doação de quotas para os herdeiros, se torna

usufrutuário das quotas da sociedade, portanto, possui direito tanto aos rendimentos quanto aos dividendos, ainda, diante de uma votação, o voto desse prevalece, resguardando-se assim, seus direitos políticos.

### 3.2 Vantagens da *holding* familiar

Inicialmente, expõe-se que com a constituição da *holding* familiar a empresa é mantida em nome dos herdeiros, facilitando assim, a administração dos bens, bem como a sucessão hereditária (DINIZ, 2019, p.27). Em conformidade, Mamede e Mamede (2020, p. 70), elucidam que a concentração dos bens em uma única empresa acarreta na submissão dos familiares à uma sociedade, portanto, passam a ter que obedecer as regras instituídas acerca das questões patrimoniais e negociais, essas visando o bem coletivo e não individual.

Ademais, imprescindível identificar os objetivos tributários do instituto, já que esse “permite a redução legal da carga tributária das atividades empresariais da família, sem que isso represente qualquer risco fiscal uma vez que o planejamento restringe-se às hipóteses previstas e autorizadas pela legislação em vigência” (SILVA; ROSSI, 2017, p. 17). Perante o exposto, Marçal e Brito (2020, p. 11) exemplificam ainda o fato de que muitos Estados brasileiros possibilitam que, havendo o gravame do usufruto, o pagamento da metade do valor do ITCMD no momento da doação e a outra parte quando o usufruto for extinto.

Revela-se ainda que a *holding* familiar possibilita a proteção do patrimônio contra terceiros, isso pois, à luz dos ensinamentos de Mamede e Mamede (2020, p. 85), nota-se sua eficácia “quando se prepara para enfrentar o risco de ataques de terceiros, resultado das opções de vida tomadas por cada herdeiro, sócio da *holding*, e a possibilidade de, apesar delas, manter o controle societário da(s) sociedade(s) operacional(is)”.

Ante ao exposto, resta claro que “o objetivo primordial dessa ferramenta seja o de facilitar a gestão do patrimônio, estruturar a empresa, planejar o aspecto tributário/fiscal que envolve a atividade e a transmissão do patrimônio e organizar a sucessão” (REZENDE; OLIVEIRA, 2019, p. 119). Por fim, Diniz (2019, p. 28), evidencia que a *holding* familiar proporciona a concentração e o controle dos bens, tornando possível a efetivação de um planejamento sucessório, tal situação beneficia tanto no aspecto psicológico quanto econômico, visto que a família não sofrerá o desgaste do processo de inventário, ainda, haverá uma redução da carga tributária sobre os bens, com a alíquota menor e vantagens quanto à incidência do ITCMD.

## CONCLUSÃO

Ante ao exposto, perfeitamente possível vislumbrar a importância acerca do conhecimento do planejamento sucessório. Isso, tendo em vista que o processo de sucessão, por englobar diversos fatores, torna-se extremamente complexo, além de oneroso e desgastante, colocando em risco a manutenção do bem pelo herdeiro, visto a imposição de altos encargos tributários, ainda, cria um ambiente passível de desentendimentos.

Portanto, o planejamento sucessório surge como uma possibilidade, tão logo, uma necessidade, para proteger todos os envolvidos na sucessão e assim, garantir que ela aconteça de forma plena e efetiva, ao contrário do que ocorre no processo de inventário. Isso porque, ao transmitir o patrimônio adotando um dos meios de planejamento, quer seja, testamento, doação, holding, entre diversos outros, resguarda o herdeiro, ao já estar determinado o que lhe será transmitido, sem a necessidade de desgaste emocional. Assim, como também o próprio patrimônio, visto que haverá uma redução nos valores dos impostos a serem pagos, comparado aos devidos em caso de inventário e ainda, possibilita que esse seja pago de forma gradual. Há que se falar também que, dessa maneira, o autor da herança poderá determinar como seu patrimônio, o qual conquistou ao longo de sua vida, será transmitido, impondo assim, sua vontade.

Em seguida, insta salientar que, apesar das inúmeras vantagens advindas do planejamento sucessório, para sua eficácia, é preciso que ocorra de maneira organizada, obedecendo todas as normas que envolvem o direito de sucessão. Isso, para que as medidas adotadas não se caracterizem fraudes, o que colocaria em risco todo o patrimônio a ser sucedido.

Por fim, compreende-se que a holding familiar é uma das principais formas de planejamento sucessório, destacando-se sua relevância, principalmente, por garantir a diminuição de conflitos familiares, a proteção patrimonial e a redução da carga tributária.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fabiano Souza de *et al.* Constituição de *holding* como instrumento para sucessão familiar. **Revista Contribuciones a las Ciencias Sociales**. p. 08, 2018. Disponível em: <https://www.eumed.net/rev/cccss/2018/06/holding-sucessaofamiliar.html>. Acesso em: 27 nov. 2020;

BONA, André. Entenda a importância do planejamento sucessório. **Portal André Bona**, jul. 2018. Disponível em: <https://andrebona.com.br/entenda-a-importancia-do-planejamento-sucessorio/>. Acesso em: 20 set. 2020;

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm). Acesso em: 30 nov. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 878.694/MG. Relator: Ministro Roberto Barroso, julgado em 10/05/2017. **Superior Tribunal Federal**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4744004>. Acesso em 01 dez. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Recurso extraordinário nº 646.721/RS. Relator: Ministro Marco Aurélio, julgado em 30/11/2018. **Superior Tribunal Federal**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069>. Acesso em 01 dez. 2020.

DINIZ, Maria Helena.  *Holding: Uma Solução Viável Para A Proteção Do Patrimônio Familiar*. **Revista Argumentum**, Marília, v. 20, n. 1, p. 17-34, 2019. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/1111/709>. Acesso em: 09 set. 2020.

FERNANDEZ, Fernando Teodoro Brandariz. **Planejamento sucessório e patrimonial internacional**. São Paulo: Sodepe, 2018. Disponível em: [http://mingronebrandariz.com.br/livros/planejamento\\_sucessorio.pdf](http://mingronebrandariz.com.br/livros/planejamento_sucessorio.pdf). Acesso em: 01 dez. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **O contrato de doação: análise crítica do atual sistema jurídico e os seus efeitos no Direito de Família e das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502224339/cfi/4!4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 29 nov. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. v. 7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553609550/cfi/404!4/4@0.00:20.0>. Acesso em: 20 set. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das sucessões**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 7. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616015/cfi/3!4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 04 out. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil: Direito de família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, v. 2. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619665/cfi/1!4/4@000:0.00>. Acesso em: 02 dez. 2020.

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. *Metodologia científica da pesquisa jurídica*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011760/>. Acesso em: 30 out. 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *A forma como foi disciplinada a sucessão testamentária em nosso país é um obstáculo para a maior utilização do ato de última vontade no Brasil?* **Revista Jurídica Luso-Brasileira**. v.1, p. 413-422, 2017. Disponível em: <http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/1/20170104130422.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2020.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. Planejamento Sucessório: Conceito, Mecanismos E Limitações. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v.21, p. 87-109, 2019. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/466>. Acesso em: 28 ago. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 03. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547229146/cfi/4!4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 30 nov. 2020.

MADALENO, Rolf. Planejamento sucessório. **Ibdfam**. Disponível em: <https://www.ibdfam.org.br/assets/upload/anais/299.pdf>. Acesso em: 01 dez. 2020.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta.  **Holding Familiar e suas Vantagens: planejamento jurídico e econômico do patrimônio e da sucessão familiar**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025354/>. Acesso em: 27 ago. 2020.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda Cotta. **Planejamento sucessório: introdução à arquitetura estratégica – patrimonial e empresarial – com vista à sucessão causa mortis**. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597000108/>. Acesso em: 27 ago. 2020.

MARÇAL, Alba Karoline; BRITO, Leandro de Carvalho de.  *Holding Familiar: Uma Alternativa De Planejamento Tributário E Sucessório*. **Caderno de Administração - Revista do Departamento de Administração da FEA**. v. 4, n. 2, p. 1-26, 2020. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/caadm/article/view/47203/32499>. Acesso em: 28 ago. 2020.

PACHECO, José da Silva. **Inventários e partilhas: na sucessão legítima e testamentária**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530977436/cfi/6/10!4/2/4@0:0>. Acesso em: 12 nov. 2020.

PEREIRA, Rodrigo Serra. Do planejamento sucessório: uma breve análise da doação de ascendente para descendente. **Revista dos Tribunais Online**. v. 13, n. 13, p. 349 – 371, 2017. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6463939>. Acesso em: 30 nov. 2020.

RODRIGUES, Alessandra Yadein; MOREIRA, Thiago Rodrigues. Doação E Sucessão: Institutos Que Impedem A Reversão Do Bem Ao Doador Que Sobreviver Ao Donatário. *In: VASCONCELOS, Adaylson Wagner Sousa (org.). Direito em movimento: saberes transformadores da sociedade contemporânea*. 2. ed. Ponta Grossa: Atena, 2020. Disponível em: <https://www.finersistemas.com/atenaaeditora/index.php/admin/api/artigoPDF/40233>. Acesso em: 29 nov. 2020.

SILVA, Bruna Rodrigues da; BASTOS, Wellington Gomes da Silva. Aspectos gerais sobre a *holding* familiar no planejamento sucessório. *Revista Miríade Científica*, v. 4, n. 1, p. 1-23, 2019. Disponível em: <https://faculdadecuiaba.com.br/revista/index.php/miriadecientifica/article/view/51/46>. Acesso em 20 set. 2020.

SILVA, Fabio Pereira da; ROSSI, Alexandre Alves. *Holding familiar: visão jurídica do planejamento societário, sucessório e tributário*. 2 ed. São Paulo: Trevisan Editora, 2017. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595450028/>. Acesso em: 27 ago. 2020.

SILVEIRA, Diego Oliveira; IBIAS, Delma Silveira. Sucessões e as consequências das doações inoficiosas. *Ibiasesilveira*, 2018. Disponível em: <http://ibiasesilveira.adv.br/wpcontent/uploads/2018/07/Sucessoeseasconsequenciasdasdoacoesinoficiosas-Diego-Silveira-e-Delma-Ibias.pdf>. Acesso em: 30 nov. 2020.

TEIXEIRA, Daniele. **Noções prévias do direito das sucessões**: sociedade, funcionalização e planejamento sucessório. In: TEIXEIRA, Daniele Chaves (Coord.). *Arquitetura do planejamento sucessório*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

TESSARI, Cláudio; PINHEIRO, Camila B. N.; MOREIRA, Fernanda da Rosa. *Holding* familiar: uma alternativa segura de proteção patrimonial, planejamento sucessório e tributário. *Revista Síntese Direito de Família*. v. 19, n. 107, p. 9-26, Abr.-Mai./ 2018. Disponível em: <http://ctessari.adv.br/wp-content/uploads/2016/09/artigo-19.pdf>. Acesso em: 20 set. 2020.



## CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA ARBITRAL NOS CONTRATOS DAS EMPRESAS, SOB A ÓTICA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Natalia Fernandes<sup>164</sup>

Jani Floriano<sup>165</sup>

**RESUMO:** O artigo trata sobre a cláusula compromissória arbitral nos contratos das empresas, sob a ótica dos Custos de Transação. O tema aborda como a cláusula arbitral nos contratos das empresas, faz com que as mesmas mantenham o controle do processo, não dependendo de laudos ou sentenças que, muitas vezes, não satisfazem os interesses das partes em conflito. No Brasil, como o sistema judiciário trás uma quantia significativa as contas do governo, conseqüentemente, quanto mais processos jurídicos forem realizados no Brasil, maior será o custo para o governo e para as empresas que utilizar o processo jurídico convencional, além do longo tempo para a sentença final. Com a utilização da cláusula compromissória arbitral nos contratos, as partes que entrarem em litígio, terão a possibilidade imediata de submeter-se ao meio de resolução de conflito extrajudicial: a arbitragem. O objetivo deste trabalho consiste em demonstrar através da ótica da Teoria dos Custos de Transação (TCT), juntamente com dados coletados das câmaras de arbitragens, como a cláusula arbitral nos contratos das empresas podem reduzir os custos de transação. A metodologia utilizada é qualitativa, do tipo bibliográfica. O método é dedutivo com nível de aprofundamento descritivo. Como resultado, esta pesquisa demonstra as vantagens da utilização da cláusula arbitral nos contratos das empresas e como isso pode reduzir os custos de transação.

**PALAVRAS-CHAVE:** Custos de Transação; Cláusula Arbitral; Processos Extrajudiciais; Direito Empresarial.

### INTRODUÇÃO

No Brasil, o sistema judiciário traz números altíssimos as contas do governo, pois o acesso à justiça é sob os auspícios do Estado. E, perante a lei, o sistema tem que se apresentar igualmente acessível a todos. Segundo Santana (2018) o Estado há de produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Assim, conseqüentemente, quanto mais processos fora realizado no Brasil, maior será o custo para o governo e para as empresas que utilizar o processo jurídico convencional. De acordo com Brasil (2015) em sua Lei Federal n. 13.140/15, ela sofreu alterações com intuito de desafogar o judiciário e ajudar no combate a morosidade da justiça. Para Pedroso (2018) essas mudanças fazem com que as ações onde não haja litígio possam ser

---

<sup>164</sup> Acadêmica do Curso de Ciências Econômicas da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE – natfer11@hotmail.com

<sup>165</sup> Economista, doutora em Educação e professora da Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE – jani.floriano@gmail.com

resolvidas extrajudicialmente e que a todos no âmbito judicial, são assegurados na duração do processo e nos meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Os procedimentos extrajudiciais tratam-se, segundo Bergamaschi (2015), de técnicas consensuais voluntárias de resolução de conflitos de interesses entre pessoas físicas e/ou jurídicas, na qual são utilizados métodos psicológicos para que uma terceira pessoa, estranha ao fato, denominada mediadora/arbitra/negociadora, participe do diálogo entre as partes litigantes para orientá-las sobre qual seria a melhor forma de solução do litígio, ajudando-as a analisar o real interesse que está originando o litígio e a impossibilidade de acordo entre elas.

Em tese, os procedimentos extrajudiciais, são bem-sucedidos em técnica de soluções de conflitos, pois com eles as empresas mantêm o controle do processo, não dependendo de laudos ou sentenças que nem sempre satisfazem os interesses das partes. Afinal, o processo só inicia se ambas as partes aceitarem iniciá-lo. Os processos podem ser divididos em 4 (quatro) modalidades: arbitragem, conciliação, mediação e negociação. O mais utilizados pelas empresas atualmente, é a arbitragem e apesar de ser um meio privado de solução de conflitos, ela só poderá ser utilizada para resolver problemas jurídicos sem a participação do Poder Judiciário, e só ocorrerá se ambas as partes aceitarem participar dela (BARROSO, 2015).

Em conformidade com as lições de Kornhauser (1984), a análise econômica do Direito parte de duas premissas: a primeira, de que o direito tem a capacidade, e tem por objetivo, influenciar a conduta dos indivíduos; e a segunda, de que essa influência é de caráter econômico. O direito e a economia possuem diferenças, entretanto, a relação entre as disciplinas pode ser visualizada em diversas questões, pois os sistemas jurídicos ocasionam reflexos nos fatores que determinam o desempenho econômico.

A utilização da arbitragem cresce e ganha cada vez mais uma grande repercussão entre as empresas, pois utilizando a cláusula do compromisso arbitral nos contratos, ocorre redução de custos judiciais, preservação do nome e da imagem institucional, traz novas possibilidades de recuperação de relações comerciais etc (PARIZE, 2018).

Diante do que foi apresentado, a questão de pesquisa surge da necessidade de investigar: como a utilização da cláusula compromissória arbitral pode reduzir os Custos de Transação dentro das empresas?

Dentre as hipóteses pode-se elencar o fato de que as empresas gastam elevadas somas com demandas judiciais e muitas vezes, desconhecem as novas possibilidades proporcionadas por lei e o quanto podem ser benéficas, notadamente no que se refere a arbitragem. Além de que, utilizando-a, as empresas que estão em litígio poderão reatar relações comerciais e não desintegrar a imagem institucional. Dessa forma, o presente trabalho tem como objetivo demonstrar como a cláusula compromissória arbitral nos contratos das empresas pode reduzir os Custos de Transação. Pois, através da utilização da cláusula, as empresas poderão adquirir agilidade nos processos; os acordos tornam-se

mais simples, flexíveis e adaptados à cada caso, enquanto os tribunais são obrigados a seguir rigorosamente a sistemática do Código de Processo Civil. E no geral, as empresas que são adeptas as cláusulas arbitrais em contratos, conseguem reduzir custos monetários, e devido a redução do tempo hábil em cima dos processos.

## 1. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

As empresas são estruturadas e organizadas para atuarem no mercado com objetivo de diminuir seus custos de transações, internalizando atividades que possam obter a um custo inferior no mercado e assim, tornarem-se mais competitivas. A primeira abrangência da TCT foi através das contribuições de Ronald Coase em seu clássico artigo “The Nature of the Firm”, de 1937, onde integrou elementos institucionais da economia capitalista à teoria econômica tradicional. Os estudos foram motivados por um questionamento fundamental não respondido pela teoria neoclássica. Tratava-se das razões pelas quais a empresa internaliza atividades que poderia obter a um custo inferior no mercado, supondo a existência de ganhos de eficiência provenientes da divisão do trabalho (COASE, 1937).

As empresas crescem mais enquanto for mais barato racionalizar os custos de transação de um determinado produto internamente do que do que adquiri-lo diretamente no mercado (COASE, 1937). Entre as diferentes técnicas utilizadas pelos negociadores no mercado, alguns serviços ganham relevância considerável, como particularmente, as atividades de informações e conhecimentos (SZTAJN, 2004). Já as empresas mais modernas visualizam um conjunto de contratos entre agentes especializados que trocarão informações e serviços entre si, de modo a facilitar o processo para todos os envolvidos (KON, 2016).

Para Kon (2018) a atuação dos agentes, é motivada por menores custos de transação possíveis, pois a relação contratual exige certa coordenação. O uso de contratos facilita a negociação e pode reduzir custos na maioria das vezes. Por outro lado, os custos de transação podem acarretar prejuízos para as partes envolvidas, como por exemplo, se uma empresa não conseguiu obter o serviço que precisava e a outra empresa, prestadora de serviços, não conseguiu obter a remuneração pelo serviço prestado, como efeito indireto, os rendimentos monetários da empresa contratante serão menores.

Em busca de analisar as características da TCT, Sarto; Almeida (2015) especificaram três itens de suma importância: (i) a frequência, (ii) o grau de incerteza subjacente e (iii) a especificidade do ativo envolvido. O primeiro aspecto, a frequência transacional, resulta em uma tendência ao desenvolvimento de instituições mais sofisticadas para interações de maior recorrência, uma vez que a exposição das partes à incerteza e aos custos de transação daí decorrentes se fazem maiores, o que leva à utilização de arranjos contratuais mais abrangentes. Ao contrário, interações menos frequentes incentivam relações institucionais de menor complexidade.

A segunda análise, sobre a incerteza, diz respeito ao grau de confiança dos agentes em sua capacidade para antecipar acontecimentos futuros. Esta variável é influenciada por diversos fatores como a instabilidade do sistema econômico, os supostos comportamentais e as demais características das transações, conduz os agentes a relações contratuais de maior complexidade na medida em que se faz mais intensa a incerteza que permeia a transação (SARTO; ALMEIDA, 2015)

E por último, a especificidade do ativo envolvido, que se refere ao grau em que determinada transação exige ativos especializados que não podem ser reempregados para usos alternativos ou por outros agentes, em caso de interrupções ou encerramentos contratuais prematuros, sem que haja perda de sua capacidade ou valor produtivo (SARTO; ALMEIDA, 2015).

Tais especificidades apresentam-se em diversos aspectos, como a localidade, em que há a aproximação entre os estágios suscetíveis da transação; o capital físico que liga-se a instalações necessárias para o sistema produtivo; capital humano, sendo a execução de processos particulares demanda recursos humanos mais específicos; ativos dedicados, que são ligados à necessidade de investimento para transacionar com um agente; marca, referente à importância que a imagem da marca do agente possui no mercado; e temporal, quando o tempo envolvido no desenrolar da transação pode implicar em perda de valores transacionados (SARTO; ALMEIDA, 2015).

A arbitragem é um meio alternativo de resolução de conflitos, resultante da vontade das partes envolvidas, seja pessoa física ou jurídica, que escolhem os árbitros para serem os “juízes” no litígio que estará em questão (MONREAL, 2014).

No Direito brasileiro, o juízo arbitral, objeto da Lei nº 9.307/96, é delineado da seguinte forma: “a) convenção de arbitragem (compromisso entre as partes ou cláusula compromissória inserida em contrato - art. 3º); b) limitação aos litígios relativos aos direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º); c) capacidade das partes (art. 1º); d) possibilidade de escolherem as partes as regras de direito material a serem aplicadas na arbitragem, sendo ainda admitido convencionar que está se realize com base nos princípios gerais de direito, usos e costumes e nas regras internacionais do comércio (art. 2º, §§ 2º e 3º); e) desnecessidade de homologação judicial da sentença arbitral (art. 31); f) atribuição a esta dos mesmos efeitos, entre partes, dos julgados proferidos pelo Poder Judiciário (valendo inclusive como título executivo, se for condenatória – art. 31); g) possibilidade de reconhecimento e execução de sentenças arbitrais produzidas no exterior (art. 34 e seguintes) (MONREAL, 2014, p. 05)

Sendo assim, as transações que envolvem ativos altamente específicos determinam uma relação de dependência mútua entre as partes, sendo o rompimento contratual desvantajoso para ambos. Isso estimula o desenvolvimento de complexas instituições e proteção contratuais que sustentem a integridade das transações e a maior duração dos contratos.

## 1.1 Teoria dos Custos de Transação nas relações jurisdicionais

Na prestação jurisdicional estatal e convencional, o tempo de espera por uma decisão definitiva gera alto custo para as partes, que ficam de mãos atadas sobre os bens ou direitos durante todo o processo até que o efetivo cumprimento da decisão seja julgado. Quando se compara à prestação jurisdicional estatal, através do uso da arbitragem pode-se reduzir os custos de transação da prestação jurisdicional, devido a agilidade de que ela é concluída. O procedimento arbitral não está sujeito à rigidez dos processos judiciais convencionais, não se submete ao regime duradouro de recursos a instâncias, e os árbitros, contam com a infraestrutura necessária para que suas decisões sejam tomadas com grande rapidez (PUGLIESE; SALAMA, 2008)

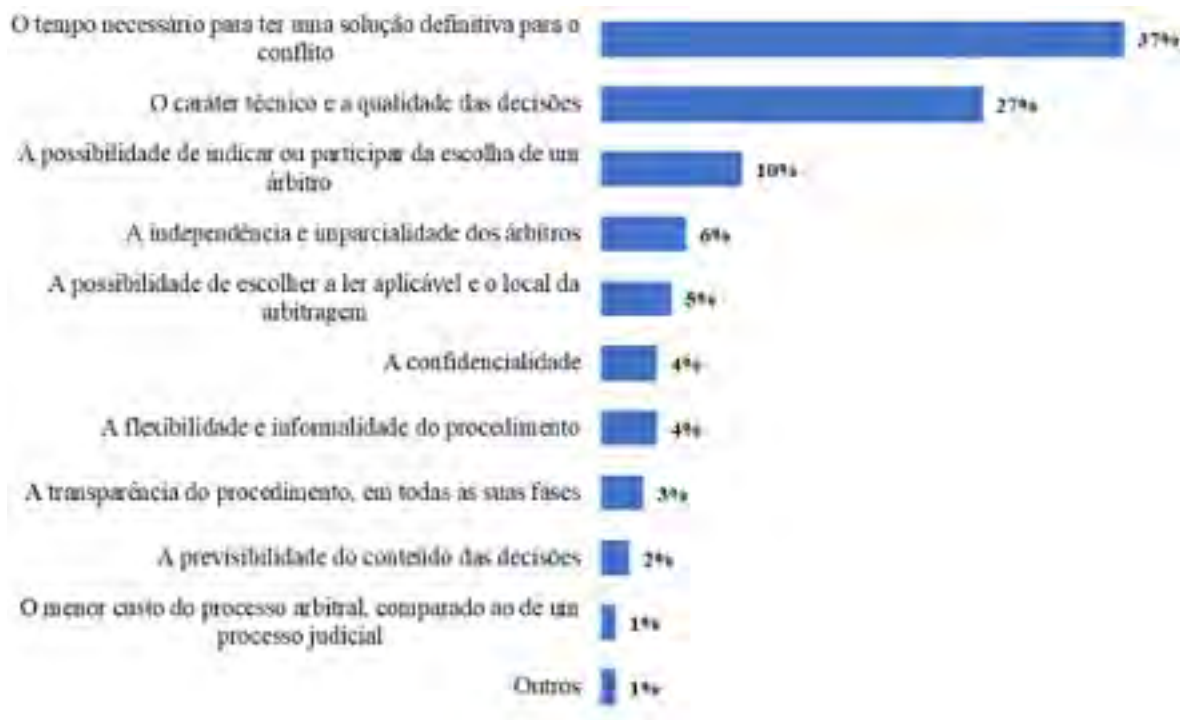
Na questão jurídica-econômica, as principais razões para inserir a cláusula arbitral nos contratos podem ser definidas através da TCT:

Um exemplo clássico de custos de transação diz respeito aos custos relacionados à solução de eventuais conflitos decorrentes de uma relação contratual. Quando analisa a conveniência e a oportunidade de celebração de um contrato, o indivíduo leva em consideração, entre outros fatores, os custos (a) de monitoramento do cumprimento do contrato pela outra parte e (b) a eficácia dos remédios oferecidos pela lei e pelo contrato para o caso de inadimplemento das obrigações assumidas. Quanto maiores os custos, menor o interesse do indivíduo em tomar parte no negócio jurídico (PUGLIESE; SALAMA, 2008, p. 19).

Contudo, de acordo com Pugliase; Salama (2008) a arbitragem poderá reduzir os custos de transação relacionados à prestação jurisdicional. Em consequência, a arbitragem poderá favorecer o estabelecimento de um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento de contratos, maximizando os ganhos na relação comercial entre as partes. Do ponto de vista econômico, a arbitragem pode ser entendida como uma oferta de modelo de solução de controvérsias e/ou litígios que compete com o modelo estatal de jurisdição. A competição pela atividade da arbitragem ocorre através de árbitros e câmaras de arbitragem, que poderão ser escolhidos de acordo com a localização geográfica das partes envolvidas (BRASIL, 2007).

A CBAR (2018) realizou uma pesquisa com a opinião de diversos membros de departamentos jurídicos de empresas e câmaras arbitrais. No total foram 158 entrevistados, dentre eles: advogados externos e internos, árbitros e representantes de câmaras de arbitragens. Os convidados apontaram quais seriam as principais vantagens concretas da arbitragem, quando comparada ao processo judicial, como se observa no gráfico 1.

A maioria dos entrevistados (37% das respostas) notificou que a arbitragem é vantajosa no quesito tempo, para ter uma solução definitiva para o conflito, seguido do caráter técnico e a qualidade das decisões (27% das respostas).

**Gráfico 1:** Vantagens da Utilização da Arbitragem

Fonte: CBAR (2018).

Nesse sentido, demonstra-se que ao adotar mecanismos que possam reduzir os custos de transação, como a cláusula compromissória arbitral em contratos, faz com que as empresas se tornem mais competitivas e cresçam mais, enquanto for mais barato racionalizar os custos de transação, ainda que, como demonstrado acima, há inúmeras outras vantagens na utilização da arbitragem.

## 1.2 Cláusula compromissória arbitral

A cláusula compromissória arbitral é onde as partes, sejam elas pessoas físicas ou jurídicas, determinam que as disputas e litígios relativos a um contrato, serão resolvidas através do uso da arbitragem, como explica Viola (2015). Diante disso, há duas denominações para a cláusula arbitral, a vazia e a cheia.

A vazia refere-se a uma cláusula que somente determina que as disputas surgidas em razão do contrato serão resolvidas por arbitragem, mas não faz referência expressa às regras que conduzirão tal arbitragem. Se as partes não concordarem quanto às regras da arbitragem, é facultado às partes que solicite ao Poder Judiciário que determine sobre a constituição do compromisso arbitral. A Cláusula Compromissória cheia é aquela que de forma expressa faz referência às regras que conduzirão eventual procedimento arbitral surgido do contrato. Essa cláusula pode indicar uma câmara arbitral e seu regulamento ou regras particulares para guiar a resolução de eventual conflito. A ausência da parte regularmente convocada ou sua discordância em firmar o compromisso arbitral não evita o início do procedimento arbitral e a solução da controvérsia através da arbitragem (VIOLA, 2015, S/P).

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) está reforçando a validade da cláusula arbitral em contratos. Em um acontecimento regido pela ministra Maria Isabel Gallotti do STJ, a mesma, reconheceu, em uma decisão monocrática<sup>166</sup>, a validade de cláusula compromissória de arbitragem inserida em contrato de adesão, em relação de consumo de compra e venda de um imóvel. Na ação, o condomínio em questão (autor da ação), tentou anular em juízo a cláusula arbitral que havia imposto a obrigação de que qualquer divergência dos reparos realizados pela construtora no edifício deveria ser submetida a arbitragem. Na decisão final, a ministra Maria Isabel entendeu que o acordo recorrido está em perfeita harmonia com a jurisprudência pelo STJ, no sentido de que a convenção de arbitragem (cláusula compromissória arbitral) é bastante e suficiente a afastar a jurisdição estatal (COELHO, 2018, S/P).

Contudo, na ótica de Poletto; Possamai (2019) a cláusula arbitral pode solucionar inúmeros conflitos, em especial, os empresariais. O próprio mercado torna-se um incentivador dos procedimentos arbitrais, devido a sua característica de celeridade quando contrastado ao Poder Judiciário brasileiro. Em especial, como visto nos exemplos anteriores, os mercados de capitais demonstraram grande apreço pelos avanços nacionais no que se diz a arbitragem, com uma expansão de câmaras arbitrais e árbitros especializados em conflitos empresariais. “A B3, neste aspecto, cobra das empresas que aderem a seus diferentes níveis de governança corporativa a previsão de arbitragem para solução de controvérsias” (POLETTTO; POSSAMAI, s/p, 2019).

### 1.3 Arbitragem no Brasil

A arbitragem está inserida na estruturação do Brasil desde a colonização portuguesa

[...]sendo que a Constituição Imperial, expressamente, previa o Juízo Arbitral, no seu artigo 160. No Código Comercial de 1850, que teve parte revogada pela Lei 10.406/02, veio à tona com alguns artigos que estabeleciam o arbitramento como obrigatório, disso sendo exemplo, o seu artigo 294, que previa expressamente, e em caráter obrigatório que o juízo arbitral nas causas entre sócios e sociedades comerciais, durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha (MATTOS, 2001, p. 115).

No Direito Internacional, foi aplicada principalmente nos contratos de navegação. Assim, para não ferir o cenário internacional, o Brasil aderiu ao Protocolo de Genebra de 1923, reconhecendo em seu ordenamento jurídico interno pelo Decreto nº 21.187/32, a validade de compromissos ou cláusulas compromissórias, pelos quais os Estados (ou partes) se obriga, contratualmente, em matéria comercial ou outra suscetível de ser resolvida mediante arbitragem, a submeter suas divergências ao juízo de árbitros, ainda que a arbitragem se verifique em um país de jurisdição diferente.

---

<sup>166</sup> Decisão monocrática consiste em decisão proferida por um único magistrado, de qualquer instância ou tribunal. Contrapõe-se às decisões colegiadas, típicas de casos em que o pedido jurisdicional esteja em fase de recurso.

A Lei nº 9.307/96, alterou profundamente o instituto da arbitragem no Brasil. Em 2015, após anos de discussão, foi sancionada pela Presidência da República a lei nº 13.129/15, que reforma a lei de arbitragem, trazendo consigo uma série de novidades que modernizaram o instituto.

## 2. METODOLOGIA

Para o desenvolvimento da pesquisa, tem-se como método o dedutivo, que por definição “é um conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos adotados para atingir uma linha de conhecimento” (PRODANOV, 2013). A pesquisa envolverá variáveis dedutivas relacionadas ao direito, economia e assuntos no que se diz respeito a parte da cláusula arbitral nos contratos das empresas.

Trata-se de uma pesquisa do tipo bibliográfica, em que serão analisadas as referências a respeito da TCT e arbitragem no meio empresarial. A consulta foi realizada em artigos científicos, jornais, livros e na Web. Como no Brasil, a arbitragem é um meio extrajudicial considerado “moderno”, nos últimos anos devido a sua grande repercussão, novas áreas estão sendo exploradas e novos estudos são documentados e compartilhados a sociedade.

Por fim, a pesquisa é explicativa, pois demonstra as relações causais entre as variáveis abordadas no que diz respeito a arbitragem, cláusula arbitral e contratos. No estudo será utilizado como base, dados da utilização da cláusula compromissória no ramo empresarial, identificando, posteriormente, os fatores contribuintes para quem as utiliza.

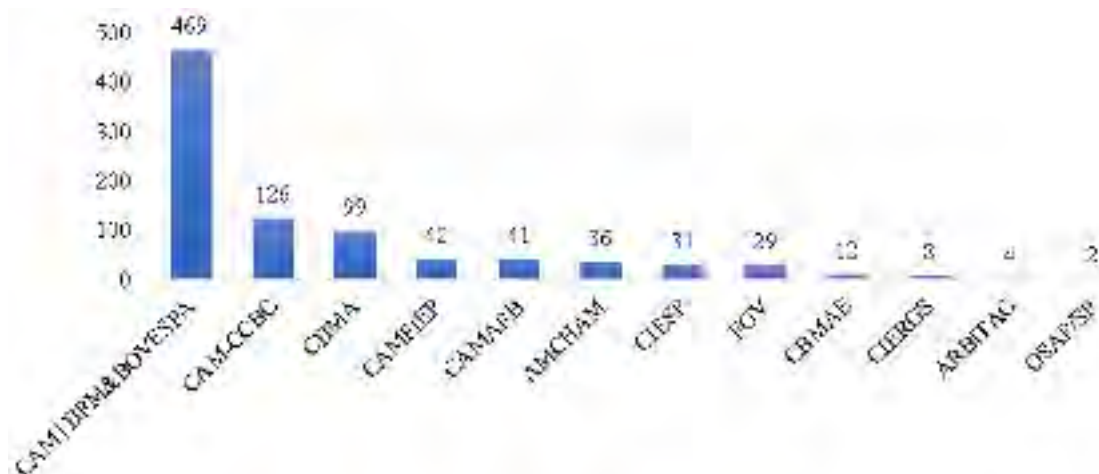
## 3 TEORIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO (TCT) E ARBITRAGEM NO BRASIL

Através da segunda edição do Anuário da Arbitragem no Brasil fornecido pelo Centro de Estudo das Sociedades de Advogados (CESA) publicado no ano de 2017, é possível identificar informações sobre algumas instituições de arbitragens brasileiras, constatando inferências importantes sobre os procedimentos arbitrais relacionados ao cenário brasileiro. Os resultados obtidos foram:

(i) crescimento inequívoco do número de casos, com 919 arbitragens em andamento com elementos de conexão com a jurisdição brasileira; (ii) 455 procedimentos relacionados ao Brasil foram iniciados; (iii) 13% dos procedimentos foram submetidos a árbitro único; (iv) 94 procedimentos arbitrais envolveram ou envolvem entes da administração pública; (v) em raríssimas ocasiões houve a aplicação de lei estrangeira ao mérito das disputas; (vi) os principais temas discutidos nas arbitragens administradas pelas instituições participantes da pesquisa foram disputas societárias e controvérsias atreladas a contratos de construção e/ou projetos de infraestrutura; e (vii) houve um crescimento no número de cartas arbitrais expedidas pelas instituições participantes (CESA, 2017, p. 03).

O mesmo centro, informou o valor médio envolvidos nas arbitragens que estavam em desenvolvimento no ano de 2017.



**Gráfico 2:** Valor médio das arbitragens realizadas no ano de 2017 (Em milhões de R\$)

Fonte: Anuário da Arbitragem no Brasil (2017).

Observa-se no Gráfico 2, que a CAM|BM&FBOVESPA (Bolsa de Valores) movimentou cerca de R\$469 milhões em 2017, seguindo por R\$126 milhões da CAM-CCBC (Centro de Arbitragem Brasil-Canadá) e R\$99 milhões da CBMA (Centro Brasileiro de Mediação e Arbitragem). No total, em 2017 foram movimentados mais de R\$800 milhões, de acordo com o Anuário da Arbitragem no Brasil.

Em pesquisa, Lemes (2017) esclarece informações referentes a evolução da arbitragem em algumas câmaras<sup>167</sup> no período de 2010 a 2016.

Em 2010, o número de arbitragens nas câmaras pesquisadas era de 128 novos casos. Em 2016, foram 249 novas arbitragens, o que representa um aumento de quase 95% no número de procedimentos novos entrantes. No período de 7 anos (2010-2016) o número de arbitragens nas seis Câmaras pesquisadas atingiu o patamar de 1292 casos novos entrantes. Desse total verifica-se que: CCBC respondeu por 44,11%, CAM-CIESP/FIESP com 22% dos casos e, em terceiro lugar, CAM/FGV com quase 12% das arbitragens entrantes no período. No ano de 2016, tramitam nas Câmaras indicadas o total de 609 procedimentos arbitrais (novos e antigos), sendo que 44% desse número estava em processamento na CCBC e 17,41 % na CAM-CIESP/FIESP. Em terceiro lugar no número de casos processados está a CAM/FGV com 16,26% daquele percentual e, em quarto lugar a CAMARB com 11,49%. (LEMES, 2017, p. 01).

Comparando o ano de 2015 com 2016, houve 222 (duzentos e vinte e dois) casos novos, no ano seguinte, subiu para 249 (duzentos e quarenta e nove). Houve um aumento de cerca de 12% de casos novos, o que reflete diretamente no aumento dos valores envolvidos em arbitragens. Já no ano de 2010,

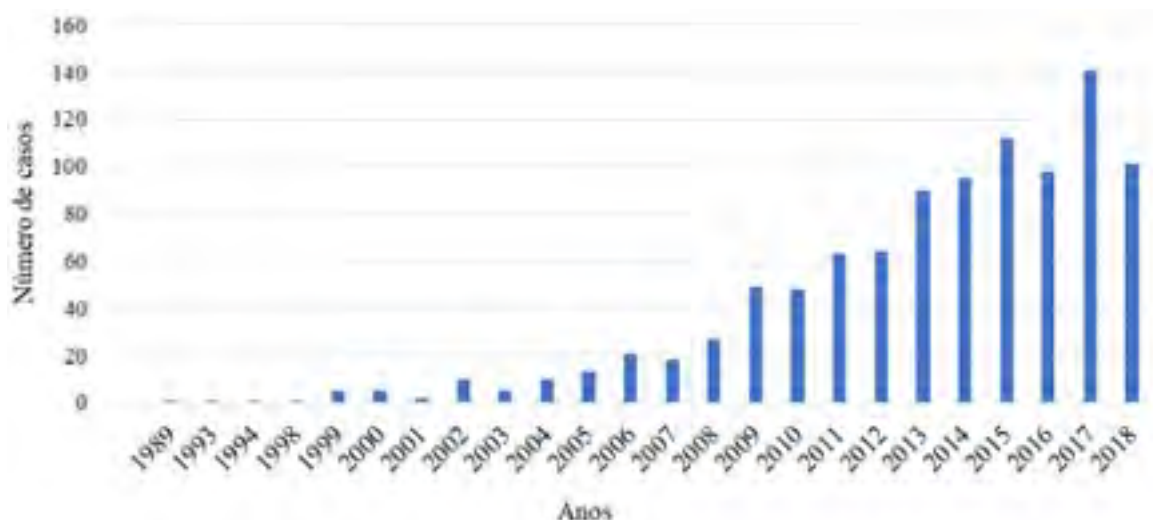
<sup>167</sup> Câmaras em São Paulo: Centro de Arbitragem da AMCHAM; Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC); Câmara de Mediação, Conciliação e Arbitragem de São Paulo - CIESP/FIESP (CAM-CIESP/FIESP); Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM-BM&FBOVESPA). No Rio de Janeiro: Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM- FGV). E por fim, em Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem Empresarial- Brasil (CAMARB).

Os valores envolvidos em arbitragem Câmaras pesquisadas eram de R\$2,8 bilhões e em 2016 atingiram R\$24,27 bilhões. Afere-se que os valores envolvidos em arbitragens aumentaram exponencialmente (quase 9 vezes). Nesse período de sete anos o total de valores envolvidos nas 6 Câmaras indicadas representaram mais de R\$62 bilhões (R\$62.578.807.156,62). Já comparando os valores envolvidos em arbitragens entre 2015 (R\$10.726.923.177,31) e 2016 (R\$24.273.202.036,76), verifica-se que os valores mais que dobraram, sinalizando que os novos conflitos se referem a contratos de grande porte. O CAM-CCBC respondeu com mais de 57,10% do valor total das quantias envolvidas em arbitragem em 2016. Em seguida está a CAMARB com quase 13% e, em terceiro lugar a Câmara da FGV com quase 9% (LEMES, 2017, p. 02).

Na CAM-CCBC, em 2016, 50% dos casos referiram-se a matérias societárias (acordo de acionistas, parcerias societárias etc.). Em segundo lugar estão os conflitos decorrentes de contratos empresariais, no percentual de quase de 23%. Na CAM-CIESP/FIESP, 25% se referem a conflitos oriundos de contratos de fornecimento de bens e serviços, seguido de conflitos empresariais em geral, no percentual 23% dos casos. No Centro da AMCHAM em 2016, 38% se referem a contratos empresariais e, em segundo lugar, contratos de fornecimento de bens e serviços no percentual de quase 30%. Na CAM-BOVESPA 89% das arbitragens referem-se a matérias societárias e 11 % de contratos de fornecimento de bens e serviços. Na CAM-FGV não houve o fornecimento de percentuais. Em relação a duração das arbitragens, em média, os processos nas 5 (cinco) câmaras (AMCHAM, CAMARB, CAM-CIESP/FIESP, CAM-CCBC e CAM/BOVESPA) foi de 19 (dezenove) meses (LEMES, 2017)

A CAM-CCBC fornece uma série histórica que possibilita a visualização como um todo no que se refere a procedimentos arbitrais, desde a sua fundação em 1989.

**Gráfico 3:** Série Histórica de Procedimentos Arbitrais (CAM-CCBC)



Fonte: CAM-CCBC (2018).

No Gráfico 3 visualiza-se o crescimento de procedimentos que envolve a arbitragem, entre os anos de 1989 a 2018. Nota-se que o crescimento considerável iniciou no ano de

2009, com mais de 40 (quarenta) procedimentos arbitrais realizados. Em 2016, houve uma queda para menos de 100 (cem) procedimentos. Mas, em 2017 houve a retomada, com cerca de 140 (cento e quarenta) procedimentos.

Partindo do princípio que a TCT são os custos totais associados a uma transação que executa no mínimo do preço possível, o uso da arbitragem, mesmo tendo seu valor de contratação relativamente alto, ainda assim, consegue reduzir os custos de transação e otimizar o processo de decisão final do litígio de maneira mais rápida e eficiente. Enquanto for mais barato racionaliza os custos de transação, as empresas crescerão. E, com o uso da cláusula arbitral em contratos, a negociação entre a empresa e o cliente pode facilitar em caso de litígio ou descumprimento do contrato.

## CONCLUSÃO

O sistema judiciário brasileiro traz números altíssimos as contas do governo e os processos em andamento podem demorar meses ou até mesmo anos para ter a sentença final. Com a aceleração e a rapidez no desenvolvimento dos negócios empresariais, grandes mudanças acontecem no dia a dia das empresas, e uma delas é a solução de possíveis controvérsias e descumprimento de contratos. Assim, a busca por novos mecanismos para facilitar as negociações aumentaram.

Com a possibilidade da utilização da arbitragem para agilizar certos litígios que eventualmente as empresas possam ter, a inserção de uma cláusula compromissória arbitral nos contratos das empresas pode ser um mecanismo muito ágil e eficiente. Através dela, as partes devem acordar em submeter-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada indicada inicialmente, caso ocorra alguma controvérsia.

Através de pesquisa realizada, é notório que a arbitragem no Brasil está ficando cada vez mais conhecida ao passar dos anos. Assim, requer mais árbitros que sejam capazes e conhecedores dos assuntos em questão, aprimorando a imparcialidade cada vez mais nas decisões, mesmo que no país, a arbitragem não possua o mesmo impulso que o restante do mundo.

Neste sentido, a presente pesquisa apresentou como hipóteses o fato de que as empresas possuem elevados desembolsos com demandas judiciais principalmente por desconhecem as novas possibilidades proporcionadas pela arbitragem. Dessa forma, como resposta, mesmo que a quantia monetária para iniciar uma arbitragem pode ser relativamente alta, muitas empresas preferem utilizá-la devido a redução dos custos de transação, comparado a justiça comum. Mas é importante ressaltar que, mesmo em litígios que envolva quantias monetárias menores, a cláusula arbitral também poderá ser utilizada.

Nesse sentido, a partir deste artigo, pode-se concluir que a pesquisa realizada ampliou a visão entre direito e economia, por meio da vinculação da cláusula arbitral nos contratos e a TCT. Em face aos custos de transação, foi possível entender que as empresas crescem

mais enquanto for mais barato racionalizar os custos de transação e que existem diferentes técnicas utilizadas pelos negociadores no mercado, sendo que as empresas mais modernas visualizam um conjunto de contratos entre agentes especializados que trocarão informações e serviços entre si, de modo a facilitar o processo para todos os envolvidos. Quanto a cláusula arbitral, conclui-se que esta pode reduzir os custos de transação relacionados à prestação jurisdicional, já que favorece o estabelecimento de um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento de contratos. Portanto, do ponto de vista econômico, a arbitragem é entendida como uma oferta de modelo de solução de controvérsias e/ou litígios que compete com o modelo estatal de jurisdição.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luiz F. **Mediação, Arbitragem, Conciliação e Negociação**, 17/03/2015. Disponível em: <http://www.editorajc.com.br/mediacao-arbitragem-conciliacao-e-negociacao/>. Acesso: 28/07/2018.

BERGAMASCHI, Ana C. **A atuação dos notários nos métodos extrajudiciais de solução de conflitos da arbitragem e da mediação para garantia da dignidade da pessoa humana**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia. v. 43, n. 2 (2015). Disponível em: <http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/issue/view/1347>. Acesso: 25/07/2018.

BRASIL. **Lei Federal n. 13.140**, 26/06/2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm). Acesso: 15/04/2018.

CAM-CCBC. **Estatísticas Gerais**, 2018. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/estatisticas-gerais/>. Acesso: 09/09/2019.

CBAR. **Dados CBAR**. Disponível em: [http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa\\_CBAr-Ipsos-final.pdf](http://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf). Acesso: 10/10/2019.

CEA (Centro de Estudo das Sociedades de Advogados). **Anuário da Arbitragem no Brasil**, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/principais-temas-arbitragens-sao.pdf>. Acesso: 22/03/2019.

CMAJ. **Tabela de Honorários Para Arbitragem**. Disponível em: <https://www.cmaj.org.br/tabela-arbitragem/>. Acesso: 02/10/2019.

COASE, R. H. *The nature of the firm*. *Economica*, V. 4, n. 16, 1937.

COELHO, Gabriela. **STJ Reforça a validade da cláusula arbitral**, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-dez-31/stj-reforca-validade-clausula-arbitral-contrato-adesao>. Acesso: 19/08/2019.

KON, Anita. **Nova Economia Política dos Serviços**. São Paulo: Perspectiva, 2016.

\_\_\_\_\_ **Economia Industrial: teoria e estratégias**. Rio de Janeiro: Altas Books, 2017.

\_\_\_\_\_ **Contratos de seguros empresariais como instrumento para a tomada de decisão: a ótica da nova economia institucional**. *Redeca*, v.5, n.2. Jul-Dez. 2018 p. 118-138.

KORNHAUSER, Lewis A. *The Great Image of Authority*. *Stanford Law Review*. Vol. 36, No. 1/2, *Critical Legal Studies Symposium*. Jan., 1984.

LEMES, Selma. **Arbitragem em Números e Valores**, 2017. Disponível em: <https://goo.gl/G1pNaE>. Acesso: 25/07/2019.

MATTOS, Mauro. **Contrato administrativo e a Lei de Arbitragem**. *Revista de Direito Administrativo - FGV*, Rio de Janeiro, 223: 115-131. jan./mar. 2001.

MONREAL, Antônio. **A importância da cláusula compromissória arbitral nos contratos de adesão dos serviços sociais autônomos**, 2014 (SEBRAE/MT). Disponível em: [http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1362/Artigo\\_Antonio%20Monreal%20Neto.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/1362/Artigo_Antonio%20Monreal%20Neto.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso: 07/08/2019.

PARIZE, Felipe. **A arbitragem no âmbito do direito do trabalho**, 01/11/2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/70596/a-arbitragem-no-ambito-do-direito-do-trabalho>. Acesso: 03/06/2019.

PEDROSO, Samira. **Dos benefícios alcançados pela Lei nº 11.441/2007 em relação ao divórcio extrajudicial após onze anos de vigência**, 10/07/2018. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,dos-beneficios-alcancados-pela-lei-no-114412007-em-relacao-ao-divorcio-extrajudicial-apos-onze-anos-de-vigenci,591035.html>. Acesso: 01/10/2018.

POLETTO & POSSAMI. **A importância de uma cláusula compromissória arbitral bem elaborada em documentos empresariais.** Disponível em: <http://poletto.adv.br/a-importancia-de-uma-clausula-compromissoria-arbitral-bem-elaboradaem-documentos-empresariais/>. Acesso: 01/08/2019.

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico.** 3 Ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

PUGLIESE, Antônio C. F; SALAMA, Bruno M. **A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor.** Revista Direito GV, São Paulo 4. Jan-Jun 2008.

SANTANA, Meirilane N. **Acesso à Justiça: Abismo, população e Judiciário,** 03/09/2018. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=7498](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7498). Acesso: 03/09/2018.

SARTO, Victor Hugo Rocha; ALMEIDA, Luciana Togeiro. **A teoria dos custos de transação: uma análise a partir das críticas evolucionistas,** 2015. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/iniciativa/article/download/7301/5563>. Acesso: 20/05/2019.

SISTEMA-CVM (Comissão de Valores Mobiliários). **Contrato de Compra e Venda.** Disponível em: [http://sistemas.cvm.gov.br/dados/LaudEditOpa/RJ-2018-04437/20180807\\_Contrato\\_de\\_Compra\\_e\\_Venda\\_de\\_Ações.pdf](http://sistemas.cvm.gov.br/dados/LaudEditOpa/RJ-2018-04437/20180807_Contrato_de_Compra_e_Venda_de_Ações.pdf). Acesso: 09/09/2019.

SZTAJN, Rachel. **Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados.** São Paulo: Atlas, 2004

VIOLA, Alexandre. **Cláusula Arbitral,** 2015. Disponível em: [https://justto.com.br/clausula\\_arbitral/](https://justto.com.br/clausula_arbitral/). Acesso: 19/08/2019.