

Curso de Direito
FUCAP Univinte

ORGANIZADORES

Jailson Pereira

Ana Cristina Corrêa Melo

**DIREITO
EM SÉRIE**

Vol. II



ORGANIZADORES
JAILSON PEREIRA
ANA CRISTINA CORRÊA MELO

DIREITO EM SÉRIE 2



Capivari de Baixo
2019

Copyright © 2019 by Editora FUCAP

Título: Direito em série 2.

Organização: Jailson Pereira e Ana Cristina Corrêa Melo.

Editoração: Andreza dos Santos.

Capa: Ana Cristina Corrêa Melo.

Revisão: Dos Autores.

CONSELHO EDITORIAL

Expedito Michels (Presidente)

Emillie Michels

Andreza dos Santos

Dr. Diego Passoni

Dr. José Antônio da Silva

Dr. Nelson G. Casagrande

Dr. Roberto M. da Silveira

Dr. Rodolfo Lucas Bortoluzzi

Dr. Rodrigo Luvizotto

Dra. Jamile Marques

Dr. Hamilcar Boing

Dra. Beatriz M. de Azevedo

Dra. Patrícia de Sá Freire

Dra. Joana Dar'c S. da Silva

Dra. Solange Maria da Silva

Dr. Paulo Cesar L. Esteves

Dra. Adriana C. Pinto Vieira

D627d

Direito em série 2. / Jailson Pereira; Ana Cristina Corrêa Melo.
(org.)

Capivari de Baixo: Editora FUCAP, 2019.

385 p.; 15x21 cm.

ISBN: 978-85-66962-18-5

1. Direito constitucional – Brasil. I. Pereira, Jailson. II Melo, Ana
Cristina Corrêa. III. Título.

CDD 341.2

(Catalogação na fonte por Andreza dos Santos – CRB/14 866)

Editora FUCAP – Avenida Nações Unidas Nº 500 – Santo André
Capivari de Baixo/SC.

Todos os Direitos Reservados Proibidos a produção total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo art. 184 do Código Penal



EDITORA FUCAP

Impresso no Brasil - 2019

ORGANIZADORES

JAILSON PEREIRA

Doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - SC - UNIVALI (CAPES 6), com Dupla Diplomação com a Widener University - Delaware Law School – Estados Unidos, Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - SC - UNIVALI (CAPES 6), Especialista em Direito Internacional - Comércio Exterior, pela Escola Paulista de Direito - EPD e Especialista em Administração Tributária Empresarial pela UDESC - SC. Advogado militante na área de Direito Empresarial, Inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina sob o número 10.697 e na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de São Paulo sob o número 305.238-A, Membro Efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Atua também na área de consultoria em negócios internacionais com escritório na cidade de Miami, Estados Unidos. Coordenador do Curso de Direito da Faculdades Capivari – FUCAP - Univinte, Professor Titular da Disciplina de Direito Constitucional II e de Prática Jurídica Cível. E-mail: jailson@jailsonpereira.com.br.

ANA CRISTINA CORRÊA MELO

Mestre em Direito Internacional Privado pela Universidad de Buenos Aires (ARG) reconhecimento pela USP. Especialista em Relações Internacionais. Pesquisadora na Universidade de São Paulo no Grupo de Pesquisa sobre a Pluralidade das Fontes no Direito Internacional Privado e o Brasil, certificado pelo CNPq. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina, Membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB/SC. Professora Titular das Disciplinas de Direito Constitucional I, Direito Processual Civil IV e V na FUCAP Univinte. E-mail: accorreamelo@gmail.com.

DIREITO EM SÉRIE 2

COLABORADORES

Alessandro de Medeiros
Alexsandro da Silva
Ana Cristina Corrêa Melo
Artur Mazzucco Fabro
Camila L. Nandi de Albuquerque
Carla Vieira de Souza
Claudinéia O. de Assunção Mota
Cleiton Luiz N. de Oliveira
Fernanda Ambros
Fernanda Mallmann
Gilse Pickler Bratti

Jailson Pereira
Juliana Carara Soares Ramos
Lucas Voigt
Luciane Baum Augustin
Maria Helena Backes
Mônica Guerreiros Fernandes
Páthilla Pizzetti
Rodrigo Goldschmidt
Rafael Leandro
Roger Laureano
Valdomiro Ribeiro da Silva Neto



Capivari de Baixo
2019

“Herdamos a centralização da monarquia portuguesa. Quando veio a Independência e com ela a Constituição que nos rege, não tínhamos, como a formaram os ingleses por séculos, como a tiveram herdada os Estados Unidos, uma educação que nos habilitasse para nos governarmos a nós mesmos; não podíamos ter adquirido os hábitos, e o senso prático para isso necessários”¹.

¹ Visconde de Uruguai. **Ensaio sobre o direito administrativo**. Rio de Janeiro: Tipographia Nacional, 1862.

DEDICATÓRIA

"Ao definir e buscar a melhor didática e a melhor forma de entregar o conhecimento jurídico aos nossos alunos, encontramos a melhor resposta de todas – Dedicção – e esta reação dos nossos alunos nos traz o entusiasmo necessário para a produção científica.
Esta obra é para eles..."

APRESENTAÇÃO

Nesta nova edição do nosso livro “Direito em Série”, apresentamos quinze artigos de professores do Curso de Direito da FUCAP Univinte, alguns em coautoria com professores de outras instituições de ensino superior, inclusive com a ilustre colaboração do Professor Dr. Rodrigo Goldschmidt, expoente do Direito do Trabalho.

Nos últimos meses muito vem se discutindo sobre o ensino jurídico no Brasil, sobre as necessidades de mudança e readequação da grade curricular, sempre na busca de entregar para a sociedade um egresso em condições de operar o Direito. O debate é e será eterno, pois, a velocidade com que as informações estão se movendo pressiona a atualização do profissional não somente do Direito, mas de todas as áreas.

As mudanças de atitudes precisam surgir não só do Governo Federal, das reitorias, ou das coordenações dos cursos. O ensino jurídico tem que evoluir e com a velocidade necessária por meio dos professores, daqueles que tem uma plateia aguardando as melhores e mais atuais formas de interpretar e conhecer o Direito.

Com este intuito seguimos nessa série, imbuídos do desejo de despertar em nossos alunos a iniciação científica na área jurídica o mais cedo possível, principalmente enquanto partícipes do ambiente universitário.

Os textos são simples, dentro da metodologia que adotaremos nos trabalhos de conclusão de curso e trazem assuntos variados para a inclusão dos alunos neste universo de produção acadêmica.

Jailson Pereira

Ana Cristina Corrêa Melo

SUMÁRIO

O SISTEMA JURÍDICO NORTE AMERICANO: ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*.....13

Jailson Pereira

O CONHECIMENTO COMUNITÁRIO PARA O PLANEJAMENTO E O DESENVOLVIMENTO URBANO: O CASO DO MUNICÍPIO DE BLUMENAU42

Alessandro de Medeiros

DA PROTEÇÃO AO ESTADO: POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS72

Alexsandro da Silva

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO REGULAMENTO EUROPEU N. 1215 DE 2012 - O RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO AUTOMÁTICOS DE DECISÕES ESTRANGEIRAS89

Ana Cristina Corrêa Melo

Fernanda Ambros

A RELAÇÃO SOCIAL EM MAX WEBER: LUTA E COOPERAÇÃO EM ECONOMIA E SOCIEDADE112

Artur Mazzucco Fabro

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL: UMA ANÁLISE FRENTE À SAÚDE DAS MULHERES PARTURIENTES E À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA.....132

Camila Leonardo Nandi de Albuquerque

Luciane Baum Augustin

A VIABILIDADE DA EUTANÁSIA PAUTADA NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA159

Carla Vieira de Souza

Páthilla Pizzetti

A CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA POR PESSOA JURÍDICA: ANÁLISE AO DISPOSTO NO ART. 980-A, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL186

Claudinéia Onofre de Assunção Mota

USUCAPIÃO DE ÁREA DECORRENTE DE LOTEAMENTO ILEGAL208

Cleiton Luiz Neves de Oliveira

A TAXATIVIDADE MITIGADA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC/2015: UMA BREVE ANÁLISE DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....233

Fernanda Mallmann

Valdomiro Ribeiro da Silva Neto

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL FUTURO: UMA ALTERNATIVA DE CONTROLE DAS CONSEQUÊNCIAS DOS DANOS AMBIENTAIS QUE ESTÃO POR VIR255

Gilse Pickler Bratti

A REFORMA TRABALHISTA OPERADA PELA LEI 13.467/2017 - UM BREVE RELATO SOBRE A REFORMA TRABALHISTA269

Juliana Carara Soares Ramos

DA PENHORA DE VERBA ALIMENTAR EM EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS: UMA ANÁLISE AOS LIMITES E CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO E COBRANÇA DA VERBA HONORÁRIA295

Maria Helena Backes

Mônica Guerreiros Fernandes

DESAPOSENTAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PERSPECTIVA CONTIDA NA REFORMA DA PREVIDÊNCIA308

Rafael Leandro

**A PROBLEMÁTICA DO TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO EM
FACE DE SUA PROIBIÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL ..339**

Rodrigo Goldschmidt

Carla Vieira de Souza

**O CAMPO JURÍDICO NA SOCIOLOGIA DE PIERRE BOURDIEU
.....360**

Roger Laureano

Lucas Voigt

O SISTEMA JURÍDICO NORTE-AMERICANO: ENTRE *COMMON LAW* E *CIVIL LAW*.

*Jailson Pereira*¹

RESUMO

O objetivo do presente artigo é entregar um panorama acerca do Sistema Jurídico dos Estados Unidos da América, tratando os aspectos inerentes à suas fontes, estrutura, sua evolução e entrega da atividade jurisdicional do Estado para a Sociedade². Também abordaremos a evolução do Direito legislado na estrutura legal norte-americana e sua influência como fonte nas decisões das cortes norte-americanas, dentro das características de um Sistema Jurídico que segue a doutrina do Juspositivismo.³ Quebrar o paradigma que se tem na academia jurídica de que as decisões judiciais nos Estados Unidos da América derivam apenas da Jurisprudência e dos Precedentes é objetivo também deste artigo.

¹ Doutorando do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI (CAPES 6) e na Delaware Law School (doutorado sanduíche), na linha de pesquisa Constitucionalismo e Produção do Direito. Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina, membro do Instituto dos Advogados de Santa Catarina. Professor titular das disciplinas de direito constitucional II e prática cível na FUCAP Univinte. E-mail: jailson@jailsonpereira.com.br.

² “[...] se a Categoria ESTADO merece ser grafada com a letra E maiúscula, muito mais merece a Categoria SOCIEDADE ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018, p. 179. (Negritos e destaques no original)

³ ZANON Junior, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 3ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.134. “De início, importa lembrar que o Positivismo Jurídico, desenvolvido por autores como Bentham, Austin, Kelsen, Hart e Bobbio, não guarda uma relação de pertinência com a corrente filosófica do Positivismo, fundada por Isidore Auguste Marie François Xavier Comte. Ou seja, não está se tratando da versão jurídica mais ampla ou que lhe serve de supedâneo. O Juspositivismo não é espécie do gênero Positivismo, mas sim uma corrente de pensamento autônoma, que se contrapõe ao anterior modelo do Jusnaturalismo, no sentido de estabelecer a predominância da legislação em face das demais fontes jurídicas, em detrimento do chamado direito natural.”

1. INTRODUÇÃO

Considerando que o Sistema Jurídico dos Estados Unidos é apontado como um dos sistemas da *Common Law* com estruturação complexa e diferenciada, é importante também estabelecer algumas considerações acerca das Fontes e a hierarquia do Direito naquele País.

Na tradição romano-germânico, a Segurança Jurídica tem uma representação forte no fato de que a expressão maior do Direito se dá através da aplicação da lei, fonte primária do Direito Positivo.

Nos Estados Unidos, a lei é derivada de várias Fontes. Essas Fontes são a Constituição, estatutos, tratados, regulamentos administrativos e os precedentes judiciais. Tanto no nível federal quanto no estadual, a lei nos Estados Unidos era originalmente derivada em grande parte do sistema da *Common Law* Inglesa, que vigorava na época das Colônias. No entanto, a legislação dos Estados Unidos divergiu muito de seu ancestral inglês, tanto em termos de substância quanto de procedimento, e incorporou várias inovações. Nas palavras de Fine:

“As fontes de direito, nos Estados Unidos, refletem alguns aspectos fundamentais do direito norte-americano e do sistema jurídico do país. Primeiro, a Constituição é a base de todas as leis federais, sendo a mais alta e mais importante fonte de direito. Segundo, as fontes de direito refletem uma estrutura vertical de governo e princípios federalistas de duas formas: primeiro, elas são criadas em ambos os níveis, federal e estadual; segundo, refletem a supremacia, sob a qual todas as leis federais válidas são hierarquicamente superiores a todas as leis estaduais; terceiro, refletem a estrutura horizontal ou separação de poderes entre os governos federal e estadual; finalmente, as fontes de direito norte-americanas refletem a

primazia do *case law*, o qual ocupa papel central na tradição do *common law* nos Estados Unidos.”⁴

No topo da pirâmide do Sistema Jurídico norte-americano está a Constituição Federal, seguida pelas leis federais, tratados, regras dos tribunais, regras das agências administrativas federais, Constituições dos Estados, leis estaduais, regras dos tribunais estaduais e as regras das agências administrativas estaduais.

Acerca da principal Fonte, escrita em 17 de Setembro de 1787, ratificada em 1788, e em vigência desde 1789, a Constituição dos Estados Unidos é a mais antiga do mundo. Suas primeiras palavras - "*We The People*"⁵- afirmam que o governo dos Estados Unidos da América existe para servir seus cidadãos. A supremacia do povo através de seus representantes eleitos é reconhecida no Artigo I⁶, que cria um Congresso constituído por um Senado e uma Câmara dos Deputados. O posicionamento do Congresso no início da Constituição afirma seu *status* de primeiro poder estabelecido do governo federal norte-americano.

A Constituição atribuiu ao Congresso a responsabilidade de organizar os demais poderes, executivo e judiciário e fazer todas as leis necessárias para a execução desses poderes e por mais de dois séculos permanece em vigor. Até a presente data, a Constituição foi alterada vinte e sete vezes, mais recentemente

⁴ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução: Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes. 2011.p. 48.

⁵ US CONSTITUTION - "Preamble - We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America." Em Língua Portuguesa: "Preâmbulo - Nós, o povo dos Estados Unidos, para formar uma União mais perfeita, estabelecer a Justiça, garantir a Tranquilidade doméstica, proporcionar defesa comum, promover o bem-estar geral e garantir as bênçãos da liberdade para nós e nossa posteridade, fazemos ordenar e estabelecer esta Constituição para os Estados Unidos da América". (Tradução livre do autor)

⁶US CONSTITUTION – Article I – Section 1 - "All legislative Powers herein granted shall be vested in a Congress of the United States, which shall consist of a Senate and House of Representatives. Em Língua Portuguesa: Artigo I – Seção 1"Todos os poderes legislativos aqui concedidos serão investidos em um Congresso dos Estados Unidos, que consistirá em um Senado e uma Câmara dos Representantes". (Tradução livre do autor)

em 1992. As dez primeiras emendas constituem a Declaração de Direitos individuais (*The Bill of Rights*)

Sobre a última Emenda, XXVII⁷, interessante sua trajetória, que demonstra a rigidez da Constituição dos Estados Unidos da América e a imensa dificuldade em alterar o seu texto. Ela foi proposta em 1789, por James Madison e somente foi ratificada em 1992, 202 anos após a sua propositura perante o Congresso.

A Constituição dos Estados Unidos, como afirmamos é extremamente difícil de alterar, pois, de acordo com o mandamento do seu Artigo V, ela somente pode ser alterada por duas formas. Primeira, a emenda tem que ser aprovada pelo voto de dois terços da Câmara dos Deputados e do Senado, seguido de uma ratificação de três quartos das várias legislaturas ou convenções estaduais em três quartos dos Estados (trinta e oito Estados da Federação tem que ratificar uma emenda constitucional).⁸Essa primeira possibilidade de emenda à Constituição foi o único usado até hoje e, em todos, exceto no caso da Emenda XXI⁹, a ratificação dos estados

⁷ US CONSTITUTION - Amendment XXVII (1992) "No law varying the compensation for the services of the Senators and Representatives shall take effect, until an election of Representatives shall have intervened." Em Língua Portuguesa: "Nenhuma lei alterando a compensação pelos serviços prestados por Senadores e Representantes terá efeito até que seja votada pelos Representantes." (Tradução livre do autor)

⁸ CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law**. Principles and Policies. 5. ed. New York, NY: Wolters Kluwer, 2015.

⁹ "US CONSTITUTION - Amendment XXI (1933) Section 1. The eighteenth article of amendment to the Constitution of the United States is hereby repealed. Section 2. The transportation or importation into any State, Territory, or possession of the United States for delivery or use therein of intoxicating liquors, in violation of the laws thereof, is hereby prohibited. Section 3. This article shall be inoperative unless it shall have been ratified as an amendment to the Constitution by conventions in the several States, as provided in the Constitution, within seven years from the date of the submission hereof to the States by the Congress." Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm, acesso em 24 set 19, 18:00h. Em Língua Portuguesa: "Emenda XXI (1933) Seção 1. Fica revogada a emenda décima oitava da Constituição dos Estados Unidos. Seção 2. Fica proibido o transporte ou importação para qualquer Estado, Território ou possessão dos Estados Unidos de bebidas alcoólicas, para entrega ou para uso contrário a lei. Seção 3. Este artigo será inoperante, a menos que tenha sido ratificado como uma emenda à Constituição por convenções nos vários Estados, conforme disposto na Constituição, dentro de sete anos a partir da data de sua submissão aos Estados pelo Congresso. (Tradução livre do autor)"

ocorreu nas assembleias legislativas e não em convenções estatais.¹⁰

Uma segunda forma de alterar a Constituição seria por uma Convenção convocada para esse fim por dois terços das legislaturas estaduais. Se as emendas propostas da Convenção forem posteriormente ratificadas por três quartos das legislaturas estaduais (ou convenções em três quartos dos estados), ocorreria a alteração do texto constitucional.¹¹

Como qualquer emenda pode ser bloqueada pela negativa de ratificação de treze estados, o processo constitucional não entrega qualquer facilidade, seja ao legislador ou seja ao Poder Executivo de aprova-las.

De fato, apenas 27 emendas foram ratificadas desde que a Constituição entrou em vigor, e dez dessas ratificações ocorreram quase imediatamente - como a Declaração de Direitos Individuais (*Bill of Rights*). A própria dificuldade de alterar a Constituição aumenta muito a importância das decisões da Suprema Corte no seu processo de interpretação, porque a reversão da decisão da Corte por emenda é improvável.

Importante ressaltar ainda a Cláusula de Supremacia disposta na cláusula 2, artigo VI, da Constituição dos Estados Unidos¹², que determina que todas as leis federais são superiores e se sobrepõem as leis estaduais que venham a ter alguma espécie de conflito.

Acerca da Cláusula de Supremacia, Lawson escreve:

¹⁰ CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law**. Principles and Policies. 5. ed. New York, NY: Wolters Kluwer, 2015.

¹¹ CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law**. Principles and Policies. 5. ed. New York, NY: Wolters Kluwer, 2015.

¹² US CONSTITUTION - Article VI. Clause 2. This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm. Acesso em 02 Set 19 as 14:00h. Em língua Portuguesa: " Esta Constituição e as Leis dos Estados Unidos, que deverão ser bem cumpridas e todos os Tratados feitos, ou que serão feitos, sob a Autoridade dos Estados Unidos, serão a lei suprema do país; e os juizes de todos os Estados ficarão vinculados às mesmas, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas Leis de qualquer Estado." (Tradução livre do autor)

“The Supremacy Clause does not distinguish among the three named sources of federal law: The Constitution, the laws of the United States, and treaties. All are equally supreme over competing sources of state law or other sources of federal law (such as federal common law). Thus, the Supremacy Clause does not itself establish the supremacy of the Constitution over federal statutes or treaties. Rather, constitutional primacy over sources of “supreme” federal law is a structural inference from the nature of the Constitution.”¹³

A Cláusula de Supremacia elenca o princípio de que qualquer lei feita pelo Congresso ou pelos Estados, que não esteja em consonância com o texto constitucional não pode ser considerada como lei. A Cláusula de Supremacia implica aos três poderes que os seus atos são limitados pelos poderes delegados por meio da Constituição, não significando ser uma declaração de supremacia do governo federal sobre o poder dos Estados.

Para Morrison:

“Pursuant to the Supremacy clause, otherwise valid federal laws are superior to conflicting state and local laws. The lowest federal legal stipulations are lexically prior to the highest state provisions. Thus, for example, a valid discretionary act by a single federal administrative official will prevail over a conflicting provision enshrined in a state Constitution”.¹⁴

Temos um bom exemplo em *Florida Lime & Avocado Growers, Inc. versus Paul*¹⁵: O Departamento de Agricultura dos Estados Unidos adotou regulamentos para mensurar a maturidade dos abacates. O estado da Califórnia adotou uma regra mais rígida que o Departamento de Agricultura, proibindo o transporte ou a venda de abacates que possuíam menos de

¹³ LAWSON, Gary. “in” FORT, David F.; SPALDING, Matthew. **The heritage guide to the Constitution**. Fully revised. 2º ed. Washington, DC: Regnery Publishing, 2014. p.381.

¹⁴ MORRISON, Alan B. **Fundamentals of American Law**. New York: Oxford University Press, 1998.p.31

¹⁵ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/362/73/>, Acesso em 05 ago 19, às 10:40h.

8% de óleo em sua composição. O resultado foi que alguns abacates provenientes do estado da Flórida, que estavam dentro dos padrões regulados pelo Departamento de Agricultura, foram proibidos de serem comercializados na Califórnia em decorrência de estarem fora dos padrões exigidos pela norma estadual. A questão colocada perante a Suprema Corte era se havia conflito entre as normas federais e estaduais e qual deveria prevalecer.¹⁶

A Suprema Corte respondeu que as leis federais e estaduais são conflitantes se a regulamentação federal for vista como estabelecendo o padrão exclusivo para abacates. No entanto, as leis federal e estadual não são conflitantes se a regulamentação federal for vista como definindo apenas o critério mínimo para a venda de abacates, sendo autorizado aos estados estabelecerem padrões mais rígidos. Concluiu ainda a Suprema Corte, que o regulamento federal era um padrão mínimo, mas os estados tinham permissão para estabelecer regulamentos mais rígidos, se desejassem. Em parte, a Corte enfatizou o papel tradicional dos estados na regulamentação da comercialização de produtos alimentícios.¹⁷

Outro caso relacionado à Cláusula de Supremacia, porém onde a Corte Suprema dos Estados Unidos considerou inválida a lei estadual, foi em *Arizona versus Inter Tribal Council of Arizona*¹⁸. O Estado de Arizona exigia que o cidadão fornecesse prova documental de cidadania americana para se registrar para as votações em eleições federais, o que não seria previsto na lei federal (*Elections Clause*). A Corte considerou que o único objetivo da Cláusula Eleitoral seria substituir as leis estaduais e, portanto, presume-se que o Poder Legislativo tenha tirado este poder dos estados. A opinião majoritária (7 votos a favor e 2 contra) enfatizou o amplo escopo substantivo da

¹⁶ CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law**. Principles and Policies. 5ª ed. Frederick, MD: Wolters Kluwer, 2015.

¹⁷ CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law**. Principles and Policies. 5ª ed. Frederick, MD: Wolters Kluwer, 2015.

¹⁸ 133 S.Ct. 2247 (2013)

Cláusula, explicando que ela fornece ao Congresso o poder “abrangente” e “supremo” de regular a mecânica das eleições federais, incluindo o registro de eleitores. No momento em que os estados estão buscando novas maneiras de suprimir a votação, a opinião da Suprema Corte foi uma importante reafirmação do poder do congresso para proteger o direito de voto nas eleições federais.¹⁹

Com esta introdução, onde comentamos a principal Fonte do Direito nos Estados Unidos da América, a sua Constituição Federal, passaremos a tratar no item 2 a Estrutura do Sistema Judiciário americano e no item 3 a Evolução do Direito Legislado na Estrutura Legal norte-americana, finalizando com as Considerações Finais.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE A JURISDIÇÃO E A ESTRUTURA DAS CORTES FEDERAIS E CORTES ESTADUAIS NO SISTEMA JURÍDICO DOS ESTADOS UNIDOS.

2.1 As Cortes Federais – *Federal Courts*

A distribuição e limitação da autoridade judicial nos Estados Unidos da América é complexa e deriva de uma estrutura federal que distingui o país da maioria dos sistemas legais no mundo.

As Cortes Federais nos Estados Unidos são distribuídas em três níveis, *U.S. District Courts*, *U.S. Courts of Appeals* and *U.S. Supreme Court*. Cada nível tem seu poder derivado do disposto no artigo III da Constituição americana:

“Article III – Judicial Vesting Clause – The judicial power of the United States shall be vested in one supreme Court, and in such

¹⁹ Disponível em <https://www.theconstitution.org/litigation/arizona-v-inter-tribal-council-of-arizona-u-s-sup-ct/>.

inferior Courts as the Congress may from time to time ordain and establish".²⁰

A estrutura da separação de poderes da Constituição Americana incorporou as duas novas ideias federalistas. A primeira delas que o Poder Judiciário se tornaria uma parte distinta do governo e, em segundo, o judiciário separado e independente consistiria em uma Suprema Corte e seus tribunais federais inferiores e que caberia ao Congresso estabelecer. Os federalistas não tinham dúvida da necessidade do Poder Judiciário para regular os defeitos da Confederação que se formava.²¹

A Suprema Corte (*U.S. Supreme Court*) em 24 de setembro de 1789, com a assinatura do então Presidente George Washington tornou lei o Ato Judiciário de 1789 que estabeleceu a estrutura e a jurisdição do sistema federal de cortes nos Estados Unidos da América e que permanece até os tempos atuais em grande parte sem alteração substancial.

2.1.1 U.S. District Courts

Os Tribunais Distritais Federais dos Estados Unidos da América (*U.S. District Courts*) são os tribunais com jurisdição geral do sistema judicial federal. Cada estado possui pelo menos uma corte distrital federal que tem sua distribuição de acordo com a população. A jurisdição para apreciação e julgamento das demandas pelos tribunais distritais federais abrange três situações: (1) quando os Estados Unidos da América são parte na demanda; (2) quando houver uma questão federal; ou (3) quando houver diversidade de cidadania estadual.²²

²⁰ US CONSTITUTION "Artigo III - Cláusula de Investidura Judicial - O poder judicial dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte, e nos Tribunais inferiores que o Congresso possa, de tempos em tempos, ordenar e estabelecer". (Tradução livre do autor)

²¹ FRIEDMAN, Lawrence M. **A History of American Law**. New York: Simon & Schuster, 2005.

²² FARNSWORTH, E. Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010

Quando os Estados Unidos da América são parte de um processo judicial, leva-se em consideração os casos civis nos quais o país é demandante ou réu. Questão federal significa casos decorrentes da Constituição Federal, de um estatuto federal ou de um tratado. Diversidade de cidadania significa casos entre cidadãos de diferentes estados (ou um cidadão de um estado e um cidadão de um país estrangeiro) em que o assunto em controvérsia seja superior ao valor de US\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil dólares americanos) excluindo juros e custos.²³

Além disso, os tribunais federais distritais às vezes podem ter jurisdição concorrente com os tribunais estaduais. A jurisdição concorrente é o poder dos tribunais distritais e dos tribunais estaduais para apreciar e decidir um caso. Nos casos em que existe jurisdição concorrente, o autor geralmente pode optar por levar o seu caso para um tribunal distrital ou para um tribunal estadual.

Em alguns casos, o Congresso determinou a jurisdição para as cortes federais com exclusividade. Casos de crimes federais, falência e direitos autorais não podem ser levados à cortes estaduais para julgamento.

2.1.2 U.S. Court of Appeals

As cortes federais de apelação foram criadas através do Ato Judiciário de 1891, que estabeleceu as primeiras 9 (nove) cortes de apelação. Estas cortes foram as primeiras designadas exclusivamente para julgar os casos de recursos provenientes das cortes inferiores. Atualmente existem 13 (treze) cortes federais de apelação.

A Suprema Corte dos Estados Unidos julga aproximadamente entre 100 a 150 processos dos mais de 7.000 casos que chegam até ela por ano. Isso significa que as

²³ FARNSWORTH, E. Allan. *An Introduction to the legal system of the United States*. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010

decisões tomadas pelos 12 Tribunais de Apelação em todo o país e pelo Tribunal Federal são a última palavra em milhares de casos.

2.1.3 U.S. Supreme Court

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América é o tribunal de maior hierarquia do sistema judicial federal. Há nove juizes na composição da Corte e cada um é nomeado pelo Presidente com a confirmação pelo Senado. Os juizes da Suprema Corte, como o tribunal distrital e os juizes do tribunal de apelações, têm mandato vitalício.

Para Stephens:

“The United States Supreme Court occupies a unique place within the American system of government. It is first and foremost a court of law. It hears and decides cases between adverse parties and does so within an elaborate framework of rules, procedure and tradition. Like Congress, the President, and the bureaucracy, the Court makes authoritative, conscious choices among competing solutions to public problems, and consequently makes public policy.”²⁴

Como mandamentado na Constituição, Seções 1 e 2 do seu artigo III, a Suprema Corte tem jurisdição em grau de recurso, ressalvadas as competência originárias referidas no próprio texto constitucional (questões relativas a embaixadores, outros ministros e cônsules e nas quais se achar envolvido um Estado).

Diferentemente dos apelos aos vários tribunais, os apelos à Suprema Corte são discricionários. Ou seja, um caso

²⁴ STEPHENS, Otis H; RATHJEN, Gregory J. **The Supreme Court and the allocation of Constitutional power**. San Francisco, CA: W.H. Freeman and Company, 1980. p.1. Em Língua Portuguesa: “A Suprema Corte dos Estados Unidos ocupa um lugar único no sistema de governo americano. É antes de tudo um tribunal. Ele ouve e decide casos entre partes adversas e o faz dentro de uma estrutura elaborada de regras, procedimentos e tradição. Como o Congresso, o Presidente e a burocracia, o Tribunal faz escolhas conscientes e autorizadas entre soluções concorrentes para os problemas públicos e, consequentemente, faz políticas públicas.” (Tradução livre do autor)

só será julgado pela Corte se a mesma concordar em receber o caso e decidir. Uma parte recorrente deve solicitar que a Suprema Corte emita um mandado de *certiorari* (*writ of certiorari*), para que ela tenha o seu recurso analisado e julgado por aquela instância judicial.

Um mandado de *certiorari* então, é uma ordem emitida pela Suprema Corte significando que aceita a apelação para ser analisada e julgada. Essa aceitação deve ser expressa por pelo menos quatro dos nove juízes. Caso contrário, o Supremo Tribunal nega o recebimento do apelo e a decisão do tribunal inferior se torna definitiva. As regras que disciplinam o procedimento formal do *writ of certiorari* estão estabelecidas no Regimento da Suprema Corte (*Supreme Court Rules*), entre elas: prazo de noventa dias para interposição, limite de trinta páginas para a petição, o conteúdo que deve constar na petição e a possibilidade de a parte apelada apresentar suas contrarrazões.²⁵

Por seu turno, a Regra 10, que trata das considerações que regem o *writ of certiorari* entrega critérios subjetivos que não especificam tecnicamente o que é necessário para que um caso seja apreciado pela Suprema Corte:

Rule 10. Considerações que regem o *Writ of Certiorari*

A decisão sobre o *writ of certiorari* não é uma matéria de direito, mas de discricionariedade judicial. Uma petição de *writ of certiorari* somente será admitida se houver fortes razões. As seguintes disposições, embora não controlem ou limitem completamente a discricionariedade da Corte, indicam a característica das razões que a Corte considera:

(a) Uma corte de apelação dos Estados Unidos proferiu uma decisão em conflito com a decisão de outra Corte de Apelação sobre a mesma importante matéria; decidiu uma importante questão federal de uma forma que conflita com a decisão de uma corte estadual de última instância, ou se afastou do curso aceito e comum do procedimento judicial, ou ratificou um tal

²⁵ Supreme Court Rules. Disponível em: <https://www.supremecourt.gov/ctrules/2019RulesoftheCourt.pdf>. Acesso em 18 set 19.

afastamento por uma corte inferior, ao ser chamada para o exercício de revisão da Corte;

(b) uma corte estadual de última instância tenha decidido uma importante questão federal de uma forma que conflita com a decisão de outra corte estadual de última instância ou de uma corte de apelação dos Estados Unidos;

(c) uma corte estadual ou uma corte de apelação dos Estados Unidos tenha decidido uma importante questão de direito federal que não tenha sido, mas deveria ser resolvida por esta Corte, ou tenha decidido uma importante questão de direito federal de uma maneira conflitante com decisões relevantes desta Corte;

Uma petição de *writ of certiorari* raramente é aceita quando o erro alegado consiste em uma apreciação fática errônea ou na má aplicação de uma regra de direito propriamente estabelecida." (Tradução livre do autor)

Além da jurisdição de apelação, a Suprema Corte tem competência originária para disputas entre estados e entre os estados e o governo federal. Isso significa que esses casos começam e terminam na Suprema Corte.

2.1.4 Outras Cortes Federais

Existem outros tribunais federais além dos tribunais distritais, tribunais de apelação e da Suprema Corte. Cada distrito federal possui um tribunal de falências que recebe e decide as questões de falência naquela jurisdição. Casos de falência não podem ser apresentados em tribunais estaduais.

Além disso, o Congresso criou vários tribunais, nos termos do Artigo I, Seção 8 da Constituição. Esses tribunais incluem o Tribunal Federal de Reclamações dos Estados Unidos da América, o Tribunal de Apelações dos Veteranos dos Estados Unidos da América, o Tribunal de Apelações das Forças Armadas dos Estados Unidos da América e o Tribunal Fiscal dos Estados Unidos da América.

O Tribunal Federal de Reclamações dos Estados Unidos é um tribunal com jurisdição nacional, composto por dezesseis juízes nomeados pelo Presidente e confirmados pelo Senado

por um período de quinze anos. O Tribunal tem jurisdição para receber e processar as demandas que tem por objeto reivindicações monetárias com fundamento constitucional, ou em estatutos federais. Muitos casos perante o tribunal envolvem ações de reembolso de tributos pagos a maior ou indevidamente, uma área em que o tribunal exerce jurisdição concorrente com os tribunais distritais dos Estados Unidos.

Por sua vez, o Tribunal de Apelações dos Veteranos, formado por sete juízes nomeados pelo Presidente com quinze anos de mandato, tem jurisdição para revisar as decisões do Departamento de Veteranos de guerra americanos. É uma corte de jurisdição em todo território norte-americano. As questões levantadas perante esta corte incluem reivindicações de invalidez, assistência educacional e benefícios de pensão.

O Tribunal Fiscal dos Estados Unidos da América possui também jurisdição nacional e tem como finalidade resolver as demandas entre os contribuintes e a agência responsável pela cobrança e arrecadação dos impostos (*Internal Revenue Service*).

Por fim, a Corte de Apelações das Forças Armadas dos Estados Unidos da América exerce jurisdição em todo o mundo sobre membros das forças armadas em serviço ativo e outras pessoas sujeitas ao Código Uniforme de Justiça Militar.²⁶

2.2 Cortes Estaduais

O sistema de cortes estaduais em todos os estados tem jurisdição geral e cada um foi estabelecido na forma prevista e definida nas Constituições de cada estado. Estas cortes recebem e julgam a maioria dos casos cíveis e criminais.

Novamente importante citar a Cláusula de Supremacia prevista no Artigo VI da Constituição dos Estados Unidos da

²⁶ Disponível em: <https://www.armfor.uscourts.gov/>. Acesso em 17 set 19.

América, que faz o delineamento mais importante da jurisdição das cortes federais e estaduais no sistema daquele país.

Posteriormente na Constituição, a Décima Emenda estabelece que:

“Amendment X - The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”²⁷

Madison, no Artigo Federalista nº 45, escreveu:

“The powers delegated by proposed Constitution to the federal government are few and defined. Those which are to remain in the State governments are numerous and indefinite. The former will be exercised principally on external objects, as war, Peace, negotiation, and foreign commerce.

[...]

The powers reserved to the several States will extend to all the objects which, in the ordinary course of affairs, concern the lives, liberties, and properties of the people, and the internal order, improvement, and prosperity of the state.”²⁸

O efeito final que essas disposições têm sobre os tribunais estaduais é reservar-lhes o direito de analisar e decidir qualquer questão legal não expressamente reservada à jurisdição exclusiva dos tribunais federais. Esse assunto envolve principalmente a análise de controvérsias relacionadas às leis estaduais, que impactam o cotidiano dos cidadãos de uma maneira muito maior do que as leis federais.

²⁷ US CONSTITUTION “Os poderes não delegados aos Estados Unidos pela Constituição, nem proibido por ela aos Estados, são reservados aos Estados, respectivamente, ou ao povo.” (Tradução livre do Autor).

²⁸ Federalist papers nº 45 “Os poderes delegados pela proposta de Constituição ao governo federal são poucos e definidos. Os que devem permanecer nos governos estaduais são numerosos e indefinidos. O primeiro será exercido principalmente em objetos externos, como guerra, paz, negociação e comércio externo.

[...] Os poderes reservados aos vários Estados se estenderão a todos os objetos que, no curso normal das atividades, dizem respeito à vida, liberdades e propriedades do povo, e à ordem interna, melhoria e prosperidade do Estado.” (Tradução livre do autor).

3. A EVOLUÇÃO DO DIREITO LEGISLADO NA ESTRUTURA LEGAL NORTE-AMERICANA

Logo após a ratificação da Constituição dos Estados Unidos da América, os tribunais começaram a receber e a julgar as demandas. No início, o Direito era desenvolvido nas cortes pelos juízes resolvendo as disputas com base na *Commom Law*. Os advogados buscavam nos casos já resolvidos, já decididos pelas cortes a noção do direito de seus clientes. Nesta época, início dos anos 1800, a improvisação era abundante em razão de que não haviam estatutos legais a serem interpretados e a lei era proveniente das invenções judiciais, principalmente nas áreas do Direito em que sequer haviam Precedentes.²⁹

Esckridge, sobre a presença do Direito Legislado nos Estados Unidos da América, leciona:

“America is a republic of statutes. That is, mst of the law Americans must obey originates in legislation, either direct statutory commands or regulatory requirements issued by agencies implementing statutes. This a big change era, when most of rules followed by businesses, individuals, and governmental officials were judge-made rules, namely, the “common law”. Over time, statutes and agency regulations have displaced the common law.”³⁰ (Aspas conforme o original)

Atualmente a sistemática de atuação dos advogados é diferente, pois, antes de estudar os casos análogos para buscar a identificação de um Precedente para resolver a sua demanda, ele pesquisa primeiro se existe uma norma ou regulamento que a envolva.

²⁹ SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. **Reading Law: The Interpretation of Legal Texts**. St Paul, MN: Thomson Wes, 2012 p. xxx.

³⁰ ESKRIDGE Jr., William N. **Interpreting Law. A Primer on How to Read Statutes and the Constitution**. St Paul, MN: Foudation Press, 2016. p.1. Em Língua Portuguesa: “A América é a república dos estatutos. Ou seja, a maioria da lei que os americanos devem obedecer se origina na legislação, sejam comandos estatutários diretos ou requisitos regulatórios emitidos por agências que implementam estatutos. Essa é uma grande mudança, quando a maioria das regras seguidas por empresas, indivíduos e funcionários do governo eram feitas por juízes, a saber, o “direito comum”. Com o tempo, os estatutos e os regulamentos das agências substituíram a lei comum.” (Livre tradução do autor)

Para Calabresi:

“The last fifty to eighty years have seen fundamental change in American law. In this time we have gone from a legal system dominated by the common law, divined by courts, to one in which statutes, enacted by legislatures, have become the primary source of law. The consequences of this “orgy of statute making”, in Grant Gilmore’s phrase, are just beginning to be reconized. The change itself and it’s effect on our whole legal-political system have not been systematically treated.”³¹

O Sistema Jurídico dos Estados Unidos da América é derivado da Constituição que estabelece o Princípio da Separação dos Poderes³² como uma das suas premissas. Desta forma, as Cortes não “escrevem” as leis e sim o Poder Legislativo, na mesma forma como acontece no modelo brasileiro. Para Cappali:

“Should courts possess the power to write authorite substantive lawas in their opinions, a starling reallocation of powers between courts and legislatures would occur, onde unacceptable to american political thought.”³³

³¹ CALABRESI, Guido. **A Common Law for the Age of Statutes**. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 1982. p.1. Em Língua Portuguesa: “Nos últimos cinquenta a oitenta anos, houve uma mudança fundamental na lei americana. Nesse período, passamos de um sistema jurídico dominado pelo direito comum, divinado pelos tribunais, para um em que os estatutos, promulgados pelas legislaturas, se tornaram a principal fonte de direito. As conseqüências dessa “orgia de elaboração de estatutos”, na frase de Grant Gilmore, estão apenas começando a ser reconciliadas. A mudança em si e seus efeitos em todo o sistema político-jurídico não foram sistematicamente tratados.” (Tradução livre do autor)

³² Para Montesquieu: “Quando em uma só pessoa, ou em um mesmo corpo, de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não pode existir liberdade, pois se poderá temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado criem leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Também não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se o poder do executivo estiver unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria o legislador. E se estiver ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.” MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Título Original: *Le sprit du loix*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004. p.166.

³³ CAPPALLI, Richard B. **The American Common Law Method**. Transnational Publishers Inc: New York.1997. p.21.Em Língua Portuguesa: “Se os tribunais possuírem o poder de redigir leis substantivas autorizadas em suas opiniões, ocorreria uma realocação surpreendente de poderes entre tribunais e legislaturas, onde é inaceitável para o pensamento político americano”. (Tradução livre do autor)

Hart, por sua vez, como leciona Zanon, "...propôs aprimoramentos ao paradigma do Positivismo Jurídico, no sentido de aperfeiçoar o entendimento do direito, da moral e da coerção como fenômenos sociais distintos, mas relacionados entre si."³⁴

Mais adiante afirma que "...a abordagem de Hart é voltada principalmente ao sistema consuetudinário inglês (*common law ou judge made law*), motivo pelo qual atenta para outros aspectos daqueles mais enfatizados por Kelsen."³⁵

Hart, escreveu:

"O direito de todos os Estados modernos mostra em inúmeros pontos a influência tanto da moral social aceita quanto de ideais morais mais abrangentes. Essas influências ingressam no direito quer abrupta e explicitamente, através da legislação, quer silenciosamente e pouco a pouco, através do processo judicial. **Em alguns sistemas, como nos Estados Unidos, os critérios últimos de validade jurídica incorporam explicitamente princípios de justiça ou valores morais substantivos.**"³⁶
(Grifamos)

Para Hart, embora um sistema de precedentes possa produzir um conjunto de regras, um Precedente em si pode ser melhor descrito não como uma regra legal, mas como um exemplo que chama de autoritativo, que, como regras legais, são exemplos de interpretação aberta. Segundo ele, a extração de uma regra de um caso pode levar um tribunal a restringir ou ampliar o número de instâncias às quais o caso se aplica e, portanto, pode-se afirmar que os juízes, em virtude da doutrina do Precedente, são capazes de se envolver em atividades legislativas, para executar uma função de produção de regras

³⁴ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. *Curso de filosofia jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.223.

³⁵ ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. *Curso de filosofia jurídica*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p.223.

³⁶ HART, H.L.A. *O conceito de direito*. Título Original: *Concept of Law*. Tradução de Antônio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Marins Fontes, 2018.p.263

que é muito semelhante ao exercício de poderes de criação de regras delegadas aos legisladores.³⁷

Muito se discute na doutrina americana o crescimento do direito legislado no sentido da continuidade das tradições da *Common Law* naquele país. A natureza da adjudicação na *Common Law* significa que nenhum juiz poderia, em última instância, mudar a lei, e uma série de juízes só poderia fazê-lo ao longo do tempo e em resposta a alteração de fatos e situações.³⁸

Porém, em um sistema democrático onde os legisladores são eleitos popularmente, existe a possibilidade de reverter a continuidade das decisões judiciais utilizando-se os estatutos como forma de normatização. Assim, em certo sentido, os legisladores tem a última palavra.³⁹

4. A ATIVIDADE INTERPRETATIVA COMO FORMA DE APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO NORTE-AMERICANA E SEUS REFLEXOS

Em sua forma mais básica, a interpretação da lei é a função de discernir a intenção do legislador, que, constitucionalmente empoderado, a introduziu no universo jurídico. A interpretação dos estatutos envolve uma tarefa judicial quase inevitável, pois as palavras não se interpretam.

Para Jellum:

“Statutory interpretation is an art, not a science, a language, not a set of rules. Legislatures do not draft perfectly; ambiguity, vagueness, omission, and mistake are all common elements in the final product. Knowing how to interpret statutes in light of these imperfections will be critical to practice, because most of

³⁷ HART, H.L.A. **O Conceito de Direito**. Título Original: *Concept of Law*. Tradução de Antonio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Marins Fontes, 2018.

³⁸ CALABRESI, Guido. **A Common Law for the Age of Statutes**. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 1982.

³⁹ CALABRESI, Guido. **A Common Law for the Age of Statutes**. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 1982.

the work lawyers do today centers on statutes, whether federal or state.”⁴⁰

A atividade interpretativa no Sistema Jurídico dos Estados Unidos da América é objeto de debate desde o nascimento daquela Federação. Enquanto alguns doutrinadores debatem que a interpretação, que cabe aos juízes, deveria partir da intenção do legislador que criou a norma (*Intentionalism Theory*⁴¹), outros afirmam que a interpretação da lei deveria ser textual (*Textualism Theory*⁴²). Existe ainda a Teoria do Propositivismo (*Purposivism Theory*⁴³), cujos defensores argumentam que a norma é um ato proposital e que os juízes deveriam interpretar a norma para executar este propósito dos legisladores.

Não tão simples assim seria a interpretação defendida por Dworkin e outros doutrinadores para o modelo americano, quando defende que as principais disposições constitucionais, como uma questão de seu significado original, estabelecem princípios abstratos em vez de regras concretas ou datadas. Nesse caso, a aplicação desses princípios abstratos a casos particulares, que exigem um novo julgamento, deve ser revisada continuamente, não na tentativa de encontrar substitutos para o que a Constituição diz, mas por respeito ao que o próprio princípio quer dizer naquele momento (*Dynamic Statutory Interpretation Theory*).⁴⁴

⁴⁰ JELLUM, Linda D. **Mastering Statutory Interpretation**. 2ed. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2013. p. 5. Em Língua Portuguesa: “A interpretação estatutária é uma arte, não uma ciência, uma linguagem, não um conjunto de regras. As legislaturas não elaboram perfeitamente; ambigüamente; vaguemente, omissão e erro são elementos comuns no produto final. Saber interpretar estatutos à luz dessas imperfeições será fundamental para a prática, porque a maioria dos advogados que trabalham atualmente se concentram em estatutos, federais ou estaduais.” (Tradução livre do autor)

⁴¹ O Juiz Robert Bork é um exemplo de doutrinador da Teoria do Intencionalismo.

⁴² O Juiz da Suprema Corte Antonin Scalia foi um grande defensor e doutrinador da Teoria do Textualismo nos Estados Unidos da América.

⁴³ Henry Hart e Albert Sacks são dois doutrinadores respeitados nos Estados Unidos da América e defensores da Teoria do Propositivismo.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Título Original: *A Matter of Principles*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

4.1 Teoria do Textualismo (*Textualism*)

O textualismo é uma teoria sob a qual seus adeptos, textualistas, buscam o significado público das palavras usadas na lei no momento em que a mesma foi redigida. Não busca a intenção do legislador. Os textualistas fazem isso de maneira relativamente linear, passando de uma fonte para a próxima em ordem hierárquica até encontrar uma resposta. Eles se concentram em examinar o menor número de fontes, concentrando-se principalmente em fontes intrínsecas, especialmente o texto e sua relação com a lei como um todo.⁴⁵

A ideia central dessa teoria é que o efeito legal de uma lei deve ser consistente com o significado linguístico da mesma. Quando um juiz interpreta uma lei, ele deve determinar o que significa a linguagem daquela norma.

Os defensores da teoria do textualismo afirmam que a teoria não retira dos juízes todas as dúvidas, pois julgar sempre é uma tarefa difícil e esbarra nas dificuldades da linguagem, no significado das palavras. Porém, para os defensores desta teoria, a sua aplicação na atividade interpretativa traria maior certeza e, portanto, maior previsibilidade e Segurança Jurídica.

Para Scalia, doutrinador que defendeu com muita força a teoria da interpretação textual, enquanto Juiz da Suprema Corte, afirmava que a teoria partia de dois básicos pressupostos: "...legislators enact; judges interpret. And *interpret* is a transitive verb: judge interpret texts."⁴⁶ (Itálico no original)

O Presidente da Suprema Corte, Juiz John Marshall⁴⁷, em um dos julgamentos daquele tribunal, assim se manifestou:

⁴⁵ JELLUM, Linda D. **Mastering statutory interpretation**. 2ed. Durham, North Caroline: Carolina Academic Press, 2013.

⁴⁶ SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. **Reading Law: the Interpretation of Legal Texts**. St Paul, MN: Thomson West, 2012. p. xxx.

⁴⁷ John Marshall foi juiz da Suprema Corte de 1755 a 1835 e foi o seu quarto Presidente, iniciando seu mandato em 1801. Ao longo de seu mandato de 34 anos como Presidente do mais importante tribuna dos Estados Unidos da América, John Marshall proferiu mais de 1.000 decisões e escreveu mais de 500 opiniões. Ele desempenhou um papel fundamental na determinação do papel da Suprema Corte no governo federal, estabelecendo-o como a autoridade suprema na interpretação

“Judicial power, as contradistinguished from power of the laws, has no existence. Courts are the mere instruments of the law, and can will nothing. When they are said to exercise a discretion, it is a mere legal discretion, a discretion to be exercised in discerning the course prescribed by law; and, when that is discerning, it is the duty of the Court to follow it. Judicial power is never exercised for the purpose of giving effect to the will of the Judge; always for the purpose of giving effect to the will of the Legislature or, in other words, to the will of the law.”⁴⁸

De fato, o textualismo é uma teoria formalista que foca no significado claro que uma lei teria para o leitor comum, com um apelo intuitivo de olhar para as evidências mais concretas das expectativas legislativas e em um conteúdo mais acessível aos cidadãos.⁴⁹

Scalia, argumentava em suas manifestações em favor deste método de interpretação, que “[...]...the only thing that actually becomes law is the statutory text, any unwritten intentions of one House or of one committee or of one member are not law, nor should they be used as evidence of law.”⁵⁰

4.1.1 Teoria do Intencionalismo (*Intentionalism*)

A abordagem da Teoria do Intencionalismo é simples e clara: visa uma construção do estatuto que esteja de acordo com a intenção do Legislador.

da Constituição. Morreu em 1835, em Philadelphia, Pennsylvania. Disponível em: <https://www.biography.com/political-figure/john-marshall>, acesso em 28 set 19, as 19:00h.

⁴⁸ *Osborn v. Bank of the U.S.* 22 U.S. 738, 866 (1924). Em Língua Portuguesa: “O poder judicial, em contraste com o poder das leis, não existe. Os tribunais são meros instrumentos da lei e nada podem fazer. Quando se diz que exercem uma discricção, é uma mera discricção legal, uma discricção a ser exercida no discernimento do curso prescrito por lei; e, quando isso for exigente, é dever do Tribunal segui-lo. O poder judicial nunca é exercido com o objetivo de efetivar a vontade do juiz; sempre pelo propósito de dar efeito à vontade do Legislativo ou, em outras palavras, à vontade da lei” (Tradução livre do autor)

⁴⁹ SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. **Reading Law: the Interpretation of Legal Texts**. St Paul, MN: Thomson West, 2012.

⁵⁰ ESKRIDGE, William N.; FRICKEY, Philip P.; Garret, Elizabeth. **Legislation and statutory interpretation**. 2nd ed. New York, NY: Foundation Press, 2006.p.236. Em Língua Portuguesa: “a única coisa que realmente se torna lei é o texto legal, quaisquer intenções não escritas de uma Casa Legislativa ou de um comitê ou de um membro não são lei, nem devem ser usadas como prova de lei.” (Tradução Livre do autor)

As intenções são estados mentais, mas os legisladores que redigem as leis podem ter muitos estados mentais diferentes que são relevantes para a interpretação e construção estatutárias.

Enquanto o textualismo de significado simples se concentra no significado do texto em si, esse segundo tipo de intencionalismo prioriza a história legislativa - nos casos em que a história legislativa fornece evidências claras de quais efeitos, propósitos, objetivos ou aplicações foram pretendidos pelo legislador.

4.1.2 Teoria do Propositivismo (*Purposivism*)

A Teoria do Propositivismo prega em seu argumento que a legislação é um ato proposital, e os juízes devem interpretar os estatutos para executar esse propósito legislativo. Os purposivistas frequentemente focam no processo legislativo, levando em conta o problema que os legisladores estavam tentando resolver quando promulgaram a lei sob interpretação⁵¹.

Os defensores desta teoria acreditam que os juízes podem observar melhor a supremacia legislativa prestando atenção ao processo legislativo para preservar a integridade da legislação. Caberia aos juízes levar em consideração durante a interpretação e aplicação da lei, a forma como os legisladores divulgam seus propósitos ao elaborar a lei. Para eles, quando os tribunais interpretam a lei de maneira a respeitar o que os legisladores consideraram para a sua elaboração, o judiciário não apenas tem maior probabilidade de alcançar o resultado correto, mas também promove o respeito ao Poder Legislativo.⁵²

⁵¹ JELLUM, Linda D. **Mastering statutory interpretation**. 2. ed. Durham, North Caroline: Carolina Academic Press, 2013.

⁵² ESKRIDGE, William N.; FRICKEY, Philip P.; Garret, Elizabeth. **Legislation and statutory interpretation**. 2nd ed. New York, NY: Foundation Press, 2006

4.1.3 Teoria do Inteparação Dinâmica (*Dynamic Statutory Interpretation*)

Os juízes da Suprema Corte interpretam a Constituição normalmente consideram não apenas o texto constitucional e seu histórico, mas também sua história interpretativa subsequente, desenvolvimentos constitucionais relacionados, e fatos sociais atuais. Da mesma forma, juízes que interpretam os Precedentes normalmente consideram não apenas o texto dos precedentes e seu contexto histórico, mas também sua história subsequente e o contexto da Sociedade atual.

A Teoria da Interpretação Dinâmica argumenta que os estatutos tem que respeitar a constituição, assim como tem relação intrínseca com os Precedentes e, por esta razão deveriam ser interpretados também de acordo com o atual contexto social, político e jurídico.

Para Dworkin:

“A doutrina jurídica figura em boa parte do debate, não como um exercício de história ou doutrina jurídicas, mas antes porque o Direito confere uma forma especial e esclarecedora à controvérsia política. Quando questões políticas vão aos tribunal – como sempre acontece, mais cedo ou mais tarde, nos Estados Unidos, pelo menos – exigem, uma decisão que seja, ao mesmo tempo, específica e calcada em princípios. Devem ser decididas pormenorizadamente, na sua plena complexidade social, mas a decisão deve ser fundamentada como a emanção de uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça porque, em última análise, é isso que o império da lei realmente significa.”⁵³

Para Eskridge, que traça seu pensamento no mesmo sentido de Dworkin:

“The static vision of statutory interpretation prescribed by traditional doctrine is strikingly outdated. In practice, it imposes unrealistic burdens on judges, asking them to extract textual

⁵³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Título Original: *A Matter of Principles*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2001. p. VIII.

meaning that makes sense in the present from historical materials whose sense is often impossible to recreate faithfully. As doctrine, it is intellectually antediluvian, in light of recent developments in the philosophy of interpretation. Interpretation is not static, but dynamic. Interpretation is not an archeological discovery, 12 but a dialectical creation. Interpretation is not mere exegesis to pinpoint historical meaning, but hermeneutics to apply that meaning to current problems and circumstances.”⁵⁴

A interpretação proposta por Eskridge é o processo de entender um texto criado no passado e aplicá-lo a um problema presente. Esse processo não pode ser descrito simplesmente como a recriação de eventos passados e expectativas passadas, pois a melhor interpretação envolve o entendimento e a reconciliação do intérprete atual ao texto da lei, que é o foco formal de interpretação, envolve ainda o processo legislativo original e sua perspectiva histórica e a evolução subsequente do estatuto e seu contexto atual, especialmente as maneiras pelas quais a Sociedade e o ambiente legal do estatuto tenha evoluído ou modificado ao longo do tempo.⁵⁵

Também neste pensamento de dinamismo na interpretação da norma, Calabresi escreveu:

“Como um estatuto é difícil de revisar depois de aprovado, estão nos governando leis que não seriam e não poderiam ser promulgadas hoje, e [...] algumas dessas leis não apenas não

⁵⁴ ESKRIDGE, William N. “in” University of Pennsylvania Law Review. Vol: 13. **Dynamic Statutory Interpretation**. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3967&context=penn_law_review. Acesso em 26 set 19, às 22:13h. Em Língua Portuguesa: “A visão estática da interpretação estatutária prescrita pela doutrina tradicional está surpreendentemente desatualizada. Na prática, impõe irrealista sobrecarga aos juízes, pedindo-lhes para extrair significado textual que no presente, a partir de materiais históricos, cujo sentido é muitas vezes impossível de recriar fielmente. Como doutrina, é intelectualmente antediluviana, à luz dos recentes desenvolvimentos na filosofia da interpretação. A interpretação não é estática, mas dinâmica. A interpretação não é uma descoberta arqueológica, mas uma criação dialética. Interpretação não é mera exegese para identificar o significado histórico, mas a hermenêutica para aplicar esse significado para os problemas e circunstâncias atuais.” (Tradução livre do autor)

⁵⁵ ESKRIDGE, William N. “in” University of Pennsylvania Law Review. Vol: 13. **Dynamic statutory interpretation**. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3967&context=penn_law_review. Acesso em 26 set 19, às 22:13h

puderam ser reencenadas, mas também não se encaixam e são, de certo modo, inconsistente com todo o nosso cenário jurídico. [...] Existe uma maneira alternativa de lidar com [este] problema da obsolescência legal: conceder aos tribunais a autoridade para determinar se um estatuto é obsoleto, se de uma forma ou de outra deve ser conscientemente.”⁵⁶ (Destaque em colchete conforme o original).

A interpretação da lei é o processo de entender um texto criado no passado e aplicá-lo a um problema presente. Esse processo não pode ser descrito simplesmente como a recriação de eventos passados e expectativas passadas, pois a melhor interpretação de um estatuto é tipicamente a que mais se adequa a demanda a ser julgada. A interpretação estatutária envolve o entendimento e a reconciliação do intérprete atual de três perspectivas diferentes: (1) o texto estatutário, que é o foco formal de interpretação e restrição ao leque de opções interpretativas disponíveis (perspectiva textual); (2) o processo legislativo original e suas expectativas em torno da criação do estatuto (perspectiva histórica); e (3) a evolução subsequente do estatuto e seu contexto atual, especialmente as maneiras pelas quais a Sociedade e o ambiente legal do estatuto mudou significativamente ao longo do tempo (perspectiva evolutiva).⁵⁷

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No artigo que ora apresentamos tivemos o claro intuito de não apenas situar o leitor na ordem jurídica dos Estados Unidos da América, mas também demonstrar a relação entre a *common law* e a *civil law* dentro daquele ordenamento jurídico.

A atividade interpretativa da lei assumiu naquele país a importância de garantir a Segurança Jurídica tão quanto o

⁵⁶ CALABRESI, Guido. **A Common Law for the Age of Statutes**. Clark, NJ: The Lawbook Exchange. 1982. p. 117. (Tradução livre do autor)

⁵⁷ ESKRIDGE, William N. “in” University of Pennsylvania Law Review. Vol: 13. **Dynamic statutory interpretation**. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=3967&context=penn_law_review. Acesso em 26 set. 19, às 22:13h.

Princípio do *Stare Decisis*, equivocando-se quem ainda acha que não existe nos Estados Unidos atividade legislativa com forte poder regulatório.

Cabem aos tribunais aplicar e interpretar a lei, “fazer lei” apenas nos casos em que haja omissão em relação a determinada situação concreta.

A tripartição dos poderes estabelecida formalmente na Constituição Federal americana é a base daquele Sistema Jurídico, nasceu com a Lei Maior americana e continua forte até hoje.

REFERÊNCIAS

CAPPALLI, Richard B. **The American Common Law method**. Transnational Publishers Inc: New York. 1997.

CALABRESI, Guido. **A Common Law for the age of statutes**. Clark, NJ: The Lawbook Exchange, 1982.

CHEMERINSKY, Erwin. **Constitutional Law**. Principles and policies. 5. ed. New York, NY: Wolters Kluwer, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Título Original: *A Matter of Principles*. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ESKRIDGE Jr., William N. Interpreting Law. **A primer on how to read statutes and the constitution**. St Paul, MN: Foundation Press, 2016.

ESKRIDGE, William N.; FRICKEY, Philip P.; Garret, Elizabeth. **Legislation and statutory interpretation**. 2 nd ed. New York, NY: Foundation Press, 2006.

FARNSWORTH, E. Allan. **An introduction to the legal system of the United States**. 4. ed. New York: Oxford University Press, 2010.

FINE, Toni M. **Introdução ao Sistema jurídico Anglo-Americano**. Tradução: Eduardo Saldanha. São Paulo: Martins Fontes. 2011.

FRIEDMAN, Lawrence M. **A History of American Law**. New York: Simon & Schuster, 2005.

HART, H.L.A. **O Conceito de direito**. Título Original: Concept of Law. Tradução de Antonio de Oliveira Sette Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

JELLUM, Linda D. **Mastering statutory interpretation**. 2. ed. Durham, North Carolina: Carolina Academic Press, 2013.

LAWSON, Gary. “in” FORT, David F.; SPALDING, Matthew. **The heritage guide to the constitution**. Fully revised. 2. ed. Washington, DC: Regnery Publishing, 2014.

MONTESQUIEU. **Do espírito das Leis**. Título original: Le sprit du loix. Trad. Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

MORRISON, Alan B. **Fundamentals of American Law**. New York: Oxford University Press, 1998.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática**. 14. ed. rev. atual. e ampl. Florianópolis: EMais, 2018.

SCALIA, Antonin; GARNER, Bryan A. **Reading Law: the interpretation of legal texts**. St Paul, MN: Thomson Wes, 2012.

STEPHENS, Otis H; RATHJEN, Gregory J. **The Supreme Court and the allocation of constitutional power**. San Francisco, CA: W.H. Freeman and Company, 1980.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria complexa do direito**. 3. ed. ver. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

ZANON JÚNIOR, Orlando Luiz. **Curso de filosofia jurídica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019

O CONHECIMENTO COMUNITÁRIO PARA O PLANEJAMENTO E O DESENVOLVIMENTO URBANO: O CASO DO MUNICÍPIO DE BLUMENAU

Alessandro de Medeiros¹

RESUMO

O conhecimento comunitário ou local pode ser compreendido como o resultado de um processo ativo de envolvimento, compartilhamento e troca de experiências entre os membros de uma comunidade e despertado interesse nos estudos que buscam ampliar a participação social nos processos de planejamento e gestão urbanos.

Em vista disto, o objetivo deste estudo foi analisar o processo de acesso e compartilhamento do conhecimento comunitário na elaboração do planejamento urbano, através de estudo de caso no município de Blumenau/SC.

A pesquisa foi desenvolvida através de uma abordagem qualitativa de natureza exploratória, por meio de dados secundários e entrevistas com gestores públicos e representantes da comunidade.

Nesse contexto, se identificou as evidências utilizadas para captação do conhecimento comunitário, e como ocorre a participação popular e da sociedade civil organizada na constituição do planejamento urbano participativo na elaboração do programa de desenvolvimento urbano “Blumenau 2050”.

Além disso, descrevem-se as mudanças estratégicas ocorridas na administração Pública no Município de Blumenau em busca

¹ Mestre em Administração com área de concentração em Organizações e Sociedades pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALE. Especialista em Gestão Ambiental pela FUCAP Univinte. Professor titular da disciplina de teoria geral do direito na FUCAP Univinte. E-mail: direitoformal@gmail.com.

de apropriar parte do conhecimento comunitário na elaboração de políticas voltadas para o planejamento urbano.

Os resultados indicam intenção da administração local de interações com a comunidade para adequação das novas legislações e para a implementação de processo de mudança na cidade.

Ainda, utilizar as informações coletadas na comunidade como parâmetros para a aferição dos resultados do planejamento urbano do município, auxilia os gestores na avaliação de seu desempenho, fornecendo bases para o planejamento de futuras ações.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da história, a busca do desenvolvimento urbano, justificada no crescimento econômico nos Municípios, desencadeou processos de expansão desordenados, gerando situações indesejáveis, como ausência de saneamento básico, transporte, lazer, habitação, saúde, segurança, além do esgotamento dos recursos naturais. Atualmente, o desenvolvimento como ato de crescer, progredir, não pode ser compreendido basicamente como crescimento limitado, uma vez que os ambientes possuem seus limites e capacidades, e para isso necessitam ser observados².

Para transformar a sociedade local em uma terceira esfera de poder, torna-se necessária a aplicação de estratégias alternativas de desenvolvimento, baseadas em critérios de racionalidade social, com fundamento na participação das pessoas afetadas pela atual situação³. Para o desenvolvimento urbano democrático o poder local é o marco legal para

² FREY, Klaus. A dimensão político-democrática nas teorias de desenvolvimento sustentável e suas implicações para a gestão local. **Ambiente & Sociedade**, v. IV, n. 9, jan/jun/2001. p. 22

³ FERNANDES, Valdir. SAMPAIO, Carlos Alberto Ciose. Formulação de estratégias de desenvolvimento baseado no conhecimento local. **Revista de Administração e Empresas**, RAE-eletrônica, v. 5, n. 2, Jul/dez. 2006. p. 4.

formulação de políticas urbanas locais e novas formas de planejamento, ainda, com a possibilidade de solidificar estratégias políticas com outros municípios⁴.

A participação, sob a influência de seus atores sociais (comunidades), por meio de um processo de diálogo e negociação contínua, com vistas a um novo paradigma de gestão para o desenvolvimento local constitui uma nova dimensão na discussão das divergências urbanas⁵. Assim, um planejamento estratégico é de caráter participativo quando a população não somente é consultada, mas delibera sobre os assuntos de seu interesse⁶.

Esta pesquisa objetivou relacionar as inovações nascidas no seio da sociedade, fruto do conhecimento comunitário e a suas incidências no planejamento e desenvolvimento urbano como forma de evidenciar a importância da sociedade no desenvolvimento de um planejamento urbano participativo. A partir de conceitos de gestão do conhecimento, gestão participativa e planejamento urbano investigou-se o planejamento urbano aplicado no Município de Blumenau, precisamente no projeto “Blumenau 2050”⁷.

Nesta pesquisa o conhecimento comunitário pode ser definido como as experiências que retratam problemas sociais e as alternativas vislumbradas na resolução destes. Ainda, considera-se a gestão do conhecimento comunitário como o método sistêmico baseado na integração da informação,

⁴ FERREIRA, Aurilene dos Santos. Instituições políticas locais versus instrumentos de planejamento e gestão urbana no município de Itaituba-PA. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**. v. 6, n. 3 p. 22-49, set-dez/2010.l.p.29.

⁵ FERREIRA, Aurilene dos Santos. Instituições políticas locais versus instrumentos de planejamento e gestão urbana no município de Itaituba-PA. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**. v. 6, n. 3 p. 22-49, set-dez/2010.l. 29.

⁶ ROSSETTO, Adriana Marques; ROSSETTO, Carlos Ricardo; ORTH, Dora Maria. Gestão Ambiental Integrada ao Desenvolvimento Sustentável: um estudo de caso em Passo Fundo. **Revista de Administração Pública**. RAP, v. 40 n. 5, p. 809 – 840, Set./Out. 2006. p.817.

⁷ BLUMENAU. Blumenau em Ação – Complexo da Ponte do Badenfurt. **Revista de Divulgação do Programa de Desenvolvimento Urbano de Blumenau**. v. 3, n. 3, jun.2012. p. 2.

coordenado pela gestão pública e destinado para adequação deste conhecimento em prol de um planejamento urbano⁸.

O acesso ao conhecimento comunitário na administração pública local, como alternativa para elaboração de planejamento urbano eficiente se apresenta por um lado como um valor estratégico, e por outro, como um desafio de pesquisa. Exemplo deste desafio, temos presenciado que apesar dos debates públicos estimularem novos instrumentos de planejamento, os gestores locais têm demonstrado dificuldades para converter as diversas demandas ambientalistas em políticas públicas capazes de mover o modelo alternativo de desenvolvimento⁹.

Assim, optou-se como campo empírico para o estudo, analisar o processo de planejamento de uma cidade empenhada em programas de desenvolvimento e planejamento urbano, como é caso de Blumenau/SC. Considerando-se a importância da sociedade na participação do equilíbrio ambiental urbano, com fulcro nos dados e informações locais ¹⁰, buscou-se responder a seguinte questão de pesquisa: como o conhecimento comunitário pode ser acessado e compartilhado para a elaboração de programa de desenvolvimento de um município, de modo a contribuir para o seu planejamento urbano?

Apresenta-se a seguir uma revisão da literatura, e na sequência, apresenta-se o método de pesquisa, resultados e análise, e por fim, as considerações finais.

⁸ DOWBOR, Ladislau. Políticas nacionais de apoio ao desenvolvimento local: empreendedorismo local e tecnologias sociais. **Revista de Administração Pública -RAP**. Rio de Janeiro, v. 39, n. 2, p. 187-206. mar./abr, 2005. p.192.

⁹ COELHO, Espartaco Madureira. Gestão do conhecimento como sistema de gestão para o setor público. **Revista do Serviço Público**. v. 1, n. 1 e 2, p. 89-113, Jan/Jun. 2004.

¹⁰ DOWBOR, Ladislau. Os novos espaços do conhecimento. In: BRUNO, Lúcia (org.). **Educação e trabalho no capitalismo contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 1996.

2. A GESTÃO DO CONHECIMENTO PARA O ACESSO E O COMPARTILHAMENTO DE EXPERIÊNCIAS DA COMUNIDADE

A partir do indivíduo, o conhecimento precisa ser compartilhado, desenvolvido em termos de grupo ou divisão, movendo-se em espiral na organização, em uma difusão interativa. Para Polanyi¹¹ (1966), o conhecimento tácito é o conhecimento pessoal, espontâneo, experimental e difícil de ser verbalizado. Ao contrário do conhecimento explícito que é aquele registrado em documentos, divulgado nos processos, serviços e produtos.

Entende-se a criação de conhecimento como um processo contínuo que supera os limites individuais e as limitações impostas pelas informações e aprendizados passados, por meio da aquisição de um novo contexto, uma nova visão do mundo e novos *insights*¹².

Uma organização é incapaz de aprender sozinha, ela depende de seus colaboradores que são os indivíduos dotados de tal capacidade¹³. Torna-se necessário implantar um processo contínuo de “garimpar” e “compartilhar” experiências, as quais são vivenciadas em todas as atividades participantes da cadeia de valor da prestação de serviço e estabelecer tanto estratégias mais eficazes, como modelos de gestão mais eficientes¹⁴.

Além da visão empresarial, a construção do conhecimento (conversão) é um fenômeno social entre indivíduos, não confinada dentro de um indivíduo e ocorre de

¹¹ POLANYI, Michael. **The tacit dimension**. London: Routledge and Kegan Paul, 1966. p. 10.

¹² NONAKA, Ikujiro; VON KROGH, Georg. VOELPEL, Sven. **Organizational Knowledge Creation Theory: Evolutionary Paths and Future Advances**. Paper Review. Organização Studies. 2006. p. 1196.

¹³ SORDI, José Osvaldo de; AZEVEDO, Marcia Carvalho. Análises das competências individuais e organizacionais associadas à prática de gestão do conhecimento. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**. v. 10, n 29. out/dez 2008. p. 397.

¹⁴ GONÇALO, Claudio Reis. BORGES, Maria de Lourdes. Organizações de Saúde Intensivas em Conhecimento: Um estudo de caso no contexto de serviços de alta complexidade. **Revista Saúde Sociedade**. v.19, p. 449-461. n.2, 2010.

forma interativa. A socialização dá origem ao conhecimento compartilhado; a externalização gera conhecimento conceitual; a combinação origina o conhecimento sistêmico e a internalização produz conhecimento operacional e inovador¹⁵.

O objetivo da gestão do conhecimento para esta pesquisa é proporcionar uma estrutura de análise para o acesso das experiências de uma determinada comunidade, estabelecendo procedimentos sincronizados que possam ser implantados pela administração pública.

A organização pública requer um pensamento governamental que extrapola a unicidade decisória, exigindo maior capacidade de representação por parte da coletividade no fortalecimento dos arranjos políticos, na busca do efetivo exercício de suas atribuições constitucionais ligadas à execução e monitoramento de políticas públicas¹⁶. A diferença da Gestão do Conhecimento das organizações privadas em relação às públicas, é que naquelas as estratégias são implantadas porque se não inovarem tendem a desaparecer com uma maior rapidez, porém nas últimas, são motivadas a buscar um novo cenário para lidar com as pressões legítimas de uma sociedade cada vez mais exigente¹⁷. As organizações precisam estar capacitadas para suportar a crescente demanda de informação e conhecimentos, implantando estruturas organizacionais e tecnologias flexíveis que colaborem com a tomada de decisão em tempo hábil e para se adaptar às mudanças do meio ambiente em que estão inseridas¹⁸.

¹⁵ ESCRIVÃO, Giovana; NAGANO, Marcelo Seido; ESCRIVÃO FILHO, Edmundo. A gestão do conhecimento na educação ambiental. **Perspectiva em Ciência da Informação**. v. 16, n. 1, jan/mar.2011. p. 98.

¹⁶ FERREIRA, Aurilene dos Santos. Instituições políticas locais versus instrumentos de planejamento e gestão urbana no município de Itaituba-PA. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**. v. 6, n. 3 p. 22-49, set-dez/2010. p.28.

¹⁷ BRITO, Lidia Maria Pinto; OLIVEIRA, Patrícia Webber Souza de; CASTRO, Ahiram Brunni Cartaxo de. Gestão do conhecimento numa instituição pública de assistência técnica e extensão rural do nordeste do Brasil. **Revista de Administração Pública**. v. 46. set./out. 2012. p. 1345.

¹⁸ CAMPOS, Marcelo Moreira; BAPTISTA, Sofia Galvão. Gestão do conhecimento organizacional na administração pública federal. **Revista Ibero-americana de Ciência da Informação**. v. 1, p. 181-197, 2008. p. 183.

Contudo, as organizações públicas têm tido dificuldades em utilizar o conhecimento para gerenciar com rapidez desafios inesperados, bem como criar métodos de participação dos cidadãos, das organizações não governamentais e outros atores sociais para atuar com o Estado na elaboração e na implementação de políticas públicas¹⁹.

A ação da administração pública precisa estar sincronizada com as exigências atuais da sociedade, buscando propiciar, eficácia e efetividade na gestão do bem comum. Um dos instrumentos para esse objetivo é o planejamento ancorado na gestão do conhecimento, que envolve um modo de pensar sobre o futuro, desenvolvido a partir da determinação de estados desejados e a avaliação e implementação de ações que permitam que tais estados sejam alcançados, promovendo uma ação mais efetiva sobre a realidade²⁰.

Após anos de complexidades presentes na administração pública, baseado em mecanismos primitivos de gestão, cria-se a necessidade de uma maior valorização do cidadão nas decisões políticas. Propõe-se que a administração pública venha evoluir para o conceito de sociedade moderna utilizando-se de novas ciências capazes de articular o conhecimento presente na atividade humana.

3. GESTÃO DO CONHECIMENTO COMUNITÁRIO

Na discussão dos processos do desenvolvimento local, surge a necessidade da presença permanente dos atores

¹⁹ BATISTA, Fábio Ferreira; QUANDT, Carlos Olavo; PACHECO, Fernando Flávio; TERRA, José Claudio Cyrineu. **Gestão do conhecimento na administração pública**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Texto para discussão, n. 1195. p. 49, 2005.

²⁰ ABREU, Ana Claudia Donner; HELOU, Angela Regina Heizen Amin; SAISS, Gerson; SANTOS, Nerí dos. A gestão do conhecimento voltada à administração pública: a cognição situada no contexto do planejamento estratégico situacional. *In: VIII SEGeT Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia*, 2011, Resende - RJ. ANAIS VIII SEGeT. Niterói - RJ: AEDB, v. 01. p. 001-013, 2011. p.4.

diretos e indiretos envolvidos com o local a que pertencem²¹. Verifica-se que em um determinado território, as pessoas passam a se identificar como comunidade, a administrar conjuntamente problemas que são comuns. Aprender a integrar-se possibilita um importante papel na busca das riquezas de cada comunidade, sob forma de capital social²². São as pessoas que vivem na localidade, que a conhecem efetivamente, que sabem realmente quais são seus anseios, como também quais são os principais recursos subutilizados.

As iniciativas locais se caracterizam pelo fato de constituírem processos menores que podem ser ampliados, passíveis de favorecer e estimular avanços locais, atingindo resultados expressivos²³. Tais iniciativas reforçam que a sociedade civil precisa ser vista, de forma geral, como uma fornecedora de informações, nos quais os centros de decisão possam levar seus interesses em consideração e assegurar soluções para os problemas. Articular o funcionamento do sistema político com maior interação entre poder público e sociedade civil está no amadurecimento e aperfeiçoamento dos processos participativos, possibilitando a implementação de políticas urbanas mais eficientes²⁴.

Um das principais barreiras presente nos problemas que afligem a população, no direcionamento dos recursos para áreas não prioritárias, e em muitos casos proporcionando um sistema burocrático e ineficiente, está na dificuldade de reflexão

²¹ SILVA, Christian Luiz da. REZENDE, Denis Alcides. BOLLMANN, Harry Alberto. Planejamento e Políticas Ambientais de Curitiba: discutindo a efetividade da ação pública no período de 1998 a 2005. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**. v.7, n2, p-58-89, mai-ago/2011. p. 61.

²² DOWBOR, Ladislau. Educação e apropriação do conhecimento local. **Revista de Estudo Avançados**. REA. São Paulo, v. 21, n. 60, 2007. p. 79.

²³ DOWBOR, Ladislau. Políticas nacionais de apoio ao desenvolvimento local: empreendedorismo local e tecnologias sociais. **Revista de Administração Pública -RAP**. Rio de Janeiro, v. 39, n. 2, p. 187-206. mar./abr, 2005. p. 195.

²⁴ SILVA, Christian Luiz da. REZENDE, Denis Alcides. BOLLMANN, Harry Alberto. Planejamento e Políticas Ambientais de Curitiba: discutindo a efetividade da ação pública no período de 1998 a 2005. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**. v.7, n2, p-58-89, mai-ago/2011. p.64.

e de disseminação do conhecimento no setor público para incrementar novos planejamentos²⁵.

O uso do conhecimento volta-se ao presente, onde os avanços são gerados ao longo de sua produção e aplicação, marcadas pelas interações sociais com meio, sendo a inovação um indicador para representar o conhecimento registrado. Assim, a gestão do conhecimento é produto de interpretações e produz outras representações, servindo como fonte de novos modelos no estudo da sociedade²⁶.

A gestão do conhecimento, inicialmente aplicada na gestão privada, desencadeou nas organizações melhores alternativas de mobilizar e alavancar o conhecimento individual e integrá-lo ao conhecimento organizacional²⁷. Com sua utilização na gestão pública surge uma possibilidade de resultados positivos voltados para o bem estar da sociedade, exigindo para isso que as informações produzidas na comunidade em processos participativos possam ser transformadas em um conhecimento comunitário. Os administradores públicos “devem internalizar as novas informações produzidas por meio da exposição das velhas, no contexto das experiências, da interpretação e do julgamento das pessoas”²⁸.

O termo conhecimento comunitário ou local pode ser utilizado como resultado de um processo ativo de envolvimento, compartilhamento e troca de experiências entre os membros de

²⁵ CARVALHO, Antônio Ramalho de Souza. OLIVEIRA, Edson Aparecida de Araújo Querido. Diagnóstico das Barreiras do aprendizado organizacional que levam à deterioração da gestão pública moderna. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**. v.1, n.1 p.34-51, jan-abr/2005.

²⁶ BUFREM, Leila Santiago. Levantando significações para significantes: da gestão do conhecimento a organização do saber. **Revista Eletrônica de Biblioteconomia e Ciência da Informação** n. esp., 1º sem. 2004

²⁷ FIGUEIREDO, S. P. Gestão do conhecimento: estratégias competitivas para a criação e mobilização do conhecimento na empresa. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005. p. 6.

²⁸ SZEREMETA, Jerzy. Participação genuína na era da tecnologia de informação e comunicação (TIC). **Cadernos Fiem VIII – Gestão Pública e Participação**. p. 99 – 133, 2005.

uma comunidade. Segundo Rahman²⁹ para o termo conhecimento comunitário há uma série de termos equivalentes, entre os quais se encontram "Conhecimento Ecológico Tradicional", "Conhecimento Ecológico e Sistemas de Manejo Tradicionais", "Conhecimento Local", "Conhecimento Indígena", "Conhecimento das Populações Rurais" e "Conhecimento dos Produtores Rurais".

Independente da nomenclatura, o conhecimento comunitário é alvo de intensa discussão, em diversos ambientes, quanto à legitimidade da sua apropriação pelos sistemas contemporâneos, principalmente, na limitação e possibilidade de regulamentação da sua propriedade sob formas de patentes ou instrumentos legais³⁰.

Para que haja um processo de planejamento baseado no conhecimento comunitário considera-se como fator crítico a implementação de um conjunto de subsistência de informação, assim a comunidade poderá cadastrar suas experiências e vivências, que acabam sendo inutilizadas. A estrutura do conhecimento comunitário não necessariamente envolve produzir informações novas, pois diversas são as informações existentes em secretarias, empresas ou demais entidades, com diversas metodologias, porém pouco articuladas. Essa base hoje, dispersa e fragmentada quando organizada, significa o ponto de partida para uma série de propostas para determinadas regiões³¹.

Frisa-se que o equilíbrio local está enraizado no conhecimento de sua comunidade. A captação do conhecimento

²⁹ RAHMAN, Aatur. Development of an Integrated Traditional and Scientific Knowledge Base: A Mechanism for Accessing, Benefit-Sharing and Documenting Traditional Knowledge for Sustainable Socio-Economic Development and Poverty Alleviation. **UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge**, Innovations and Practices. Genebra, out/nov., 2000. p.3.

³⁰ MELLO, Livia Coelho de; RIGOLIN, Camila Carneiro Dias Rigolin. Proposta teórica e metodológica para analisar a produção científica de teses e dissertações sobre conhecimento tradicional. **Revista Brasileira de Ciência, Tecnologia e Sociedade**. RBCTS. v. 2, n1, p. 157-167, p. 157-167, jan/jun. 2011. p. 160.

³¹ DOWBOR, Ladilau. Educação e apropriação do conhecimento local. **Revista de Estudo Avançados**. REA. São Paulo, v. 21, n. 60, 2007. p. 89.

comunitário atrelado aos fatores legais, instituídos pelas políticas participativas oportuniza o desenvolvimento da comunidade, proporcionando a qualidade de vida. Assim, a gestão do conhecimento em consonância com a administração pública participativa pode tornar-se indissociável para obtenção de resultados significativos no planejamento urbano.

Presente a visão da gestão pública participativa, perceber o conhecimento comunitário como fonte de propostas inovadoras para o desenvolvimento urbano, garantirá à comunidade compreender sua realidade e propor novas estratégias.

4. MÉTODO DE PESQUISA

O estudo caracterizou-se como uma pesquisa exploratória, com abordagem qualitativa e que se estruturou a partir de um estudo de caso. A pesquisa qualitativa viabiliza a compreensão dos problemas práticos, decorrentes das intrincadas situações individuais e sociais presentes nas atividades e procedimentos e nas interações cotidianas³². Para análise do contexto social utilizou-se a estratégia exploratória possibilitando familiarizar-se com as pessoas e suas preocupações³³.

O campo empírico investigado se justifica a partir da existência no município de Blumenau, cidade de porte médio, de grande impacto econômico no estado de Santa Catarina, de um processo de planejamento urbano em andamento, que utiliza premissas de participação popular. Seu projeto “Blumenau 20050”³⁴ propôs um plano de diretrizes para o município, no que

³² YIN, R. K. **Estudo de Caso: Planejamento e métodos**, Porto Alegre. 3.ed. Bookman, p. 26-56, 2005.

³³ POUPART, J.; DESLAURIERS, J.-P.; GROULX, L.-H.; LAPIERRIÈRE, A.; MAYER, R.; PIRES, A. **A pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos**. Petrópolis, Vozes, p. 126-138, 2008.

³⁴ BLUMENAU. Blumenau em Ação – Complexo da Ponte do Badenfurt. **Revista de Divulgação do Programa de Desenvolvimento Urbano de Blumenau**. v. 3, n. 3, jun.2012. p. 7

diz respeito ao planejamento urbano, sustentado na utilização das percepções das comunidades para formatação de uma ferramenta de gestão participativa. O programa atua em eixos de trabalho e seminários de integração, priorizando decisões políticas de gestão. Devido à amplitude do tema, torna-se importante aduzir que o estudo está delimitado no projeto “Blumenau 2050”³⁵ e os mecanismos utilizados na sua elaboração sob a ótica do acesso e compartilhamento do conhecimento comunitário a partir do ano de 2006.

A pesquisa utilizou duas técnicas investigativas. A primeira, efetuada a partir de pesquisa documental, utilizou fontes secundárias em documentos internos e externos baseados na gestão local do município investigado. A segunda, a aplicação de entrevista semi-estruturada, na qual estão relacionados dois momentos marcantes no planejamento de Blumenau: Plano Diretor Participativo e o Projeto Blumenau 2050. Com a aplicação das entrevistas, os dados foram categorizados por meio de análise de conteúdo, e apresentados segundo as categorias de pesquisa: a) Conhecimento comunitário: Interação; b) Planejamento urbano: processos participativos; c) Gestão pública: política urbana e estratégias locais.

Como forma de definição dos participantes foi utilizada uma amostra do tipo não probabilística composta por seis elementos. Foram entrevistados primeiramente os principais membros da Secretaria Municipal de Planejamento Urbano – SEPLAN, de Blumenau, responsáveis pelo Projeto Blumenau 2050, bem como demais envolvidos no processo de gestão participativa do ordenamento urbano. Para definição da amostra dos demais membros foram analisadas as listas de presenças dos membros participantes desde o primeiro seminário (2008-2011), levando em conta a assiduidade e responsabilidade.

³⁵ BLUMENAU. Blumenau em Ação – Complexo da Ponte do Badenfurt. *Revista de Divulgação do Programa de Desenvolvimento Urbano de Blumenau*. v. 3, n. 3, jun.2012. p. 11.

Frente à amostra, precisamente os gestores públicos membros da SEPLAN (Secretaria Municipal de Planejamento Urbano), dois são formados em arquitetura (E1 e E2)³⁶, sendo outro formado em engenharia (E3)³⁷. No que diz respeito aos demais membros (sociedade civil organizada) são dois formados em arquitetura (E4, E5)³⁸, e uma Professora, porém com formação na área da arquitetura (E6)³⁹.

5. DESCRIÇÃO DO CASO: As categorias de pesquisa

Este capítulo transcreve as categorias de análise da presente pesquisa na constatação de elementos relativos ao acesso e compartilhamento do conhecimento comunitário, para o planejamento e gestão pública.

5.1 Caso

A participação comunitária ficou dividida em dois modelos, o primeiro levantando e ouvindo os anseios das comunidades. Posteriormente a criação de três seminários técnicos, sendo o primeiro voltado para profissionais e acadêmicos, ligados a entidades de respeito para com o assunto a ser debatido. O segundo seminário aberto a comunidade com a possibilidade de novas adequações. No último seminário técnico foi apresentado pela administração local um balanço sobre a evolução do projeto, bem como a possibilidade de novos questionamentos.

³⁶ Entrevistados E1 e E2.

³⁷ Entrevistado E3.

³⁸ Entrevistado E4 e E5.

³⁹ Entrevistado E6.

5.2 Conhecimento comunitário: Interação.

Quanto à primeira categoria, conhecimento comunitário, levou-se em consideração a interação dos conhecimentos pré-existentes para a formulação do novo projeto.

Na indagação sobre a participação da comunidade como terceiro poder no município, verificou-se não apenas como fonte de informação, mas também como instrumento de perpetuação do projeto. Segundo entrevistado E1, apenas a partir da revisão do plano diretor é que foi possível criar o projeto Blumenau 2050, havendo a necessidade de adequação ao Estatuto das cidades⁴⁰. Durante o processo de revisão do plano diretor foram realizadas 35 (trinta e cinco) audiências públicas nas regiões da cidade e a comunidade participou das oficinas temáticas. O plano diretor tornou-se importante diante dos anseios da comunidade, porém apenas ele não seria suficiente, em vista disto deu-se origem ao projeto para que as informações adquiridas nas comunidades pudessem ser discutidas com equipes técnicas e multidisciplinares⁴¹.

Quanto à captação de dados e informações, há um consenso sobre a existência de muita informação e a necessidade de ações que vão além do simples estabelecimento de diretrizes. Os entrevistados entendem ser importante resgatar os projetos já existentes na prefeitura e criar uma metodologia que pudesse prever a qualidade de vida que se quer para uma comunidade e qual a capacidade de carga de Blumenau. Neste contexto, a busca da prefeitura em resgatar os registros e estudos realizados ao longo do tempo, proporcionou uma economia de tempo e dinheiro⁴².

⁴⁰ Entrevistado E1 "... a gente começou com este trabalho, que foi a revisão do plano diretor de Blumenau" (E1).

⁴¹ Entrevistado E3 "Nós estávamos na terceira revisão do plano diretor e então pela primeira vez, a luz do estatuto das cidades, a gente fez uma revisão em consulta com a comunidade com uma visão diferenciada do que era até então" (E3).

⁴² Entrevistados E4 e E6 "... interessante é o reaproveitamento das informações já existentes na prefeitura".

Após as presenças das comunidades e captação dos dados na elaboração do plano diretor, a maioria dos entrevistados (E3, E4, E5 e E6) considera ser necessário que a sociedade civil organizada estivesse presente com um corpo mais técnico, para que o projeto Blumenau 2050 pudesse ser mais eficiente.

O resgate do conhecimento explícito pré-existente na administração pública possibilitou aos gestores públicos e sociedade um diagnóstico da atual situação do município. Todavia, o conhecimento levantado inspira para novas exigências focadas em um planejamento urbano à luz da gestão participativa.

5.3 Processo participativo na elaboração do planejamento urbano

A segunda categoria de análise sobre o processo participativo visa relatar a presença da comunidade na validação do projeto em todas as suas fases, bem como as ferramentas aplicadas para garantir a prática da gestão democrática nas decisões do poder público.

Baseado em dois modelos de referência, em Curitiba (Brasil) e Bilbao (Espanha), a participação da comunidade é um dos pontos de destaque, pois ambos apresentam as ideias em debates públicos e seminários técnicos, caracterizando a governabilidade urbana pela integração entre agentes públicos e privados⁴³

Na montagem de uma proposta adequada para as ações de planejamento, o primeiro passo foi a aplicação do método do CDP – Condicionantes, Deficiências e Potencialidades, verificando o que poderia ser alterado, e quais os problemas

⁴³ Entrevistado E3 "...para que isso virasse um documento, tivemos que buscar o apoio da sociedade. Da sociedade organizada!" (E3).

apresentados no ordenamento urbano sob a perspectiva de mudanças dentro de um determinado espaço de tempo⁴⁴.

A participação dos segmentos da sociedade, representando a comunidade local, solidificou as propostas apresentadas dentro de cada eixo de trabalho⁴⁵, no entanto a criação prévia dos eixos limitou a capacidade de ampliação do projeto, principalmente no fato de não caracterizar os assuntos relacionados a saúde e educação⁴⁶.

Um dos pontos de divergência do projeto foi a falta de apoio de alguns setores, não havendo aquela adesão necessária, mas que o empenho dos técnicos foi constante na realização do projeto⁴⁷.

Ainda, em questionamento sobre o acompanhamento participativo por parte da comunidade, E6 e E4 destacam que não há um processo contínuo junto à comunidade para reavaliação do projeto.

Apesar das divergências constatadas na participação da comunidade no planejamento urbano, percebe-se que sua intenção alterou o rumo da administração, exigindo uma nova visão, ou melhor, o surgimento de novas mudanças estratégicas e de políticas alternativas, frente ao desafio do crescimento populacional.

⁴⁴ Entrevistado E1 "... usou-se o roteiro que foi desenvolvido pela secretaria de planejamento e desenvolvimento do governo de alguns anos atrás, então eles identificam o roteiro onde o elemento pode ser mapeado como condicionante, deficiência e potencialidade... eles são C, D e P." (E1).

⁴⁵ Entrevistado E3 "... para que isso virasse um documento concreto, contamos com a participação da sociedade técnica, representando seus segmentos" (E3)

⁴⁶ Entrevistado E4 "... quando chegamos foi uma surpresa! Não fomos fazer uma discussão do Blumenau 2050, porque já havia uma pré-determinação de como seria essa discussão, já tinham os cinco eixos: 12345... daí assim economia, turismo e lazer, no mesmo pacote, não consigo entender isso!" (E4)

⁴⁷ Entrevistado E6 "... apesar da boa vontade de alguns técnicos, o desafio proposto não tem o mesmo nível de adesão, comprometimento por parte dos diferentes setores" (E6).

5.4 Gestão pública: a política urbana e as estratégias locais

A terceira categoria, política urbana e estratégias locais apresentam as barreiras encontradas, a reformulação na administração pública e a continuidade de novas adequações na administração de Blumenau.

Levantados os aspectos relacionados às barreiras, E1, E2 e E3 afirmam que a área da construção civil foi a que relutou quanto à limitação na construção de imóveis. Mesmo não havendo o questionamento sobre barreiras para alguns entrevistados E4 e E5, identificou-se a não possibilidade de alterar os eixos de trabalho, e ter acesso na gestão pública fora dos eventos oficiais, para acompanhar a formatação das propostas como uma barreira.

Para tangenciar tais barreiras, aproveitando a necessidade de coordenadores para os eixos e não havendo um requisito específico, afirmam E4 e E5 que os representantes de instituições interessadas no processo, perceberam a importância de assumir a coordenação dos trabalhos, e tentar ao máximo influenciá-lo, e assim flexibilizar a participação nos eixos⁴⁸

Questionados sobre as mudanças estratégicas ocorridas na administração pública, a de maior significância está presente na junção do Instituto de Planejamento com a SEPLAN⁴⁹. O instituto não tinha recurso adequado e agora tem cotação como secretaria e os cargos eram cumulativos⁵⁰. O quadro era considerado ineficiente, sem equipe técnica⁵¹. Outro manifesto, a partir de E1 e E2, está relacionada com a duração e efetividade

⁴⁸ Entrevistados E4 e E6 *"Dentro do IAB (Instituto de Arquitetos do Brasil) definimos participar e buscar a coordenação, ou seja, a estratégia foi definida dentro do instituto, buscamos colocar os melhores como coordenadores"* (E4 e E6).

⁴⁹ SEPLAN - Secretaria Municipal de Planejamento Urbano de Blumenau.

⁵⁰ Entrevistado E3 *"... o Instituto deixou de ser autarquia e foi absorvido pela administração direta. [...] quem era o presidente do IPUB era o secretário de planejamento, o que era diretor de desenvolvimento urbano era o diretor dentro da secretaria [...] O lado positivo, tá, eu quero comprar um computador, não repassa o dinheiro, agora como secretário tem uma cotação"* (E3).

⁵¹ Entrevistado E1 *"... não tinha um corpo técnico direto, não existia um plano de carreira"* (E1)

do projeto, pois seu resultado positivo depende exclusivamente que os profissionais envolvidos sejam do próprio quadro permanente da Prefeitura. Afirma E4 que esse é um dos pontos positivos do Projeto.

Outra mudança estratégica foi adequar a legislação urbana ao estatuto das cidades, Lei nº 10.257 de 10/07/2001, afirma E3, na implantação de instrumentos urbanísticos como estudo de impacto de vizinhança (EIV), a transferência de potencial construtivo e a outorga do direito de construir⁵².

Quanto à durabilidade do projeto, a percepção do gestor público necessitou ser alterada, seja qual for o partido, o projeto precisa ser perpetuado pelos novos gestores públicos, afastando visão retrógrada dos projetos de governo.

Outro tema foi a situação do projeto frente à catástrofe ocorrida em 2008, no qual para muitos, era o final de algo que estava começando a sair do papel, mas ao contrário do que se pensou, o Blumenau 2050 seria o instrumento de criação de uma nova cidade, e que o problema atual era propulsor para o planejamento futuro, sendo a hora de aplicar⁵³. No caso da habitação tal assunto vem sendo tratado com prioridade, pois tanto a catástrofe de 2008 e a enchente de 2011 obrigaram ao Governo Municipal tal demanda, por meio de parcerias com a administração federal e estadual.

Para alcançar a devida viabilidade do projeto o fator econômico não poderia estar desvinculado do planejamento, pois para tal concretização houve a necessidade de captação de recursos extras. O projeto Blumenau 2050, em conformidade como plano diretor participativo, proporcionou a vinda de valores significativos para o andamento do processo (E3). Através do BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento) tais políticas

⁵² BLUMENAU. Blumenau em Ação – Complexo da Ponte do Badenfurt. *Revista de Divulgação do Programa de Desenvolvimento Urbano de Blumenau*. v. 3, n. 3, jun.2012. p. 14.

⁵³ Entrevistado E3 “O primeiro questionamento que tivemos foi: então secretário a cidade veio abaixo, então rasgasse tudo né? Ao contrário agora é o grande carro chefe para Blumenau, nós temos um plano diretor [...] a partir de então nós não pensamos mais em reconstruir e sim o desafio de construir uma cidade nova” (E3)

públicas puderam ser implantadas de acordo com cada diretriz, sejam de curto, médio e longo prazo⁵⁴. Nesse sentido os entrevistados E4 e E5 concordam, e admitem o empenho da nova visão da administração pública, pois o projeto serviu de ferramenta para mudanças significativas na realidade Blumenauense.

Todo trabalho de planejamento de uma cidade requer da administração pública passos coordenados que ultrapassem suas próprias estruturas e forças. No caso de Blumenau, fatores como participação da comunidade, mudanças estratégicas e novas políticas urbanas agregadas ao conceito ao desenvolvimento, serviu como passaporte para outro ainda maior, ou seja, a captação de recursos e experiências.

6. ANÁLISE DO CASO

Percebeu-se inicialmente que a administração local identificou as novas legislações e o caminho para implantação de um processo de mudança na cidade. A criação de plano diretor participativo proporciona a captação de recursos aos municípios, porém para chegar a este patamar, o processo é complexo e na maioria das vezes todos estão fadados ao insucesso. Assim, não faz sentido fomentar a participação comunitária se não se observa uma atuação efetiva nas decisões de matérias de seu interesse⁵⁵.

Identificou-se nas entrevistas que o processo de adequação do novo plano diretor apresentou como barreira o ramo da construção civil, relutando quanto às limitações no novo zoneamento urbano, fundamentado basicamente na perda da viabilidade econômica dos imóveis. Apesar das barreiras,

⁵⁴ Entrevistado E3 "a gente tinha o planejamento e nós fomos bater em 2009 na porta do BID apresentamos esse planejamento, nunca eles tinham feito um financiamento para uma cidade com menos de 1 milhão de habitantes no programa mobilidade urbana" (E3).

⁵⁵ FERNANDES, Valdir. SAMPAIO, Carlos Alberto Ciose. Formulação de estratégias de desenvolvimento baseado no conhecimento local. *Revista de Administração e Empresas*, RAE-eletrônica, v. 5, n. 2, Jul/dez. 2006. p. 8.

constatou-se na administração pública o interesse pelas mudanças estratégicas na presença da comunidade como fonte de constatação de problemas e resoluções. Toda consulta pública precisa reunir a maior quantidade de informação como base ideal para criação do conhecimento útil⁵⁶.

Entre as evidências verificadas, pode-se citar a própria aprovação do plano diretor participativo como alavanca na elaboração do projeto Blumenau 2050. Entretanto, segundo a administração pública, tal instrumento não seria suficiente, devido às questões legais de adequação, criando a necessidade de um documento prático e técnico vinculado com as atuais reivindicações da cidade.

Outro destaque foi a reutilização de dados já elaborados pelas administrações anteriores, aproveitando os dados e informações já catalogadas, bem como a avaliação da comunidade técnica na forma participativa para o aperfeiçoamento do projeto Blumenau 2050, fugindo, então, práticas usuais. A presença da sociedade nas tomadas de decisão, sobre o ambiente urbano, estrutura ações em consequência da aproximação com os problemas sociais, e que a comunidade na forma de poder político pode requerer continuamente uma melhora da sua qualidade de vida⁵⁷.

Verificou-se que a forma de interação oportunizada pela administração local de Blumenau, mesmo com certa limitação, possibilitou a discordância da opinião pública em determinados aspectos, formando o conhecimento explícito na formação de vantagens estratégicas para gestão pública. A participação pública e suas experiências, por intermédio do planejamento e gestão inovadora, potencializam os saberes locais,

⁵⁶ SZEREMETA, Jerzy. Participação genuína na era da tecnologia de informação e comunicação (TIC). *Cadernos Flem VIII – Gestão Pública e Participação*, p. 99 – 133, 2005.

⁵⁷ DOWBOR, Ladislau. Desenvolvimento local e apropriação dos processos econômicos. *Revista IEB - RIEB*. Rio de Janeiro, v. 39, n. 51, p. 99 – 112, jun. 2010, p. 108.

externalizando a dimensão tácita do conhecimento e sua interação com o meio⁵⁸.

Entre os seminários constatou-se que os membros dos eixos apenas se reuniram no primeiro evento técnico, e que nos demais a participação passou a funcionar por meio das suas instituições, estranhamente ao projeto. Observou-se como alternativa de melhoria do processo, em seu primeiro momento, a limitação em eixos, sendo que os membros reivindicavam uma nova estrutura, algo mais flexível. No entanto, a própria administração não esclareceu que tais divisões eram frutos dos dados já levantados pela administração (condicionantes, deficiências e potencialidades), sendo que essa deficiência na gestão da informação ocasionou um desconforto por parte dos membros participantes.

A maioria dos entrevistados concorda que o projeto trouxe um diferencial para Blumenau, e que a conciliação frente das diversas visões e interesses são assuntos complexos e de difícil resolução. Pode-se afirmar que a estrutura oportunizada pela gestão pública, nessa mistura de experiências, valores e informações, criou um ambiente com nova capacidade de avaliação e incorporação das experiências. A capacidade de converter o conhecimento, de forma contínua, oportuniza identificar condições que permitam a sua criação a fim de melhorar a inovação e a aprendizagem da comunidade⁵⁹.

Nos históricos projetos de Blumenau, nenhum deles apresentou características sustentáveis, pois todos estavam vinculados aos planos de governo. Logo, um dos objetivos fundamentais do Blumenau 2050 era vinculá-lo à cidade, fazendo com que cada cidadão conheça e exija sua continuidade.

⁵⁸ FERNANDES, Valdir. SAMPAIO, Carlos Alberto Ciose. Formulação de estratégias de desenvolvimento baseado no conhecimento local. **Revista de Administração e Empresas, RAE-eletrônica**, v. 5, n. 2, Jul/dez. 2006, p. 3

⁵⁹ NONAKA, Ikujiro; TAKEUCHI, Hirotaka. **Criação do conhecimento na empresa**. Rio de Janeiro: Campus, 1997. p. 79.

A ideia de criar uma equipe gestora tecnicamente conhecedora do assunto, e do quadro funcional da administração municipal, bem como aproximar todas as demais secretarias representou um diferencial estratégico na tomada de decisão. Outro diferencial foi estabelecer um círculo integrado de informação e planejamento aperfeiçoado no primeiro seminário, com o conhecimento comunitário, oriundo das instituições participantes e seus representantes. Em destaque, Mello e Rigolin (2011)⁶⁰ consideram o conhecimento comunitário como um dos elementos fundamentais nas estratégias para promoção do desenvolvimento urbano, e classificam-no como um mecanismo de controle fundado nas tradições das populações e comunidades locais.

A partir dos resultados da pesquisa, e visando contribuir para a maior inserção do conhecimento comunitário nos processos de planejamento urbano, a seguir propõe-se uma complementação ao modelo, que podem reduzir as deficiências apresentadas, visto que o atual não contempla um processo contínuo de comunicação entre a esfera pública e a comunitária.

7. PROPOSTA DE AJUSTE DO MODELO UTILIZADO PELO PROGRAMA BLUMENAU 2050

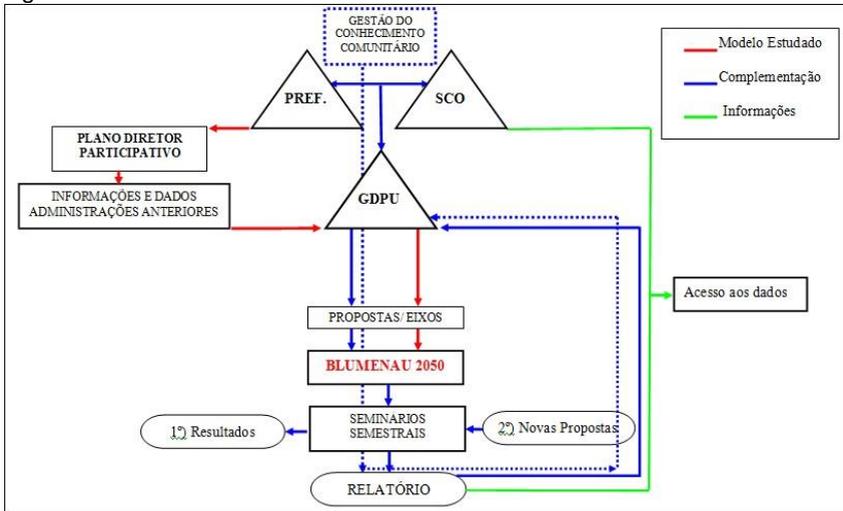
Um novo modelo poderia ter em todo seu processo a participação das entidades sociais, com membros titulares e adjuntos, reavaliando e validando as fases do processo em um menor período. Os seminários poderiam ocorrer de duas formas distintas; um destacando os resultados da execução do projeto e outro voltado a novas propostas. Esta distinção na discussão configuraria uma adequação ao projeto.

⁶⁰ MELLO, Livia Coelho de; RIGOLIN, Camila Carneiro Dias Rigolin. Proposta teórica e metodológica para analisar a produção científica de teses e dissertações sobre conhecimento tradicional. **Revista Brasileira de Ciência, Tecnologia e Sociedade**. RBCTS. v. 2, n1, p. 157-167, p. 157-167, jan/jun. 2011.

Outra iniciativa seria a existência de seminários semestrais, diferentes do atual modelo, que é bienal.

Ilustra-se a complementação do modelo atual:

Figura 1 – Modelo de Gestão do Conhecimento Comunitário



Fonte – Elaborado pelo autor.

O modelo contempla a ação conjunta entre prefeitura e a sociedade civil organizada, partindo para um GDPU (Grupo Dirigido de Planejamento Urbano) misto. Esse grupo seria responsável por buscar dados e informações capazes de elaborar propostas voltadas às realidades sociais. O conhecimento produzido nesta fase proporcionaria uma ferramenta de planejamento urbano, com um circuito de avaliação em cada seminário semestral. Os seminários apresentariam um papel duplo, de informação e demonstração de novas ideias, que depois de compiladas acrescentariam, ou não, mudanças no projeto. Toda informação produzida nestas fases seriam armazenadas e disponibilizadas para comunidade em geral. Neste contexto, o papel da administração pública apenas

será inovador se permanecer livre de vícios e se for capaz de aprimorar seus resultados a partir de ideias germinadas na sociedade, investindo na gestão do conhecimento comunitário. Destaca-se que apesar do GDU misto, o poder decisório pertence à administração pública, tendo em vista a atribuição legal do planejamento urbano estar atrelado ao poder público.

Ainda, a presença da gestão do conhecimento na administração pública permite introduzir novas práticas e procedimentos, auxiliando e impactando a administração na obtenção de vantagens administrativas para assegurar continuidade de projetos, além de atuar como ferramenta para o desenvolvimento de ações⁶¹.

Diante do exposto, constata-se que o processo de gestão do conhecimento comunitário na administração pública, influencia a tomada de decisão, contribuindo para um planejamento urbano voltado para fatores econômicos, sociais e ambientais, diagnosticando deficiências e potencialidades, assim como definindo diretrizes e ações estratégicas.

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste artigo foi analisar o processo de acesso e compartilhamento do conhecimento comunitário na elaboração do planejamento urbano, através do estudo de caso do Programa Blumenau 2050 e como a gestão do conhecimento comunitário pode influenciar o desenvolvimento de um município, de modo a contribuir para o seu planejamento.

Identificou-se como vital o acesso e a troca de informação em determinado ambiente, pois é com esse desempenho que o conhecimento operacional é produzido, e assim ocasiona mudanças significativas na sociedade, fruto do seu próprio saber. Com a gestão do conhecimento comunitário

⁶¹ CAMPOS, Marcelo Moreira; BAPTISTA, Sofia Galvão. Gestão do conhecimento organizacional na administração pública federal. *Revista Ibero-americana de Ciência da Informação*. v. 1, p. 181-197, 2008. p.188.

a administração pública passa a transformar as experiências locais em propostas ou projetos, que visam solucionar as complexidades do desenvolvimento nos municípios.

Outra estratégia apreciada no estudo é a capacidade de sintetização das informações disponíveis na administração pública, possibilitando uma iniciativa, que apesar de ser destacada como fruto da atual gestão, foi produzida a partir de outros conhecimentos já pré-estabelecidos, propondo seminários de aperfeiçoamento na aplicação do projeto Blumenau 2050.

Ainda, a existência de uma equipe multidisciplinar permanente que tenha domínio necessário sobre as propostas que serão analisadas é um diferencial apreciável em relação a outras realidades. Inserir na comunidade a ideia de um plano que pertença à cidade, impõe ao administrador em exercício o compromisso de aperfeiçoá-las, sob os olhares de uma sociedade consciente. O uso da técnica de diagnosticar a realidade e posteriormente proporcionar um ambiente adequado para discussão de ideias, inicialmente individuais, também foram pontos chaves do caso.

Uma das características divergentes no processo analisado é a forma como o conhecimento foi repassado às equipes técnicas, ou seja, não houve um maior esclarecimento quanto a determinados procedimentos pré-estabelecidos.

A presente pesquisa destaca o potencial econômico proporcionado ao município de Blumenau com sua política alternativa, na medida em que a captação de recursos financeiros necessários para implantação dos projetos só foi possível quando criado com as devidas exigências e respeito pelos sistemas de créditos públicos e investidores externos.

O estudo reflete, na perspectiva da gestão do conhecimento comunitário, que o modelo a ser implantado não pode representar a visão de conjunto na qual todos os envolvidos estão dentro do processo, porém isolados em seus ambientes. Uma nova estrutura é necessária, baseando-se em

um sistema único, interligando de forma eficiente todos os atores envolvidos (Comunidade e Poder Público) e possibilitando maiores expectativas nos resultados do planejamento do município.

REFERÊNCIAS

ABREU, Ana Claudia Donner; HELOU, Angela Regina Heizen Amin; SAISS, Gerson; SANTOS, Neri dos. A gestão do conhecimento voltada à administração pública: a cognição situada no contexto do planejamento estratégico situacional. *In: VIII SEGeT Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia*, 2011, Resende - RJ. ANAIS VIII SEGeT. Niterói - RJ: AEDB, v. 01. p. 001-013, 2011.

BATISTA, Fábio Ferreira; QUANDT, Carlos Olavo; PACHECO, Fernando Flávio; TERRA, José Claudio Cyrineu. **Gestão do conhecimento na administração pública**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Texto para discussão, n. 1195. p. 49, 2005.

BLUMENAU. Blumenau em Ação – Complexo da Ponte do Badenfurt. **Revista de Divulgação do Programa de Desenvolvimento Urbano de Blumenau**. v. 3, n. 3, jun.2012.

BRITO, Lidia Maria Pinto; OLIVEIRA, Patrícia Webber Souza de; CASTRO, Ahiram Brunni Cartaxo de. Gestão do conhecimento numa instituição pública de assistência técnica e extensão rural do nordeste do Brasil. **Revista de Administração Pública**. v. 46. set./out. 2012.

BUFREM, Leila Santiago. Levantando significações para significantes: da gestão do conhecimento a organização do saber. **Revista Eletrônica de Biblioteconomia e Ciência da Informação** n. esp., 1º sem. 2004.

CAMPOS, Marcelo Moreira; BAPTISTA, Sofia Galvão. Gestão do conhecimento organizacional na administração pública federal. **Revista Ibero-americana de Ciência da Informação**. v. 1, p. 181-197, 2008.

CARVALHO, Antônio Ramalho de Souza. OLIVEIRA, Edson Aparecida de Araújo Querido. Diagnóstico das Barreiras do aprendizado organizacional que levam à deterioração da gestão pública moderna. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**. v.1, n.1 p.34-51, jan-abr/2005.

COELHO, Espartaco Madureira. Gestão do conhecimento como sistema de gestão para o setor público. **Revista do Serviço Público**. v. 1, n. 1 e 2, p. 89-113, Jan/Jun. 2004

DOWBOR, Ladislau. Os novos espaços do conhecimento. In: BRUNO, Lúcia (org.). **Educação e trabalho no capitalismo contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 1996.

DOWBOR, Ladislau. Políticas nacionais de apoio ao desenvolvimento local: empreendedorismo local e tecnologias sociais. **Revista de Administração Pública -RAP**. Rio de Janeiro, v. 39, n. 2, p. 187-206. mar./abr. 2005.

DOWBOR, Ladislau. Educação e apropriação do conhecimento local. **Revista de Estudo Avançados**. REA. São Paulo, v. 21, n. 60, p. 79 – 92, 2007.

DOWBOR, Ladislau. Desenvolvimento local e apropriação dos processos econômicos. **Revista IEB -RIEB**. Rio de Janeiro, v. 39, n. 51, jun. 2010, p. 99 - 112.

ESCRIVÃO, Giovana; NAGANO, Marcelo Seido; ESCRIVÃO FILHO, Edmundo. A gestão do conhecimento na educação

ambiental. **Perspectiva em Ciência da Informação**. v. 16, n. 1, jan/mar.2011.

FERNANDES, Valdir. SAMPAIO, Carlos Alberto Ciose. Formulação de estratégias de desenvolvimento baseado no conhecimento local. **Revista de Administração e Empresas**, RAE-eletrônica, v. 5, n. 2, Jul/dez. 2006.

FERREIRA, Aurilene dos Santos. Instituições políticas locais versus instrumentos de planejamento e gestão urbana no município de Itaituba-PA. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional**. v. 6, n. 3 p. 22-49, set-dez/2010.

FIGUEIREDO, S. P. Gestão do conhecimento: estratégias competitivas para a criação e mobilização do conhecimento na empresa. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

FREY, Klaus. A dimensão político-democrática nas teorias de desenvolvimento sustentável e suas implicações para a gestão local. **Ambiente & Sociedade**, v. IV, n. 9, jan/jun/2001.

GONÇALO, Claudio Reis. BORGES, Maria de Lourdes. Organizações de Saúde Intensivas em Conhecimento: Um estudo de caso no contexto de serviços de alta complexidade. **Revista Saúde Sociedade**. v.19, p. 449-461. n.2, 2010.

MELLO, Livia Coelho de; RIGOLIN, Camila Carneiro Dias Rigolin. Proposta teórica e metodológica para analisar a produção científica de teses e dissertações sobre conhecimento tradicional. **Revista Brasileira de Ciência, Tecnologia e Sociedade**. RBCTS. v. 2, n1, p. 157-167, p. 157-167, jan/jun. 2011.

NONAKA, Ikujiro; VON KROGH, Georg. VOELPEL, Sven. **Organizational Knowledge Creation Theory**:

Evolutionary Paths and Future Advances. Paper Review. Organização Studies. 2006.

NONAKA, Ikujiro; TAKEUCHI, Hirotaka. **Criação do conhecimento na empresa.** Rio de Janeiro: Campus, 1997.

POLANYI, Michael. **The tacit dimension.** London: Routledge and Kegan Paul, 1966.

POUPART, J.; DESLAURIERS, J-P.; GROULX, L-H.; LAPIERRIÈRE, A.; MAYER, R.; PIRES, A. **A pesquisa Qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos.** Petrópolis, Vozes, p. 126-138, 2008.

RAHMAN, Aatur. Development of an Integrated Traditional and Scientific Knowledge Base: A Mechanism for Accessing, Benefit-Sharing and Documenting Traditional Knowledge for Sustainable Socio-Economic Development and Poverty Alleviation. **UNCTAD Expert Meeting on Systems and National Experiences for Protecting Traditional Knowledge, Innovations and Practices.** Genebra, p.3, out/nov., 2000.

ROSSETTO, Adriana Marques; ROSSETTO, Carlos Ricardo; ORTH, Dora Maria. Gestão Ambiental Integrada ao Desenvolvimento Sustentável: um estudo de caso em Passo Fundo. **Revista de Administração Pública.** RAP, v. 40 n. 5, p. 809 – 840, Set./Out. 2006

SILVA, Christian Luiz da. REZENDE, Denis Alcides. BOLLMANN, Harry Alberto. Planejamento e Políticas Ambientais de Curitiba: discutindo a efetividade da ação pública no período de 1998 a 2005. **Revista Brasileira de Gestão e Desenvolvimento Regional.** v.7, n2, p-58-89, maio/2011.

SORDI, José Osvaldo de; AZEVEDO, Marcia Carvalho. Análises das competências individuais e organizacionais associadas à prática de gestão do conhecimento. **Revista Brasileira de Gestão de Negócios**. v. 10, n 29. out/dez 2008.

SZEREMETA, Jerzy. Participação genuína na era da tecnologia de informação e comunicação (TIC). **Cadernos Flem VIII – Gestão Pública e Participação**. p. 99 – 133, 2005.

YIN, R. K. **Estudo de Caso: Planejamento e métodos**, Porto Alegre. 3.ed. Bookman, p. 26-56, 2005.

DA PROTEÇÃO AO ESTADO: POSSIBILIDADE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DAS EMPRESAS NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS

Alexsandro da Silva¹

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar se há possibilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ser aplicada no âmbito administrativo, durante a fase de habilitação de um certame licitatório, por ato da própria Administração, quando comprovadamente verificar que um participante que foi declarado inidôneo ou impedido de licitar se utiliza de nova pessoa jurídica para continuar contratando com o Poder Público. Busca-se analisar o procedimento licitatório e suas características, os princípios norteadores da licitação, as sanções administrativas previstas na legislação, as hipóteses em que são admitidas a desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, a relativização do princípio da legalidade em face da ofensa de outros princípios, bem como o posicionamento da doutrina e da jurisprudência acerca da possibilidade da própria Administração Pública, por analogia, desconsiderar a pessoa jurídica nos casos de fraude comprovada.

Para isso, adotou-se os seguintes métodos de pesquisa: quanto à abordagem, foi classificada como qualitativa, quanto ao nível,

¹ Doutorando em Administração pela UNISUL. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires (ARG). Mestre em Administração. Bacharel em Direito. Bacharel em Administração. Pós-Graduação em Gestão e Direito Ambiental. Pós-graduação em Direito Constitucional Aplicado. Pós-Graduação em Direito Penal e Processo Penal. Pós-Graduação em Gestão Pública. Pós-Graduação em Direito Tributário. Pós-Graduação em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário. MBA Internacional em Gestão Executiva. Pós-Graduação em Direito Administrativo. Pós-Graduação em Direito Corporativo e Compliance. Professor titular da disciplina de direito penal IV na FUCAP Univinte e-mail: alexsandrodasilva3@gmail.com.

como exploratória, e quanto ao procedimento adotado, a pesquisa foi bibliográfica, tendo em vista os estudos realizados na doutrina administrativista, bem como documental, pelos julgados analisados relacionados ao tema.

Com a pesquisa foi possível verificar que não há previsão legal no sentido de se desconsiderar a pessoa jurídica por ato administrativo, no entanto, como a conduta do sócio ora analisada caracteriza desvio da finalidade da pessoa jurídica e ofende aos princípios da licitação, busca-se nos pronunciamentos dos tribunais e doutrinadores a posição a ser adotada pelo gestor público para dar eficácia às sanções administrativas, desconsiderando a personalidade jurídica das empresas constituídas com o objetivo de fraudar as licitações.

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, as licitações têm se mostrado uma boa opção de negócio para os empresários de diversos ramos, tendo em vista que, durante o exercício financeiro, a administração pública deflagra inúmeros procedimentos licitatórios para adquirir e contratar uma imensa gama de produtos e serviços necessários à sua vida vegetativa.

Por se tratar de um procedimento formal, precedido sempre de dotação orçamentária, que representa uma garantia de que a Administração Pública irá cumprir com os seus compromissos, vem atraindo cada vez mais participantes. Com o aumento do interesse pelas licitações, já existem no mercado, empresas que estão se constituindo e se especializando especificamente para participar de licitações e contratar com o poder público.

Ocorre que, em alguns casos, os empresários deixam de cumprir o que prescreve o edital da licitação e acabam sofrendo as sanções previstas no artigo 87, inciso III da Lei 8.666/93:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

[...]

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;²

Diante do texto do artigo ora mencionado, podemos concluir que os objetivos da licitação são: garantir a isonomia; a seleção da proposta mais vantajosa; e promover o desenvolvimento nacional sustentável.

A isonomia, como o primeiro objetivo da licitação, é derivada do princípio constitucional da impessoalidade, que preza por oportunizar ao maior número de interessados a participação no certame visando aumentar a competitividade³, por esse motivo, o edital não só deve ser amplamente divulgado, mas também deve conter critérios objetivos e claros para aceitação das propostas e como condições de habilitação.

Ainda, em todas as fases do certame o administrador deve se respaldar nos critérios objetivamente definidos no instrumento convocatório, de forma que todas as suas decisões sejam objetivas e tenham sido previamente estipuladas.⁴ É importante lembrar que os critérios definidos no edital não podem estabelecer condições infundadas que direcionem o objeto para determinado fornecedor, caso contrário a Administração estará atentando contra a isonomia do certame, o qual não atingirá os objetivos almejados.

Para seleção da proposta mais vantajosa, nem sempre a Administração selecionará o menor preço, a depender do tipo da

² BRASIL, Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.

³ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 305.

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p.369.

licitação, a melhor proposta poderá ser a que oferecer melhor qualidade técnica ou melhor custo benefício entre preço e técnica. Como regra geral, conforme ensinamento de Marçal Justen Filho, “*Significa dizer que a Administração Pública busca a maior qualidade da prestação e o maior benefício econômico*”⁵.

O terceiro objetivo da licitação surgiu através da Lei nº 12.349/2010, incluindo como objetivo da licitação a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, que pode ser analisada sob duas vertentes. Na primeira, está ligada a intervenção do Estado no domínio econômico, onde a licitação visa proporcionar ao particular a oportunidade de contratar com o Poder Público, gerando renda e empregos. Além disso, a Administração concede uma série benefícios para Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte, visando estimular os pequenos empreendedores a expandirem seus negócios.

A outra vertente do desenvolvimento nacional sustentável está relacionada a preservação do meio ambiente. Neste caso, a Administração procura soluções para tornar suas contratações mais sustentáveis, como exemplo, incluindo nos editais de licitação preferências para os fornecedores que prestam serviços menos impactantes a degradação da natureza.⁶ Trata-se de uma conduta a ser adotada para que todos os atos administrativos causem o mínimo de impacto ambiental possível, de forma a contribuir com a preservação do meio ambiente.

2. DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

O direito brasileiro reconhece a pessoa jurídica como personalidade distinta de seus sócios e dirigentes, tendo cada um patrimônio próprio que não se confunde com o outro,

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016, p.337.

⁶ NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p.307.

principalmente nas sociedades limitadas, onde a responsabilidade dos sócios é limitada ao valor de suas quotas.

Ocorre que com essa proteção do patrimônio do sócio conferida pela pessoa jurídica, pessoas vêm desviando a sua finalidade e passando a utilizá-las como um escudo para se esquivar de suas obrigações e proteger o seu patrimônio. Como medida para frear esse tipo de conduta e impedir que a constituição de uma pessoa jurídica se torne uma estratégia para os sócios burlarem a lei e não cumprir com as suas obrigações, surgiu a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, instrumento que visa relativizar o princípio da autonomia patrimonial e desconsiderar a pessoa jurídica nos casos de fraude e má-fé dos sócios.

Cabe ressaltar que a presente teoria não trata de desfazer a pessoa jurídica, operando a extinção da sociedade, ela apenas será desconsiderada nos casos de fraude comprovada a fim de atingir os bens dos sócios na medida necessária para satisfazer suas obrigações, pois, não seria nada razoável preservar a todo custo a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, dessa forma, a lei estaria estimulando a prática da fraude.⁷

O primeiro diploma brasileiro a trazer a referida teoria foi o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 28 com a seguinte redação:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.⁸

⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 250.

⁸ BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

Nota-se pelo texto da lei, que desde a primeira previsão da presente teoria o objetivo é inibir o excesso de poder, o abuso de direito e as fraudes cometidas pelos sócios, sempre que a personalidade jurídica se mostrar como um obstáculo para satisfação das obrigações.

Após a previsão no Código do Consumidor, a Lei 9.605/98, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas por atividades lesivas ao meio ambiente, trouxe em seu artigo 4º que:

(...) poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.⁹

Sendo essa a segunda lei que trouxe a previsão da teoria para o direito brasileiro antes do Código Civil.

Finalmente, com o advento do atual Código Civil, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica ganhou espaço no artigo 50, com a seguinte redação:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.¹⁰

Com a redação do artigo 50 do Código Civil, é possível extrair o entendimento de que existem dois modos de desconsiderar a personalidade jurídica: o desvio de finalidade ou confusão patrimonial. A doutrina classifica essa divisão como teoria subjetiva e objetiva. Na primeira, apenas a comprovação

⁹ BRASIL, Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 11 ago. 2019.

¹⁰ BRASIL, Lei 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. Acesso em: 10 ago. 2019.

da fraude é suficiente para desconsiderar a pessoa jurídica; já na segunda, é necessário haver a confusão patrimonial, ou seja, deve ser constatado que bens do sócio estejam registrados em nome da pessoa jurídica ou o contrário.

É pacífico na doutrina que os dois tipos são suficientes para desconsiderar a pessoa jurídica, o que vai definir é o caso concreto, pois nem toda confusão patrimonial constitui fraude e nem toda fraude está acompanhada de confusão patrimonial. Nesse linha leciona Coelho:

A teoria subjetiva deve ser adotada como critério para circunscrever a moldura de situações em que cabe aplicá-la, ou seja, ela é a mais ajustada à teoria da desconsideração. A formulação objetiva, por sua vez, deve auxiliar na facilitação da prova pelo demandante. Quer dizer, deve-se presumir a fraude na manipulação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica se demonstrada a confusão entre os patrimônios dela e de um ou mais de seus integrantes, mas não se deve deixar de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, somente porque o demandado demonstrou ser inexistente qualquer tipo de confusão patrimonial, se caracterizada, por outro modo, a fraude.¹¹

Como se pode notar com o supracitado, diante de todas as previsões legais no ordenamento jurídico brasileiro da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, seja no Código do Consumidor, no Código Civil ou em qualquer outra lei, pode-se extrair o entendimento que independente da área do direito, sempre que a pessoa jurídica for um obstáculo ou tiver sua finalidade desviada com a intenção de fraudar a lei, ela poderá ser desconsiderada, servindo como uma ferramenta imprescindível para frear as condutas fraudulentas das pessoas de má-fé.

Cabe ressaltar que, constatada a fraude ou confusão patrimonial, a pessoa jurídica pode ser desconsiderada no

¹¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.43.

processo de conhecimento ou no processo de execução, dispensando ação autônoma. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de dispensar ação autônoma por meio do Recurso Especial 1.098.712, do relator Ministro Aldir Passarinho Júnior:

[...] A jurisprudência da Corte, em regra, dispensa ação autônoma para se levantar o véu da pessoa jurídica, mas somente em casos de abuso de direito - cujo delineamento conceitual encontra-se no art. 187 do CC/02 -, desvio de finalidade ou confusão patrimonial, é que se permite tal providência. Adota-se, assim, a "teoria maior" acerca da desconsideração da personalidade jurídica, a qual exige a configuração objetiva de tais requisitos para sua configuração. [...]

Dessa forma, é possível reconhecer o abuso de direito e aplicar a teoria diretamente no processo que se pretende o pagamento da dívida, quando não forem encontrados bens para satisfazê-la e presente a má-fé, sem necessidade de processo autônomo para tanto, buscando diretamente no patrimônio dos sócios os bens suficientes para satisfação da obrigação.

2.1 Da aplicabilidade da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo

Nos últimos anos cresceu consideravelmente o número de participantes em licitações, principalmente naquelas de pequenas compras, onde os procedimentos foram simplificados para tornar a contratação de bem se serviços comuns mais rápidas e eficientes, como é o caso do pregão. Com o surgimento do pregão na forma eletrônica através do Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, que é a regra para os órgãos federais na aquisição de bens ou serviços de natureza comum, tem ampliado ainda mais a competitividade do certame, fazendo com que empresas de qualquer lugar do país possam participar

do certame, por meio da internet, independentemente da localização do órgão promotor.

Com essa nova possibilidade de negócios, empresários passaram a se dedicar exclusivamente a contratar com o Poder Público. Ocorre que no decorrer do contrato algumas empresas não conseguem cumprir suas obrigações e, por meio de processo administrativo, lhes são aplicadas as sanções previstas no artigo 87 da Lei 8.666/93, que podem ir desde uma advertência, até a declaração de inidoneidade da empresa, dependendo da gravidade da falta.

2.2 Da aplicação análoga da desconsideração da personalidade jurídica

Sendo a própria sanção administrativa insuficiente para afastar das licitações e contratos administrativos as empresas impedidas, cogita-se aplicar, por analogia, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para diante de fraude devidamente comprovada, impedir que os sócios, através de nova empresa constituída no mesmo endereço, com o mesmo capital social, atuando no mesmo ramo, sob denominação social diversa, continue participante de licitações e contratando com o Poder Público.

Inicialmente, cabe mencionar que a lei não proíbe que uma pessoa física possa constituir mais de uma pessoa jurídica, no entanto, quando o motivo da constituição de uma nova empresa for burlar a lei de licitações, fica evidente a ilegalidade tal como nas outras hipóteses de abuso de direito na utilização da pessoa jurídica previstas na legislação brasileira.

Sobre tal possibilidade, o parágrafo único do artigo 116 do Código Tributário Nacional, alterado pela Lei complementar 104/2001, prevê uma situação semelhante à discutida neste momento:

Parágrafo único. A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.¹²

Diante da previsão legal ora apresentada, verifica-se que, se a Administração pode desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular fato gerador de tributo, não há óbice para que ela também possa desconsiderar a constituição de uma pessoa jurídica quando esta foi criada com o intuito de esconder um sócio que, por descumprimento contratual, causou prejuízos ao Poder Público e foi impedido de participar de licitações e contratos administrativos.

A Lei 12.846/13 que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública trouxe em seu artigo 5º, incisos III e IV, o seguinte:

Art. 5º. Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados;

IV - no tocante a licitações e contratos:

e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

¹² BRASIL, Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em: 21 ago. 2019.

[...]¹³

Verifica-se que na alínea b do inciso IV, a Lei trouxe exatamente a conduta que se discute nesta pesquisa, quando o sócio cria com intenção de fraude uma pessoa jurídica com a finalidade de participar de licitações ou celebrar contrato administrativo, tendo em vista que a pessoa jurídica sob a qual ele desenvolvia sua atividade empresarial anteriormente foi impedida de participar de licitações.

Desse modo, a extensão ao sócio do impedimento de licitar imputado a uma pessoa jurídica por meio da referida teoria se mostra juridicamente possível, pois visa produzir na fase de habilitação dos fornecedores de um certame exatamente os mesmos efeitos que se produz nos outros ramos do direito. Nessa linha leciona Justen Filho:

É usual submeter essa discussão à figura da desconsideração da pessoa jurídica. O tema foi versado em várias passagens anteriormente. Tem-se reputado cabível a extensão do sancionamento à pessoa física ou a terceiros na medida em que se evidencie a utilização fraudulenta e abusiva da pessoa jurídica. Isso não equivale a estabelecer que toda e qualquer penalidade administrativa será automaticamente aplicada também aos controladores e administradores. O que se reconhece é que, diante da comprovação da prática reprovável da pessoa física, que configure utilização abusiva e fraudulenta da pessoa jurídica, poderá ser admitida a extensão da penalidade também a outros sujeitos.¹⁴

Como bem destacado pelo autor, não será toda e qualquer penalidade estendida aos sócios. A aplicação da referida teoria, enquanto ainda não positivada, trata-se de uma

¹³ BRASIL, Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p.1014.

medida precária e por isso é necessário como pressuposto para a aplicação a comprovação da fraude, através do devido processo legal.

O Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, em RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA: RMS 15166 BA 2002/0094265-7

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União também já se mostrou favorável a aplicação da teoria em casos semelhantes.

Na mesma linha tem julgado o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, TRF5 - Apelação Cível n. 549737/AL, rel. Des. Francisco Barros Dias, Data da Publicação DJE 13-12-2012). (TJSC, Mandado de Segurança n. 2013.053581-9, da Capital, rel. Des. Stanley da Silva Braga, Grupo de Câmaras de Direito Público, j. 11-06-2014). (SANTA CATARINA, 2014)

Dessa forma, verifica-se que a jurisprudência tem sido favorável na possibilidade de aplicar a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo, tanto no estado de Santa Catarina como pelo Superior Tribunal de Justiça e até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de um entendimento dominante pela evidente relevância e efetividade que possui o instrumento da desconsideração da pessoa jurídica no direito brasileiro, verificando que, em relação a possibilidade de a Administração Pública aplicá-la, possui inúmeras semelhanças com os outros casos previstos na legislação, permitindo assim que, em homenagem ao princípio da moralidade administrativa, se aplique analogicamente a teoria no caso em apreço.

Portanto, é possível afirmar que a Administração Pública pode desconsiderar aquela empresa participante de um certame, quando verificado que ela foi constituída com o único intuito de continuar fazendo com que o sócio penalizado por meio de outro CNPJ, continue participando de licitações.

No entanto, segundo a própria jurisprudência, o gestor público deve observar alguns requisitos para tornar essa atuação válida, sob pena de incorrer em abuso de poder no exercício da função pública.

Tais requisitos se mostram fundamentais por serem suficientes para demonstrar a má-fé e a intenção de fraudar sanção administrativa, fazendo com que os sócios continuem a participar de licitações, pois, dificilmente haveria outro motivo para que estes constituam nova pessoa jurídica, com o mesmo objeto social, mesmo quadro societário e no mesmo endereço do que outra declarada inidônea ou impedida de licitar.

No entanto, ao constatar que um participante se utiliza de nova personalidade para continuar contratando com o Poder Público, a Administração deverá respeitar o princípio do devido processo legal, instaurando processo administrativo a fim verificar se realmente se trata de fraude, assegurando o direito à ampla defesa ao particular, sob pena do gestor público ser responsabilizado por abuso de poder.

Nesse sentido, surge questionamento sobre a possibilidade da própria Administração desconsiderar a personalidade jurídica ou se deve recorrer ao judiciário para que este reconheça a fraude e proclame a extensão aos sócios dos efeitos da sanção administrativa.

Na análise dessa questão devemos lembrar que um dos atributos do ato administrativo é a autoexecutoriedade. Isso significa dizer que os atos administrativos podem ser executados sem a intervenção do judiciário, ou seja, a própria Administração tem o poder de impor suas decisões e coagir o particular a executá-las.

O Superior Tribunal de Justiça já manifestou posição favorável através do voto do Ministro Castro Meira, no julgamento do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 15.166:

Analogicamente, como forma de garantir à Administração Pública um mecanismo eficaz de combate à fraude, é de admitir-se, em homenagem aos Princípios da Moralidade Administrativa e da Indisponibilidade do Interesse Público, possa a Administração desconsiderar a personalidade jurídica de uma sociedade constituída em fraude à lei e com abuso de forma, mesmo à margem de previsão legal específica e sem a interveniência do Poder Judiciário, graças à executoriedade dos atos administrativos, desde que, repita-se, tenha sido assegurado ao administrado a mais ampla defesa em processo administrativo regular.

Diante disso, verifica-se que há possibilidade de a Administração em ato próprio desconsiderar a pessoa jurídica na fase de habilitação de um certame, quando verificada a fraude, desde que a o órgão promotor instaure procedimento administrativo para assegurar o direito à ampla defesa ao participante.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou analisar a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica de um participante na fase de habilitação de uma licitação, quando comprovada a fraude, por ato próprio da Administração. A fraude se constitui no participante que foi declarado inidôneo ou impedido de licitar por meio de uma empresa, constituir uma nova com o mesmo quadro societário, mesmo endereço, oferecendo os mesmos produtos ou serviços, com a finalidade de burlar a sanção recebida e continuar participado de licitações e celebrando novos contratos administrativos. Buscou-se relativizar o princípio da legalidade em face da ofensa aos outros princípios norteadores do procedimento licitatório, bem como encontrar amparo na legislação através da analogia e analisar as decisões judiciais sobre o tema.

Na análise da jurisprudência foi possível concluir que os tribunais estão admitindo que a própria Administração

desconsidere a personalidade jurídica em ato próprio, quando comprovada a fraude por meio de processo administrativo, onde será assegurado o contraditório e a ampla defesa ao particular.

Tal possibilidade se justifica pois a mesma conduta vedada no direito civil é utilizada para burlar as sanções administrativas, sob o pretexto de que não existe lei que proíba a prática. Além disso, reconheceu-se que a própria Administração é legítima para desconsiderar a pessoa jurídica administrativamente, tendo em vista a autoexecutoriedade dos atos administrativos, que não dependem de provimento judicial para produzirem efeitos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.**

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL, Lei 8.666 de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 03 ago. 2019.

BRASIL, Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acesso em: 11 ago. 2019.

BRASIL, Lei 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. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL, Lei 12.846 de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12846.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário em mandado de segurança: 2002/0094265-7.** Relator: Ministro Castro Meira. Julgado em: 07 Ago. 2003. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=DESCONSIDERA%C7%C3O+DA+PERSONALIDADE+JUR%CDDICA+LICITA%C7%C3O&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 22 ago. 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 12. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 36. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo.** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

PEREIRA JUNIOR, José Torres; DOTTI, Marinês Restellato. **A desconsideração da personalidade jurídica em face de impedimentos para participar de licitações e contratar com a Administração Pública: limites jurisprudenciais.** Rio de Janeiro. Revista do TCU, 2010.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança: 2013.053581-9. Relator: Des. Stanley da Silva

Braga. Julgado em: 11 Jun. 2014. Disponível em:
http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/buscaForm.do#resultado_ancora. Acesso em: 22 ago. 2018.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO REGULAMENTO EUROPEU N. 1215 DE 2012 - O RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO AUTOMÁTICOS DE DECISÕES ESTRANGEIRAS

Ana Cristina Corrêa Melo¹

Fernanda Ambros²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o Regulamento Europeu (UE) n. 1215 do Parlamento Europeu e do Conselho, que entrou em vigor em 10 de janeiro de 2015, no que concerne à competência judiciária e o reconhecimento e execução automáticos das decisões estrangeiras em matéria civil e comercial. Pretende o estudo verificar se os avanços do Regulamento Europeu n. 1215 podem ser aplicados no MERCOSUL.

Para isso o presente trabalho utilizará o método de abordagem dedutivo, já que se parte de uma premissa geral para uma conclusão específica. Com relação aos meios, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, pois foram utilizados artigos científicos, relatórios institucionais, teses de doutorado, dissertações de mestrado, artigos publicados em periódicos e livros. E quanto aos fins, tem-se uma pesquisa de cunho descritivo, já que se

¹ Mestre em direito internacional privado pela Universidad de Buenos Aires (ARG), com reconhecimento pela Universidade de São Paulo (BRA). Especialista em relações internacionais. Pesquisadora na Universidade de São Paulo no grupo de pesquisa sobre a pluralidade das fontes no direito internacional privado e o Brasil, certificado pelo CNPq. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina, membro da Comissão Estadual de Direitos Humanos da OAB/SC. Professora titular das disciplinas de direito constitucional I, direito processual civil IV e V na FUCAP Univinte. E-mail: accorreamelo@gmail.com.

² Mestranda em direito pela UNESC. Especialista em direito e processo tributário pela Estácio de Sá e direito e processo penal pela Uniasselvi. Bacharel em direito. Servidora da Justiça Federal. Professora assistente de direito processual civil I e direito civil IV na FUCAP Univinte. E-mail: fnd@jpsc.jus.br.

pretende descrever os fatos e fenômenos sobre o objeto de estudo.

Por fim, conclui-se que no que diz respeito ao reconhecimento e execução automáticos de decisões estrangeiras, a principal diferença encontrada diz respeito ao momento em que os requisitos são apreciados.

Assim, enquanto que no MERCOSUL os requisitos formais, processuais e substanciais são apreciados de plano pelo juiz como fundamentais para o início do procedimento de reconhecimento da decisão estrangeira, na União Europeia vigora a regra da exceção, ou seja, a parte contrária, prejudicada pelos efeitos do reconhecimento da decisão, é que deverá comprovar perante o juiz que a sentença não possui requisitos suficientes para ser reconhecida e executada.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o Regulamento Europeu (UE) n. 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2012³, no que concerne à competência judiciária e o reconhecimento e execução das decisões⁴ estrangeiras em matéria civil e comercial.

Para tanto será necessário abordar rapidamente como ocorre o procedimento de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras no âmbito do MERCOSUL, observando a quantidade de normas internas e convencionais aplicadas a cada caso em concreto.

Dessa forma, no desenvolvimento do tema, será estudado, primeiramente, o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras no âmbito do MERCOSUL. Na sequência,

³ A partir de agora "Regulamento 1215/2012".

⁴ Não há uma definição doutrinária quanto ao uso do termo "decisões" ou "sentenças" ou "resoluções". A doutrinária Nádia de Araújo (2016) afirma que o novo Código de Processo Civil adotou o termo "decisões" para ampliar a possibilidade de reconhecimento de sentenças emitidas não apenas por órgãos jurisdicionados. Os três termos poderão aparecer no texto, correspondendo a um mesmo significado.

inicia-se o estudo acerca do Regulamento 1215/2012 com o âmbito de aplicação material, territorial e temporal, assim como particularidades sobre o reconhecimento e execução das decisões proferidas no âmbito da União Europeia.

Após, será analisada a forma em que ocorre a denegação do pedido de reconhecimento da decisão, bem como a competência judiciária e a litispendência que são questões importantes sobre a matéria.

Importa destacar as palavras de Pozzatti (2015) de que, diferente do MERCOSUL, no âmbito da União Europeia há um ambiente judiciário cosmopolita, baseado na ideia de que a finalidade da cooperação não é a satisfação dos interesses do Estado, mas dos interesses dos indivíduos.

Com essa ideia, o primeiro tópico a ser estudado será sobre o procedimento realizado no âmbito do MERCOSUL e a seguir, uma análise histórica do Regulamento 1215/2012.

2. RECONHECIMENTO E EXECUÇÃO DE DECISÕES ESTRANGEIRAS NO MERCOSUL

No âmbito do MERCOSUL o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras ocorrem pela análise de três requisitos principais: formais; processuais e substanciais⁵.

Os requisitos formais se referem à legalização, autenticação e tradução da sentença e documentos. Já os requisitos processuais estão relacionados à jurisdição internacional do juiz que julgou a demanda, o devido processo legal, a sentença transitada em julgado e a litispendência ou coisa julgada. Por último, o requisito substancial se refere à garantia de não violação da ordem pública do Estado onde se pretende reconhecer e executar a sentença.

⁵ TELLECHEA BERGMAN, E. **Derecho Internacional Privado**. Cooperación Jurisdiccional Internacional y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias. Montevideo: Ed. La Ley, 2010. p.108-109.

Os requisitos citados, que não são poucos, devem ser comprovados de plano pelo interessado. Sendo assim, o credor⁶ que visa executar a sentença no país em que o devedor possui bens, deve, ao ingressar com o pedido de reconhecimento no Superior Tribunal de Justiça, comprovar todos os requisitos acima dispostos.

Contudo, cada Estado parte do MERCOSUL possui legislação que especifica a forma de reconhecimento da decisão estrangeira no seu país. Nesse sentido, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai possuem códigos processuais que determinam as regras internas para o reconhecimento. Como no exemplo citado, no Brasil o Superior Tribunal de Justiça⁷ é o órgão constitucionalmente responsável pelo trâmite de homologação das sentenças estrangeiras. Enquanto que em outros países, como o Uruguai, o reconhecimento pode ocorrer diretamente com o juiz de primeira instância.

Então, como se não bastassem às regras nacionais, os países firmaram Tratados e Protocolos no âmbito do MERCOSUL sobre reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, sendo o mais conhecido, o Protocolo de Las Leñas de 1992.

Além disso, antes de elaborar a normativa mercosurena, os Estados membros firmaram a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais de 1979. Ainda, antes disso, firmaram a Convenção das Nações Unidas sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais, de Nova York, de 1958. Vale mencionar também que Argentina e Uruguai firmaram os Tratados de Direito Processual Internacional de Montevidéu de

⁶ Existem, pelo menos, 05 vias de transmissão do pedido de cooperação jurídica internacional: 1. Via diplomática ou consular; 2. Via particular (citada no exemplo); 3. Via autoridade central; 4. Via judicial e, 5. Comunicação direta entre juízes de fronteira.

⁷ "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de exequatur às cartas rogatórias;" BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm Acesso em fevereiro de 2018.

1989 e 1940. E o Brasil, em 1929, firmou, também, o Código de Bustamante.

Por fim, o que se observa é uma enorme quantidade de legislações aplicáveis ao reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, isso sem mencionar os Acordos Bilaterais firmados pelos países com terceiros Estados.

Observa-se, então, uma urgência em unificar o procedimento de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras no âmbito do MERCOSUL. Dessa forma, o estudo da legislação europeia se faz sumamente importante, visto que unifica e inova no que diz respeito à possibilidade de reconhecimento automático da decisão.

É verdade, que além do zelo dos operadores do direito em aprofundar o estudo do tema, faz-se necessário vontade política dos governantes a fim de aceitarem uma legislação que interfira em seus ordenamentos jurídicos internos. Após essa breve exposição, passa-se ao estudo do Regulamento Europeu 1215 de 12 de dezembro de 2012.

3. REGULAMENTO EUROPEU N. 1215 DE 2012

3.1 Histórico

O Regulamento Europeu n. 1215 publicado em 20/12/2012, conhecido como “Bruxelas I bis”, sucede ao Regulamento n. 44 de 2001, conhecido por “Bruxelas I”.

Ambos regulamentos, provém da Convenção de Bruxelas de 1968, que primeiramente propôs a adoção de instrumentos para o desenvolvimento da cooperação jurídica em matéria civil e comercial entre os Estados partes da União Europeia.

Com o novo regulamento de 2012, buscou-se a unificação das regras de competência jurídica, assim como a eliminação do procedimento de homologação das decisões proferidas no âmbito da UE.

Miguel Asensio, catedrático da Universidad Complutense de Madrid, explica que a reforma foi objeto de um intenso debate, principalmente com relação aos principais objetivos, que são: a unificação das regras de competência com o propósito de suprimir a remissão às regras nacionais e a eliminação do procedimento de homologação da decisão estrangeira⁸ (2013).

Antes de adentrar o tema principal fundamental estudar os âmbitos de aplicação material, territorial e temporal do Regulamento 1215/2012.

3.2 Âmbitos de Aplicação

Os âmbitos de aplicação são material, espacial e temporal, e são fundamentais para compreender a amplitude da vigência do Regulamento 1215/2012.

3.2.1 Material

Concernente ao âmbito material de aplicação, o Regulamento 1215/2012 se aplica, segundo o artigo primeiro⁹, a material civil e comercial. Entretanto, traz uma extensa lista de matérias excluídas do seu âmbito de aplicação, entre elas: estado e capacidade jurídica das pessoas físicas, regimes de bens de casamento, falências, concordatas e outros processos análogos, previdência social, arbitragem, obrigações de alimentos em virtude da relação familiar, assim como testamentos e sucessões.

Ainda o Regulamento 1215/2012 não se aplica às matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas e no que diz

⁸ MIGUEL ASENSIO, P. A. “El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”. En La Ley., año XXXIV, n. 8013, 31 de enero de 2013, 1-4. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemiguelasensioLaLey8013-2013.pdf> Acesso em fevereiro de 2018.

⁹ “Artículo 01 “El presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional [...]”. UNIÃO EUROPEIA. **Reglamento n. 1215/2012**. Disponível em: <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf> Acesso em fevereiro de 2018.

respeito à responsabilidade do Estado por atos ou omissões no exercício da sua autoridade.

3.2.2 Territorial

Com relação ao âmbito territorial do Regulamento 1215/2012, aplica-se, como regra geral, a todas as ações cujo demandado esteja domiciliado em um dos Estados membros da UE. Entretanto, há exceções à regra prevista na normativa.

Explica o considerando 14¹⁰ do Regulamento Europeu que a regra geral é que o demandado não domiciliado na UE deve estar submetido às normas nacionais sobre competência judicial do Estado membro que conheça do assunto.

Ainda serão aplicadas com independência do domicílio do demandado, as causas cuja matéria seja relativa à proteção de trabalhadores e consumidores, assim, como no caso de competência exclusiva de determinado tribunal ou no caso da autonomia da vontade contratual, em que serão respeitadas as normas contempladas no Regulamento 1215/2012.

Portanto, necessário informar apenas que a regra geral é que se aplique o Regulamento aos Estados membros da União Europeia, já que no item sobre competência jurídica serão analisadas com profundidade outras possibilidades de aplicação da normativa.

3.2.3 Temporal

Segundo o artigo 81 do Regulamento 1215/2012, sua aplicação iniciou em 10 de janeiro de 2015, com exceção dos

¹⁰ Chama-se “considerando” uma série de exposição de motivos apresentada ao início do Regulamento 1215/2012. A redação do considerando 14 no diz: “*Todo demandado que no esté domiciliado en un Estado miembro debe estar sometido, por regla general, a las normas nacionales sobre competencia judicial aplicables en el territorio del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca del asunto*”. UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento n. 1215/2012**. Disponível em: <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf> Acesso em fevereiro de 2018.

artigos 75 e 76 que iniciaram sua aplicação a partir de 10 de janeiro de 2014.

Já, o artigo 66, 1, do Regulamento 1215/2012 afirma que:

“[...] as disposições do presente Regulamento somente serão aplicáveis às ações judiciais exercitadas a partir de 10 de janeiro de 2015, aos documentos públicos formalizados ou registrados oficialmente como tais a partir dessa data, e as transações judiciais aprovadas ou celebradas a partir dessa data”¹¹.

Ainda o parágrafo segundo, do mesmo artigo, afirma que o Regulamento n. 44 de 2001 continuará sendo aplicado às decisões proferidas anteriormente a 10 de janeiro de 2015, assim como aos documentos públicos formalizados ou oficialmente registrados antes da referida data e as transações judiciais aprovadas ou celebradas também antes de 10 de janeiro de 2015.

3.3 Reconhecimento e/ou execução das decisões proferidas no âmbito da União Europeia

Bruxelas I bis, como é conhecido o Regulamento 1215/2012, aplica os princípios da aplicabilidade imediata e do efeito direto, assim como o princípio da confiança recíproca (tão ausente entre os Estados parte do Mercosul), previsto no considerando 26 do Regulamento, que é fundamental para o reconhecimento e execução automáticos das decisões proferidas no âmbito dos Estados membros da União Europeia.

O princípio da confiança recíproca no qual se baseia o reconhecimento da decisão estrangeira de forma automática se verifica no exercício do pluralismo de Erik Jayme, pois esse

¹¹ UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento n. 1215/2012**. Disponível em: <https://www.boe.es/ doue/2012/351/L00001-00032.pdf> Acesso em fevereiro de 2018

princípio assume uma postura pluralista, aberta aos elementos jurídicos externos¹².

Na sequência, será observado que o legislador europeu faz uma opção nítida em estabelecer o reconhecimento e execução automáticos como regra e a recusa como uma exceção.

3.3.1 Procedimento automático

O considerando 27 do Regulamento 1215/2012 consagra como princípio a “livre circulação das resoluções judiciais” de maneira que o reconhecimento automático é uma consequência da aplicação desse princípio.

No capítulo III do Regulamento, sob o título “Reconhecimento e Execução”, o artigo 36¹³ dispõe que as resoluções (ou sentenças) ditadas num Estado membro serão reconhecidas nos demais sem a necessidade de procedimento algum. Da mesma forma, o artigo 39 que trata da execução, também dispõe sobre a possibilidade de executar um título, sem que se exija uma declaração de força executiva.

Os artigos 37 e 42¹⁴ ditam o procedimento para realizar o reconhecimento e execução das decisões, sendo que ambos

¹² POZZATTI, A.J. “Cooperação Internacional como acesso à justiça nas relações internacionais: os desafios do direito brasileiro para a implementação de uma cultura cosmopolita”. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/158907>. Acesso em fevereiro de 2018.

¹³ “Artículo 36 1. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de procedimiento alguno”. UNIÃO EUROPEIA. **Reglamento n. 1215/2012**. Disponível em: <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf>. Acesso em fevereiro de 2018.

¹⁴ “Artículo 37 1. La parte que desee invocar en un Estado miembro una resolución dictada en otro Estado miembro deberá presentar: a) una copia de la resolución, que reúna los requisitos necesarios para ser considerada auténtica, y b) el certificado expedido conforme a lo dispuesto en el artículo 53. 2. El órgano jurisdiccional o la autoridad ante el cual se invoque una resolución dictada en otro Estado miembro podrá, en caso necesario, pedir a la parte que la haya invocado que presente, de conformidad con el artículo 57, una traducción o una transcripción del contenido del certificado mencionado en el apartado 1, letra b), del presente artículo. El órgano jurisdiccional o la autoridad podrá exigir una traducción de la resolución en lugar de la traducción del contenido del certificado si no puede continuar sus diligencias sin ella”. “Artículo 42 1. A efectos de la ejecución en un Estado

exigem uma cópia da resolução que reúna os requisitos para ser considerada autêntica e o certificado expedido conforme o artigo 53.

Um das inovações do Regulamento 1215/2012 é a previsão de um modelo de formulário, no anexo I, que se refere a um certificado que confira a força executiva da decisão e outros elementos que são necessários para executar a decisão estrangeira (artigo 37, 42 y 53).

A mudança positiva também se observar no artigo 41.3¹⁵ que dispõe sobre a não exigência da parte que solicita a execução, direção postal ou representante autorizado no Estado membro requerido.

3.3.2 Requisitos para recusar o reconhecimento e/ou execução

Diferente de todas as legislações nacionais e normas convencionais, o Regulamento 1215/2012 não exige requisitos

*miembro de una resolución dictada en otro Estado miembro, el solicitante facilitará a las autoridades de ejecución competentes: a) una copia de la resolución, que reúna los requisitos necesarios para ser considerada auténtica, y b) el certificado expedido conforme al artículo 53, que acredite que la resolución tiene fuerza ejecutiva y que contenga un extracto de la resolución, así como, en su caso, información pertinente sobre las costas impuestas en el procedimiento y el cálculo de los intereses 2. A efectos de la ejecución en un Estado miembro de una resolución dictada en otro Estado miembro que ordene una medida provisional o cautelar, el solicitante facilitará a las autoridades de ejecución competentes: a) una copia de la resolución, que reúna los requisitos necesarios para ser considerada auténtica; b) el certificado expedido conforme al artículo 53, con una descripción de la medida y que acredite que: i) el órgano jurisdiccional es competente en cuanto al fondo del asunto, ii) la resolución tiene fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, y c) en caso de que la medida se haya ordenado sin que se citara a comparecer al demandado, la acreditación de haberse efectuado la notificación de la resolución. 3. Si ha lugar, la autoridad de ejecución competente podrá exigir al solicitante que facilite, de conformidad con el artículo 57, una traducción o transcripción del contenido del certificado. 4. La autoridad de ejecución competente solo podrá exigir al solicitante que presente una traducción de la resolución si no puede continuar sus diligencias sin ella.”. UNIÃO EUROPEIA. **Reglamento n. 1215/2012**. Disponível em: <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf> Acesso em fevereiro de 2018.*

¹⁵ *“Artículo 41 3. No se exigirá que la parte que solicita la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro tenga una dirección postal en el Estado miembro requerido. Tampoco se exigirá que esta parte tenga un representante autorizado en el Estado miembro requerido, menos que dicho representante sea obligatorio con independencia de la nacionalidad o del domicilio de las partes”. UNIÃO EUROPEIA. **Reglamento n. 1215/2012**. Disponível em: <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf>. Acesso em fevereiro de 2018.*

para reconhecer e executar a decisão estrangeira, isso ocorre de forma automática. Entretanto, o artigo 46, sob o título “Denegação da execução” permite ao executado que por petição demonstre que a decisão descumpra alguns parâmetros legais, tais como: violação à ordem pública, inexistência de notificação¹⁶ ao demandado, litispendência ou coisa julgada, incompetência do juiz para julgar a causa de acordo com as normas do Regulamento.

Segundo a jurisprudência do Tribunal da União Europeia, a ordem pública não deve ser aceita como uma defesa dos valores estrangeiros introduzidos no ordenamento jurídico de um Estado membro da UE pela decisão estrangeira. De maneira que, não se deve pretender com o requisito da ordem pública, obstaculizar o pluralismo jurídico e a cooperação jurídica.

Miguel Asensio afirma que o resultado final da reforma mantém a possibilidade de controlar no Estado requerido o cumprimento de todos os motivos que permitem recusar o reconhecimento e execução, como no Regulamento n. 44 de 2001¹⁷.

Além disso, há uma situação interessante e de importância reconhecida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no sentido de que se uma decisão contém uma medida ou ordem não conhecida no ordenamento jurídico do Estado membro requerido, se adaptará a uma medida ou ordem conhecida no ordenamento jurídico do Estado requerido que tenha efeitos e finalidade equivalentes.

Quanto ao reconhecimento e/ou execução de decisões ditadas por Estados não membros da UE o regulamento traz, ainda, algumas especificidades que serão vistas a seguir.

¹⁶ A expressão notificação é utilizada em alguns países e possui o mesmo significado de citação e/ou intimação.

¹⁷ MIGUEL ASENSIO, P. A. “El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”. En La Ley., año XXXIV, n. 8013, 31 de enero de 2013, 1-4. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemiguelasensioLaLey8013-2013.pdf> Acesso em fevereiro de 2018.

3.4 Reconhecimento e execução das decisões ditadas por estados não membros da UE

Segundo Miguel Asensio, o Regulamento 1215/2012 segue carecendo de normas sobre o reconhecimento e execução de decisões ditadas por terceiros Estados. De maneira que a eficácia delas dependerá da legislação interna e convencional de cada Estado da UE. Sobre o tema o doutrinador afirma que “se trata de uma significativa carência, tendo em conta a interpretação ampla que prevalece do alcance da competência exclusiva da União Europeia para concluir convênios internacionais nesse âmbito e da nula atividade a respeito por parte da UE”¹⁸.

Ainda o artigo 73.3 dispõe que o regulamento não afetará a aplicação de convênios e acordos bilaterais celebrados antes da entrada em vigor do Regulamento n. 44/2001, entre terceiros Estados e um Estado membro, sobre matérias reguladas pelo Regulamento 1215/2012.

Portanto, caso algum país da UE tenha assinado um convênio com um terceiro Estado depois de 2001 sobre a matéria objeto de “Bruxelas I bis”, aquele será aplicado.

3.5 Competência jurídica

A regra geral aplicada pelo Regulamento 1215/2012 determina que é competente para analisar a demanda, o foro do domicílio do demandado, conforme o disposto no considerando de 15. Assim, sendo estabelecido que a competência se rege pelo domicílio do demandado, o Regulamento 1215/2012 não permite a aplicação da teoria do “*forum non conveniens*” tradicionalmente adotada pelos países do “*common law*”, no

¹⁸ MIGUEL ASENSIO, P. A. “El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones”. En La Ley., año XXXIV, n. 8013, 31 de enero de 2013, 1-4. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemiguelasensioLaLey8013-2013.pdf> Acesso em fevereiro de 2018.

qual um tribunal pode declinar sua jurisdição para conhecer uma determinada causa, caso considere que um tribunal de outra jurisdição esteja em melhores condições para conhecer do litígio.

Entretanto, no caso de competência exclusiva ou jurisdição pactuada pelas partes, o demandado, apesar de domiciliado em um Estado membro da UE poderá ser demandado ante outro Estado-membro, segundo os artigos 24 e 25 do Regulamento 1215/2012.

O Regulamento 1215/2012 também contempla, no artigo 6.2, que a nacionalidade do demandado não importa para definir o critério de competência jurisdicional. O único que importa é que o demandado esteja domiciliado num determinado Estado membro da UE. Essa regra está em consonância com os pilares da prestação jurisdicional cosmopolita, baseada na observância dos direitos humanos, possibilitando ao demandado o acesso ao tribunal e ao contraditório e ampla defesa, sem comprometer a solução célere do litígio.

O artigo 8º dispõe sobre a pluralidade de demandados, de maneira que, uma pessoa domiciliada num Estado membro poderá ser demandada frente aos tribunais de outro Estado membro onde os outros demandados possuem seu domicílio, desde que os pedidos estejam conectados e que exista interesse de que sejam julgados simultaneamente.

Quando o demandado não estiver domiciliado em nenhum dos Estados membros da UE, a regra geral é que não se aplica o Regulamento 1215/2012, pois não foi cumprido um dos requisitos subjetivos da normativa. Nesses casos, a competência jurídica é determinada pela lei interna do Estado onde foi proposta a demanda.

Afirma Gonçalves¹⁹ que a regra gera desequilíbrios entre os diferentes Estados membros em relação à matéria de

¹⁹ GONÇALVES, M.C. (2015). "Competência judiciária na União Europeia". Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro. Tomo LXIV, n. 339 – set. a dec, 417- 448. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/40078> Acesso em fevereiro de 2018.

competência. Ocorre que se um determinado Estado membro da UE dedique normas que protejam mais os seus cidadãos e empresas em comparação com outro Estado membro, esses sentirão mais confiança em estabelecer relações de cunho internacional, pois poderão tentar, em caso de conflito, a demanda frente aos tribunais de seu domicílio.

O Regulamento 1215/2012 tentou atenuar o desequilíbrio anteriormente exposto. O artigo 6 afirma que caso o demandado não esteja domiciliado em um Estado membro da UE, o regulamento não se aplica. Entretanto, em matéria de consumo (artigo 18) ou contrato individual de trabalho, artigo 21, a demanda poderá ser proposta perante os tribunais do Estado membro da UE, no domicílio do consumidor, ou perante os tribunais do Estado membro em que o trabalhador prestou serviço, não importando se o demandado possui domicílio ou sede em um terceiro Estado. Essa regra não estava prevista no Regulamento 44/2001.

Com relação à competência exclusiva, artigo 24, os tribunais dos Estados membros da UE também terão competência, não importa que o demandado esteja domiciliado em um terceiro Estado. E o artigo 25, sobre a prorrogação da competência, admite a aplicação do Regulamento 1215/2012 caso as partes tenham escolhido os tribunais de um Estado membro da UE para solucionar a causa. De maneira que, o considerando 19 consagra o respeito à autonomia da vontade das partes, mas com exceções aos casos de consumidor, trabalhador e competência exclusiva.

Gonçalves afirma que:

“Diversamente, verificando-se, no caso concreto, algum critério especial de competência, o autor tem a possibilidade de escolher entre propor a ação nos tribunais do Estado membro do domicílio do réu ou nos tribunais do Estado membro que sejam competentes à luz desse critério especial, ou seja, a competência desses tribunais é alternativa. Isto a não ser que, no caso em concreto, se verifique alguma situação exclusiva

(art. 24) ou convencional (art. 25) as quais afastam critérios gerais e especiais de competência. Ocorrendo essa possibilidade de escolha do foro, estamos perante uma situação de “forum shopping”²⁰²¹.

Explica, ainda, o doutrinador português que a regra especial não exclui a regra geral, de maneira que o autor tem a possibilidade de escolher entre ingressar com a demanda perante o tribunal do domicílio do demandado ou no tribunal competente segundo o critério especial, sendo a competência dos tribunais alternativa.

Quanto às demais matérias de competência jurídica previstas no Regulamento, verifica-se que em matérias de contratos a regra geral é de que a competência seja dos tribunais do lugar de cumprimento da obrigação, caso contrário, caso seja de compra e venda de mercadorias a competência será do lugar de entrega da mercadoria, caso haja pluralidade de lugares, será competente o lugar da entrega principal. De igual maneira, com os contratos de prestação de serviço em que se aplica a regra do lugar de prestação de serviço, ou em caso de pluralidade, o lugar da prestação principal, conforme o artigo 7.1, a e b.

Já em matéria de consumo, o legislador previu a possibilidade de o consumidor propor a demanda perante os tribunais do seu domicílio ou do domicílio do demandado, mesmo que o demandado não seja domiciliado em um dos Estados membros da EU, artigo 18.1.

Por último, em matéria de contratos individuais de trabalho, prevista nos artigos 20 a 23, a demanda proposta pelo

²⁰ “Fórum shopping: é um termo utilizado, ao menos desde a década de 20 do século passado, e pode ser definido como a possibilidade de escolha da competência nos casos em que ela seja concorrente, em que há alguma espécie de vantagem estratégica para o autor”. PEIXOTO, Ravi. O fórum non conveniens e o Processo Civil Brasileiro: limites e responsabilidade. In: ZANETI JÚNIOR, H.; RODRIGUES, M.A. **Cooperação Internacional**. Salvador: Ed. Juspvim, 2019, p. 375 – 404.

²¹ GONÇALVES, M.C. “Competência judiciária na União Europeia”. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro. 2015, Tomo LXIV, n. 339 – set. a dec, 417- 448. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/40078> Acesso em fevereiro de 2018.

trabalhador contra o empregador poderá ocorrer no domicílio ou sede da empresa, ou nos tribunais do lugar onde se realizou o trabalho. A inovação do Regulamento 1215/2012 é com relação à possibilidade de demandar o empregador, mesmo que não domiciliado num Estado membro da UE, perante os tribunais de algum país da UE. Assim, caso o empregador demande o trabalhador, somente poderá fazê-lo perante os tribunais do Estado membro onde o trabalhador seja domiciliado, artigo 22.

Miguel Asensio²² faz uma crítica ao Regulamento 1215/2012 em que afirma que a normativa não cumpriu com seu propósito de unificar as normas de competência judiciais internacionais aplicáveis quando o demandado esteja domiciliado num terceiro Estado. Afirma que era um objetivo fundamental da reforma, e que não foi alcançado.

O doutrinador espanhol concluiu, portanto, que o fracasso do Regulamento 1215/2012 deixa pendente para o futuro um dos objetivos básicos da revisão, o artigo 79 faz referência à especial atenção que deverá ser prestada à necessidade de maior amplitude das regras de competência para os demandados domiciliados em um Estado não membro da UE²³.

Observa-se que não é objeto do presente trabalho esgotar o tema sobre competência jurídica do Regulamento 1215/2012, mas especificar algumas regras importantes para o tema e para a cooperação jurídica.

²² MIGUEL ASENSIO, P. A. "El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones". En La Ley., año XXXIV, n. 8013, 31 de enero de 2013, 1-4. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemiguelasensioLaLey8013-2013.pdf>. Acesso em fevereiro de 2018.

²³ MIGUEL ASENSIO, P. A. "El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones". En La Ley., año XXXIV, n. 8013, 31 de enero de 2013, 1-4. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/20429/1/pdemiguelasensioLaLey8013-2013.pdf>. Acesso em fevereiro de 2018.

3.6 Litispendência

O considerando 21 e 22, assim como o artigo 31.2 do Regulamento 1215/2012 inovam quando determinam que uma demanda apresentada perante o tribunal de um Estado membro da UE suspenderá o procedimento até que o órgão jurisdicional que tenha a competência exclusiva sobre a matéria, em virtude do acordo celebrado pelas partes, se declare incompetente nos termos do acordo.

Tal dispositivo não encontra semelhante no Regulamento n. 44/2001, pois nessa normativa, caso uma das partes apresentasse uma demanda perante o tribunal pactuado por elas, essa deveria suspender o procedimento, até que o primeiro tribunal que recebeu a demanda se pronunciasse sobre sua competência.

Gonçalves²⁴ afirma que essa situação incentivou uma técnica processual abusiva, conhecida por “torpedo italiano”, no qual diante de uma iminência de litígio judicial, o devedor, por assim dizer, ingressaria com uma demanda perante os tribunais italianos (conhecidos por sua morosidade), bloqueando a demanda judicial proposta pelo credor, junto ao tribunal escolhido pelas partes.

O artigo 33 dispõe sobre a litispendência entre os tribunais de Estados membros e tribunais de terceiros Estados que estiveram conhecendo com anterioridade o mesmo litígio. Nesse caso, o Estado membro da UE poderá suspender o procedimento se cabe esperar que a resolução ditada pelo terceiro Estado possa ser reconhecida e executada no Estado membro da UE que tramita o litígio idêntico, assim como, será suspenso o procedimento quando seja necessário para a boa administração da justiça.

²⁴ GONÇALVES, M.C. (2015). “Competência judiciária na União Europeia”. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro. Tomo LXIV, n. 339 – set. a dec, 417- 448. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/40078>. Acesso em fevereiro de 2018.

Em linhas gerais, essas foram algumas considerações a serem feitas sobre o Regulamento Bruxelas I Bis da União Europeia que prevê um mecanismo diferenciado de reconhecimento e execução de decisões estrangeiras.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se a necessidade de um estudo mais aprofundado sobre o tema, pois o MERCOSUL urge por uma legislação mais uníssona e com melhores soluções para o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras que o atualmente oferecido pela norma interna e convencional à disposição dos Estados.

Contudo, no que diz respeito ao reconhecimento e execução automáticos de decisões estrangeiras, a principal diferença encontrada diz respeito ao momento em que os requisitos são apreciados.

Assim, enquanto que no MERCOSUL os requisitos formais, processuais e substanciais são apreciados de plano pelo juiz como fundamentais para o início do procedimento de reconhecimento da decisão estrangeira, na União Europeia vigora a regra da exceção, ou seja, a parte contrária, prejudicada pelos efeitos do reconhecimento da decisão, é que deverá comprovar perante o juiz que a sentença não possui requisitos suficientes para ser reconhecida e executada. Além disso, observou-se que são menos os requisitos de reconhecimento exigidos pelo Regulamento 1215/2012.

Portanto, apesar de parecer uma diferença pouco significativa, transferir o ônus de comprovar que a decisão estrangeira não pode ser reconhecida, pois não possui os requisitos básicos, para a parte contrária, traz maior confiança na decisão emanada pelo Tribunal estrangeiro e garante a livre circulação das decisões estrangeiras entre os Estados membros da União Europeia.

No que tange à competência judiciária disposta no Regulamento, apesar de não ter sido feito o comparativo com o MERCOSUL, como exemplo o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em matéria contratual de 1994, observa-se a necessidade de a norma de jurisdição estar corretamente delimitada dentro do marco legislativo do reconhecimento da sentença estrangeira.

Isso porque a existência de diversas normas sobre jurisdição dificulta a análise de um dos principais requisitos processuais da sentença estrangeira: verificar se o juiz que julgou a causa possuía competência internacional para analisar a demanda.

Portanto, sugere-se um estudo mais aprofundado sobre a normativa europeia, analisando doutrina e jurisprudência, a fim de buscar novas soluções jurídicas para o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras, aperfeiçoando a ideia proposta pelo Regulamento 1215/2012, sem deixar de observar as limitações que o MERCOSUL enfrenta no âmbito jurídico interno dos Estados membros, bem como a falta de interesse e vontade política dos seus governantes.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, N. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAUJO, N. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira**. 1. ed. atualizada e ampliada de acordo com o Novo CPC. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

BADÁN, D. O. **Exhortos y embargos de bienes extranjeros**. Medios de cooperación judicial internacional. Montevideo: Ed. Amalio M. Fernández, 1976.

BOGGIANO, A. **Derecho internacional privado**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoco mpilado.htm. Acesso em fevereiro de 2018

DEL'OMO, F. S. **Direito internacional privado**: abordagens fundamentais, legislação, jurisprudência. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

DÍAZ LABRANO, R. R. **Derecho internacional privado**. La aplicación de las leyes extranjeras y su efecto frente al derecho. Asunción: Intercontinental, 1992.

DREYZIN DE KLOR, A.; URIONDO DE MARTINOLI, A. **Derecho internacional privado y de la integración regional**. Fuentes Convencionales. Buenos Aires: Zavalía, 1996.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L. **Derecho internacional privado**. Parte Especial. Buenos Aires: Editorial Universidad, 2000.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, S. L. **Compendio de normas internacionales de derecho privado**. Buenos Aires: La Ley, 2011.

FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. (Coord.) **Derecho internacional privado de los estados del mercosur**: Argentina, Brasil, Paraguay e Uruguay. Buenos Aires: Zavalía, 2003.

FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. **Un derecho comparado para el derecho internacional privado de nuestros días**. Derecho internacional privado – derecho de la libertad y el respeto mutuo. Ensayos a la memoria de Tatiana B. de Maekelt.

Asunción, ASADIP / CEDEP, 2010 (biblioteca de derecho de la globalización, vol. 4).

GOLDSCHMIDT, W. **Derecho internacional privado**. Derecho de la tolerancia, basado en la teoría trialista del mundo jurídico. Buenos Aires: Depalma, 1990.

GONÇALVES, M.C. “Competência judiciária na União Europeia”. **Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro**. 2015, Tomo LXIV, n. 339 – set. a dec, 417- 448. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1822/40078> Acesso em fevereiro de 2018.

MIGUEL ASENSIO, P. A. “**El nuevo reglamento sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones**”. En *La Ley.*, año XXXIV, n. 8013, 31 de enero de 2013, 1-4. Disponível em: <http://eprints.ucm.es/20429/1/pde/miguelasensioLaLey8013-2013.pdf> Acesso: fevereiro de 2018.

NOODT TAQUELA, M. B. **Relaciones entre tratados de derecho internacional privado en materia de cooperación jurídica internacional**. Directora, Beatriz Pallarés. Tesis Doctoral presentada en la Universidad de Buenos Aires, 2011.

PEIXOTO, Ravi. *O forum non conveniens e o processo civil brasileiro: limites e responsabilidade*. In: ZANETI JÚNIOR, H.; RODRIGUES, M.A. **Cooperação Internacional**. Salvador: Juspvim, 2019, p. 375 – 404.

POZZATTI, A.J. “**Cooperação Internacional como acesso à justiça nas relações internacionais: os desafios do direito brasileiro para a implementação de uma cultura cosmopolita**”. Tese de doutorado. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito.

Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/158907> Acesso em fevereiro de 2018.

RECHSTEINER, B. W. **Direito internacional privado**: teoria e prática. São Paulo: Saraiva, 2002.

SEPÚLVEDA, C. **Derecho internacional**. México: Porrúa, 2004.

SERPA LOPES, M. M. **Comentários à lei de introdução ao código civil**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

TELLECHEA BERGMAN, E. **Derecho internacional privado**. Cooperación Jurisdiccional Internacional y Eficacia Extraterritorial de las Sentencias. Montevideo: La Ley, 2010.

TELLECHEA BERGMAN, E. “**Panorama actual y propuestas de desarrollos en materia de cooperación jurisdiccional internacional y reconocimiento de fallos extranjeros en el ámbito interamericano**”. En Moreno Rodríguez, J. y Lima Marques, C. (coord.) Los servicios en el Derecho Internacional Privado (p. 152), Porto Alegre: Gráfica e Editora RJR, 2014.

TENORIO, O. **Direito internacional privado**. 11. ed. rev. atual., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976.

UNIÃO EUROPEIA. **Reglamento n. 1215/2012**. Disponível em: <https://www.boe.es/doue/2012/351/L00001-00032.pdf> Acesso em fevereiro de 2018.

VALLADÃO, H. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1971.

VESCOVI, E. **Derecho procesal civil internacional**: Uruguay, el Mercosur y América. Montevideo: Idea, 2000.

WEINBERG, I. **Derecho internacional privado**, 4. ed., Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2011.

A RELAÇÃO SOCIAL EM MAX WEBER: LUTA E COOPERAÇÃO EM *ECONOMIA E SOCIEDADE*

Artur Mazzucco Fabro¹

RESUMO

O artigo pretende colocar em evidência o conceito de relação social no pensamento de Max Weber. As relações sociais são vistas por Weber com grande fluidez de sentido, ou seja, podem comportar-se ora como luta ora como cooperação, dependendo da cooperação visada pelos agentes e sem possuir uma linha limítrofe entre o “caos” e a “ordem”.

A característica de reciprocidade promovida pela relação social provoca regularidades que são compartilhadas pelos agentes, que podem originar-se tanto de costumes quanto dos próprios interesses que estão em jogo, tornando o tema um campo rico de reflexões sobre o pensamento sociológico de Weber.

O trabalho realiza um esforço de pontuar com objetividade alguns “passos” do autor para chegar em seu conceito de relação social na obra *Economia e Sociedade*, incluindo na discussão outros conceitos igualmente importantes para o pensamento weberiano. Na última parte será provocada uma discussão com o pensamento sociológico de Georg Simmel.

1. INTRODUÇÃO – CONSIDERAÇÕES SOBRE *ECONOMIA E SOCIEDADE*

A Sociologia de Max Weber nos desafia a cada vez que retomamos suas premissas basilares. Por ser um pensador que transita com facilidade entre as mais diversas áreas das ciências

¹ Doutorando do programa de pós-graduação stricto sensu em sociologia e ciência política da UFSC (CAPES 5). Professor titular da disciplina de filosofia geral e do direito na FUCAP Univinte. E-mail: arturfabro@gmail.com.

sociais, Weber constrói um pensamento sociológico robusto, mesclando fortes influências de outros autores/correntes – como a filosofia kantiana - em consonância com ideias originais, motivo pelo qual se torna praticamente impossível recortar com exatidão onde se inicia a discussão de um conceito e onde se termina a mesma, dada a interconexão conceitual promovida por Weber ao demonstrar suas principais ideias.

Antes de iniciarmos a exposição do tema, contido nas páginas de *Economia e Sociedade*, vale a pena resgatar um pouco do debate sobre a própria organização desta obra de Weber, alvo de algumas mudanças interpretativas importantes nas últimas décadas. Segundo Edith Hanke, no artigo *A obra completa de Max Weber – MWG: um retrato* (2012), foi com a “sombra editorial” de Johannes Winckelmann que os trabalhos de Weber ganharam uma “segunda edição”, logo após saírem das mãos de sua esposa, Marianne Weber, nos anos posteriores ao fim da Segunda Guerra Mundial. O fato curioso de *Economia e Sociedade* é que a obra foi publicada postumamente, adquirindo sua organização interna peculiaridades que se modificavam dependendo do editor que a sistematizava, já que Weber nunca deixou claro como gostaria que o “produto final” fosse arranjado².

Em comparação à primeira edição de Marianne Weber e Melchior Palyi, Winckelmann interveio muito fortemente nos textos, nos títulos e na estrutura. Isso é especialmente evidente na seção 8 da sociologia da dominação, por ele acrescentada:

² Henke advoga a favor da utilização da Max Weber Gesamtausgabe (MWG) como fonte principal para consulta do espólio intelectual de Weber: “A edição crítica *Obra completa de Max Weber* (mwg – Max Weber Gesamtausgabe) abarca atualmente (fevereiro de 2012) 33 volumes, dos quais 22 da seção i, “Escritos e discursos”; 6 da seção ii, “Cartas”; 5 da seção iii, “Cursos e anotações de cursos”. Planejada para encerrar em 2015, essa edição em língua alemã contará com 47 volumes e irá apresentar, com comentários críticos e históricos, a obra completa de Max Weber que chegou até nós.” HENKE, E. *A obra completa de Max Weber - MWG: um retrato*. In: Tempo social, 2012, vol.24, no.1. p.99.

“A instituição racional do Estado e os parlamentos e partidos políticos modernos (Sociologia do Estado)”³

Aqui utilizaremos não da MWG, mas sim da 3ª edição da Editora da UnB (2012), recomendada por ser uma das boas traduções para o português de Weber no Brasil. Além do próprio Weber, outros autores serão incorporados no argumento do trabalho, principalmente Georg Simmel, quando dialoga com Weber na conceitualização de *luta/conflito* (*kampf*). Dessa forma, pretende-se também dissertar brevemente sobre outros conceitos essenciais para o entendimento do pensamento weberiano, como a *sociologia compreensiva* (*verstehende Soziologie*) e a *causalidade*, contida na resposta de Weber sobre a pergunta – o que é Sociologia? “Sociologia (no sentido aqui entendido desta palavra empregada com tantos significados diversos) significa: uma ciência que pretende compreender interpretativamente a ação social e assim explicá-la causalmente em seu curso e em seus efeitos.”⁴

2. AÇÃO SOCIAL: Causalidade e hermenêutica

A Sociologia se constituiria, para Weber, como sendo uma ciência hermenêutica, isto é, uma ciência que tem como primazia a interpretação do sentido, no caso do autor, na interpretação do sentido da ação social, de forma causal. A causalidade weberiana ainda possui outro adjetivo, ela é imputada⁵ (*Zurechnung*) ao agente que está agindo, quer dizer

³ HENKE, E. A obra completa de Max Weber - MWG: um retrato. In: **Tempo social**, 2012, vol.24, no.1. p.110.

⁴ WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p.3.

⁵ Segundo o argumento de Heidelberger (2015), ao explicar de onde Weber retira sua descrição de “imputação causal”: “To impute an effect to someone’ means ‘to make a person liable or responsible for some happening or “consequence” (Erfolg)’, as the jurists say. The lawful (physical) connections, the ‘recurrent causal sequences’ that exist between the act of the person and the outcome are normally taken for granted or even regarded as trivial. ‘Imputation’ is a legal term (introduced into jurisprudence by Samuel Pufendorf in 1660) that has been understood in the double sense of imputatio facti and imputatio iuris or legis since at least the eighteenth century. HEIDELBERGER, M.

que o agente, ao agir levando em relação outros agentes, será responsável pelos efeitos e possíveis consequência de sua ação. Esse entendimento de Weber é muito devoto, segundo Heidelberg (2015), do pensamento do psicólogo fisiológico alemão Johannes von Kries, "How does factual or causal imputation actually work in history and the cultural sciences? In order to answer this question, Weber went back to von Kries who developed a new theory that resulted from a close analysis of Mill's work."⁶

Para fundamentar seu pensamento, von Kries analisa o *System of Logic*, obra de John Stuart Mill⁷, defendendo que Mill "[...] expanded the regularity view of causality as conceived by David Hume, and analyzed it as the set of all necessary conditions that are jointly sufficient for the effect"⁸. Não necessita-se ir muito afundo na discussão levantada por von Kries, bastando-nos ter em mente que a reflexão de Weber sobre a ação social implica em interpretações sociológicas que vão além da até então constituída Sociologia, mesclando visões de filosofias como a de Mill e doutrinas do Direito positivo. Quando o autor aborda a ação social, percebemos que o cuidado para distingui-la de outras formas de ação advém da importância que Weber designa à multiplicidade de sentidos que o agente pode fornecer para sua ação, tendo em mente que o sentido dado à ação também se comporta de modo fluído.

From Mill via von Kries to Max Weber: Causality, explanation, and understanding. In: **Max Weber Studies**, 2015. p.16.

⁶ HEIDELBERGER, M. **From Mill via von Kries to Max Weber: causality, explanation, and understanding**. In: **Max Weber Studies**, 2015. p.18.

⁷ Mill defendia que "For every event there exists some combination of object or events, some given concurrence of circumstances, positive and negative, the occurrence of whichs always followed by the phenomenon". MILL apud HEIDELBERGER in: HEIDELBERGER, M. HEIDELBERGER, M. **From Mill via von Kries to Max Weber: Causality, Explanation, and Understanding**. In: **Max Weber Studies**, 2015. p.18. Isso significa: para cada momento posterior a realização de uma ação haverá, dependendo da interferência provocada e do tipo de ação praticada, elementos que ajudarão à explicá-la causalmente, de forma que o resultado final dependa não exclusivamente da intenção inicial do agente.

⁸ HEIDELBERGER, M. HEIDELBERGER, M. **From Mill via von Kries to Max Weber: Causality, Explanation, and Understanding**. In: **Max Weber Studies**, 2015. p.18.

A causa da fluidez, nesses, bem como em vários outros casos, está em que a orientação pelo comportamento alheio e o sentido da ação própria nem sempre podem ser verificados claramente, nem sempre são conscientes e ainda mais raramente são completamente conscientes. Por isso nem sempre é possível distinguir, com toda certeza, a mera “influência” da “orientação” pelo sentido.⁹

A ação social é complexa de ser entendida porque depende demasiadamente dos agentes, organizados ou não em alguma coletividade, interferindo no dia-a-dia da sociedade. Para compreender com mais exatidão a ação social, Weber classifica os tipos de ação em quatro: *racional referente a fins*; *racional referente a valores*; *de modo afetivo* e *de modo tradicional*. Cada tipo de ação se diferencia do outro em algum aspecto, seja o sentido, os alvos, a racionalidade¹⁰ etc., tendo os tipos *afetivo* e *tradicional* aqueles que estão mais distantes da “orientação pelo sentido”.

Neste exercício, Weber retoma novamente o caráter fluído da orientação das ações, atestando que “Só muito raramente a ação social, orienta-se exclusivamente de uma ou de outra destas maneiras.”¹¹ Esta característica de dinamismo que a ação social assume para Weber o faz creditar à Sociologia a tarefa de ser “compreensiva”, não confiando à ela a discussão do “mérito valorativo” das intenções que levam à ação, mas sim focando-se na explicação causal dos acontecimentos desencadeados por ela. O autor era enfático quando afirmava que não faz parte dos objetivos da Sociologia criar uma “tábua de valores” a ser seguida, o sociólogo deve buscar a

⁹ WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 15.

¹⁰ A razão para Weber poderia se encontrar durante todo o curso da ação, ou seja, o agente conscientemente e de forma racional perseguiria um objetivo, não deixando tomar-se pelas emoções ou pela mera repetição; ou então, dependendo do tipo de ação e do contexto, o agente “racionaliza” somente uma das partes do percurso da ação: “A decisão entre fins e consequências concorrentes e incompatíveis, por sua vez, pode ser orientada racionalmente com referência a valores: nesse caso, a ação só é racional com referência a fins no que se refere aos meios.” WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 16.

¹¹ WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 15.

neutralidade axiológica¹², por mais problemático que o termo seja, utilizando da racionalidade no processo metodológico¹³. “Toda interpretação, assim como toda ciência em geral, pretende alcançar “evidência”. A evidência da compreensão pode ser de caráter (a) racional [...] ou (b) intuitivamente compreensivo”¹⁴.

As evidências racionais, que são as de maior “exatidão lógica”, ligam-se à interpretação de problemas da lógica ou matemática; já do outro lado, a compreensão do porquê uma pessoa agir como agiu, mobilizando uma série de valores, meios e fins, é uma empreitada que não fornece claras evidências, muito menos que estas sigam alguma sequência lógica de acontecimentos, por isso a preocupação de Weber em não equiparar a Sociologia arbitrariamente às ciências naturais, pontuando suas particularidades.

Todo artefato, uma máquina por exemplo, somente pode ser interpretado e compreendido a partir do sentido que a ação humana (com finalidades possivelmente muito diversas) proporcionou (ou pretende proporcionar) à sua produção e utilização; sem o recurso a esse sentido permanecerá inteiramente incompreensível¹⁵.

Com esse embasamento teórico que respalda a concepção weberiana de ação social é que será possível compreender como as relações sociais são formadas, de igual forma qual é o papel do sentido empregado pelos agentes quando, intencionalmente, irão se relacionar com outros ao seu

¹² Weber trata melhor do assunto em quatro escritos, segundo Raquel Weiss (2014): A objetividade do conhecimento nas Ciências Sociais e Políticas; Estudos críticos sobre a lógica das ciências da cultura - em polémica com Eduard Meyer; O significado da 'neutralidade axiológica' das ciências sociológicas e econômicas e A ciência como vocação. Aqui nos é suficiente assumir que Weber almejava pela utilização de um processo de pesquisa tão refinado quanto das ciências naturais, o que implica em análises como a da relação social.

¹³ Nessa medida, e somente por esse motivo de conveniência metodológica, o método da Sociologia “Compreensiva” é “racionalista”. WEBER, M. **Economia e Sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 5.

¹⁴ WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 4.

¹⁵ WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 5.

redor. As relações sociais são também classificadas por Weber em categorias diversas, que dependem desde sua abertura para os membros externos à ela até o tipo de relação nutrida pelos membros já constituídos.

3. RELAÇÕES SOCIAIS: Conflitivas e cooperativas

Weber inicia seu pensamento sobre a relação social em *Economia e Sociedade* logo após finalizar a parte sobre a ação social, no §3: “Por relação social entendemos o comportamento reciprocamente referido quanto a seu conteúdo de sentido por uma pluralidade de agentes e que se orienta por essa referência”¹⁶. A relação social, prossegue o autor nas notas, está sempre baseada na *probabilidade* dos indivíduos agirem de forma recíproca fornecendo, mais ou menos, o mesmo sentido à ação praticada. A relação social ainda pode portar-se como transitória ou como permanente, adquirindo sua “existência” concreta uma volatilidade sem um único comando.

O foco da Sociologia compreensiva de Weber – a interpretação do sentido – o faz adicionar a conceitualização de relação social o traço da *regularidade*, indicando que os agentes, ao compartilharem de alguma maneira o sentido dado às suas ações, criam regularidades de comportamento que podem, em diferentes níveis, serem explicitadas ou resguardadas. É com “isso” que a Sociologia se preocupa¹⁷, afirma Weber, com as regularidades das ações sociais. “Podem ser observadas, na ação social, regularidades de fato, isto é, o curso de uma ação repete-se sempre com o mesmo agente (ou às vezes simultaneamente) é comum entre muitos agentes, com sentido tipicamente homogêneo”¹⁸.

¹⁶ WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 16.

¹⁷ Em contraste à História, “[...] que trata da imputação causal de conexões singulares importantes, isto é, relevantes para o destino [do abito cultural de referência]” WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 18.

¹⁸ WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 18.

Por conseguinte, a “regularidade de fato” das ações sociais, vista empiricamente, pode tanto derivar do hábito ou costume¹⁹ quanto de interesses racionais dos agentes. Weber explica que a “estabilidade” do mero *costume* provoca uma advertência dos outros agentes naquele que “burlar” certa norma, forçando-o, se quiser continuar fazendo parte de tal relação, adequar-se novamente; já a “estabilidade” da *situação de interesses* remete ao agente a utilização da razão para alcançar seus fins, mas igualmente o agente, caso queira “contar” com os outros que estão na mesma relação, deve orientar suas ações visando eles.

A orientação das ações dos agentes ainda pode ser dependente, para Weber, da representação que os agentes possuem de uma *ordem legítima vigente*. O conceito de ordem carrega consigo os termos jurídicos *legitimidade* e *vigência*²⁰, ambos discutidos por Weber no sentido de delinear que as relações sócias possuem um certo verniz de “legalidade”²¹ e “estrutura”, não somente jurídica ou política, mas também ética e de costume, constituindo em relações em que os agentes disputam posições reunindo os mais diversos recursos para alcançar seus fins, nem sempre sendo bem sucedidos.

A legitimidade de uma ordem pode estar garantida: 1. Unicamente pela atitude interna, e neste caso: 1. de modo afetivo, por entrega sentimental; 2. de modo racional referente a valores: pela crença em sua vigência absoluta, sendo ela a expressão de valores supremos e obrigatórios (morais, estéticos

¹⁹ “Chamamos “costume”, em contraposição à “convenção” e ao “direito”, uma norma não garantida externamente e à qual o agente de fato se atém, seja de maneira “irrefletida”, seja por “comodidade” ou por outras razões quaisquer [...]” WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 18.

²⁰ A vigência legítima pode ser em virtude da tradição, crença afetiva, crença racional referente a valores e/ou estatuto existente cuja legalidade se acredita. Weber comenta que os “pormenores” dos conceitos relativos a vigência têm seu lugar também na Sociologia do Direito ou na do poder.

²¹ “A forma de legitimidade hoje mais corrente é a crença a legalidade: a submissão a estatutos estabelecidos pelo procedimento habitual e formalmente correto”. WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 23.

ou outros quaisquer); 3. de modo religioso: pela crença de que sua observância depende a obtenção de bens de salvação [...]”²²

A relação social denomina-se *luta*²³, de acordo com o autor, quando “[...] as ações se orientam pelo propósito de impor a própria vontade contra a resistência do ou dos parceiros”. (*Idem*). Ou seja, existe relação social mesmo quando um agente decide impor sua vontade contra os outros que, teoricamente, estariam resistindo, “vencendo”, assim, ao menos momentaneamente, os rumos que aquela relação/grupo tomaria futuramente, ou mesmo poderia se eliminar fisicamente a vida dos outros agentes para que a imposição fosse garantida, um tipo de luta “sangrenta”, diz Weber.

A descrição de “luta” possui seu próprio espaço entre as notas de *Economia e Sociedade*, tentaremos explicar alguns elementos que são importantes para relacionar a visão weberiana de luta com a relação social. Primeiramente, há também luta pacífica, em contraposição à luta sangrenta, e esta assume a forma de concorrência para Weber, pois ele entende que a disputa pelo poder e pelas “vitórias” nas relações sociais entre os agentes, quando não utilizando de meios para eliminar fisicamente o outro, deve ocorrer livremente, podendo ser regulada ou não por alguma *ordem*.

A partir do concorrência presente nas relações sociais de luta, e posteriormente também nas relações sociais cooperativas, é que o entendimento de Weber sobre o conflito (*kampf*) se molda, não de forma determinista, defendendo ou negando a existência do conflito com cargas valorativas, mas sim como parte comum das relações sociais no decorrer da vida humana, derivada da competição por bens materiais ou

²² WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 21.

²³ “Somente falaremos de “luta” quando efetivamente existe uma situação de concorrência. Segundo ensina a experiência, a luta é inevitável de fato apenas no sentido de “seleção”, e em princípio apenas o é apenas no sentido de seleção biológica [...] A seleção social constitui empiricamente a barreira contra uma eliminação da luta, e a biológica a constitui em princípio”. WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 24.

simbólicos em um ambiente de recursos escassos, realizando aqui uma analogia com o sistema econômico capitalista. O conflito para Weber mostra-se como *trágico*²⁴ em certo sentido, pois as relações sociais não possuem manuais que expliquem a correta sequência de tomada de ações, muito menos a certeza de que as consequências serão aquelas visadas pelos agentes em sua intencionalidade, há uma tensão constante entre as ações sociais praticadas pelos agentes e aquilo que se espera que eles realizem.

Se visto como trágico, o conflito nas relações sociais pode sofrer interferências das mais variadas possíveis, desde os tipos de dominação previstos por Weber (*legal, tradicional e carismático*) até por conta de emoções que fogem à racionalidade preterida pela ação social. “A ação humana pode: a) dirigir-se conscientemente à perturbação de determinadas relações sociais concretas [...] Mas pode ocorrer também: b) que o curso da ação social e suas condições determinantes, de todas as espécies, levem ao resultado acessório, não intencionado [...]”²⁵

Assim sendo, as relações sociais de luta são um tipo de relação onde não há solidariedade, no sentido de preocupações genuínas e constantes com o bem-estar do outro, o que existe é tão somente agentes orientando suas ações visando as ações dos outros, podendo a qualquer momento cessar a relação social caso seja de sua vontade ou se o objetivo já foi concluído. O contrário deste tipo de relação social são as relações sociais comunitárias e associativas. “A relação comunitária constitui

²⁴ Trágico aqui entendido como Nietzsche, em diversas obras (O nascimento da tragédia, Além do bem e do mal, Genealogia da moral etc.), compreendeu o assunto. Freire (2018) comenta as proximidades de Weber e Simmel com a filosofia de Nietzsche: “Simmel, aliás, escreveu um estudo a propósito de Nietzsche, que incluía também Schopenhauer. Max Weber leu com grande interesse esse estudo (Simmel, 2011), embora não sem críticas à leitura simmeliana do filósofo de A genealogia da moral. De todo modo, o perspectivismo e a visão agonística do mundo humano, ideias-força do pensamento trágico nietzschiano, constituem ingredientes relevantes das sociologias de Simmel e Weber, principalmente de suas epistemologias e diagnósticos críticos sobre o mundo moderno (Frisby, 2006). FREIRE, Alyson Thiago Fernandes. **O trágico nas sociologias de Georg Simmel e Max Weber**. Sociologias, Porto Alegre, v. 20, n. 48, p. 212-244, Aug. 2018. p. 217.

²⁵ WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. pp. 24-25.

normalmente, por seu sentido visado, a mais radical antítese da luta”²⁶.

Uma relação social denomina-se comunitária, de acordo com Weber, “[...] quando e na medida em que a atitude na ação social – no caso particular ou em média ou no tipo puro – repousa no sentimento subjetivo dos participantes de pertencer ao mesmo grupo [...]”²⁷. Pode-se notar, logo de início, levando em conta esta citação, que a relação comunitária é dependente de um “sentimento subjetivo” dos agentes, tal sentimento está fundado na percepção que os agentes possuem de si mesmos e dos outros de que todos estão fazendo parte de um mesmo grupo, de forma *afetiva* ou *tradicional*, excluindo-se, em certo sentido, a racionalidade²⁸.

Somente na “relação associativa” é que Weber inclui novamente o aspecto racional das ações sociais, onde não mais os agentes nutrem um “sentimento subjetivo” que os guia a ficarem juntos de seus pares, eles ajustam seus interesses racionalmente motivados (com referência a *valores* ou *fins*) em formas de acordos ou declarações recíprocas, isto é, se utilizam da associação com os outros agentes para, envoltos de uma *ordem legítima vigente* - como o exemplo weberiano do mercado - conseguirem alcançar seus objetivos. Essas relações podem de mesma forma serem efêmeras ou longas relações que são mantidas por décadas, admitindo que a característica de “associativa” ou “comunitária” também não se porta como algo imutável, “A grande maioria das relações sociais, porém, tem caráter, em parte, comunitário, em parte, associativo”²⁹.

Retomando o mesmo cuidado que teve ao diferenciar a ação social de outros tipo de ação, Weber de igual forma

²⁶ WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 26.

²⁷ WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 25..

²⁸ “A relação comunitária ode apoiar-se em todas as espécies de fundamentos afetivos, emocionais ou tradicionais: uma confraria inspirada, uma relação erótica, uma relação de piedade, uma comunidade “nacional”, uma tropa unida por sentimentos de camaradagem”. WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 25.

²⁹ WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 25.

defende que a relação social não é somente um amontoado de pessoas que compartilham “determinadas qualidades ou determinado comportamento”, se a orientação do comportamento dos agentes, mais ou menos homogênea, não for visando a do outro, não haverá relação social. Com esse pensamento que o autor categoriza as relações sociais comunitárias e associativas entre *abertas* ou *fechadas*, pois a qualidade de grupo que as relações comunitárias ou associativas assumem traz consigo a necessidade de se estruturar também como grupo, com regras e normas éticas.

Uma relação sócia (tanto faz se comunitária ou associativa) será designada aberta para fora, quando e na medida em que a participação naquela ação recíproca, que a constitui segundo o conteúdo de seu sentido, não é negada, por sua ordem vigente, a ninguém que efetivamente esteja em condições e disposto a tomar parte nela. Ao contrário, é chamada fechada para fora quando e na medida em que o conteúdo de seu sentido ou sua ordem vigente exclui, limita ou liga a participação a determinadas condições”³⁰.

A conceitualização de *relação social* em conjunto com a *ação social* e *ordem* são os passos que Weber realiza para sistematizar um “todo” da capacidade do agente social de modificar a realidade que o mesmo faz parte, sempre em relação com o outro como parte da dinâmica de viver em sociedade. Com uma riqueza de detalhes que lhe é peculiar, a descrição dos conceitos formaliza uma teoria da ação social que foca seu entendimento na interpretação do sentido, mas também leva em consideração a fluidez do “ser” do agente. Para dialogar com o que apresentamos até agora da Sociologia weberiana presente em *Economia e Sociedade*, elegemos o também sociólogo alemão Georg Simmel.

³⁰ WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012. p. 27.

4. O DIÁLOGO COM GEORG SIMMEL

Georg Simmel foi um dos grandes intelectuais que pensaram a modernidade, lançando, antes de *Economia e Sociedade*, a sua *Soziologie* (1908), obra que realizava uma argumentação profunda sobre os fundamentos epistemológicos da Sociologia, trabalhando também com conceitos como os de *sociação*, *sociabilidade*, *dominação* e *conflito*. Simmel foi igualmente influenciado pela filosofia kantiana, e assim como Weber, possuía uma visão epistemológica da Sociologia que distinguia a forma do conteúdo dos objetos, possibilitando uma “sociologia formal” ou das “formas”. Para este estudo, utilizaremos, principalmente, dos textos de Simmel intitulados *O conflito como sociação* (2011) e *Questiones fundamentales de Sociologia* (2002).

A sociedade, para Simmel, é um produto das interações³¹ entre os indivíduos que compartilham entre si elementos mais ou menos em comum e interagem uns com os outros. No momento em que há interação, o autor define que existem formas específicas destes indivíduos se relacionarem, as chamadas *sociações*³². O ponto de Simmel, quando aborda as *sociações* entre os indivíduos, está no entendimento de que a “sociedade” nada mais seria que “[...] el nombre de un entorno de individuos que están ligados entre ellos por los efectos de estas relaciones recíprocas y que por esto se definen como una unidad [...]”³³, então as *sociações* seriam as formas de relações

³¹ “Desde luego que en este caso la sociedad, por así decirlo, no es una substancia, nada concreto en sí mismo, sino un acontecer, la función del recibir y efectuar del destino y de la configuración de uno respecto a otro” SIMMEL, G. **Questiones fundamentales de Sociologia**. Barcelona, Editorial Gedisa, 2002. p. 34.

³² “A sociação é, portanto, a forma (que se realiza de inúmeras maneiras distintas) na qual os indivíduos, em razão de seus interesses – sensoriais, ideais, momentâneos, duradouros, conscientes, inconscientes, movidos pela causalidade ou teleologicamente determinados, se desenvolvem conjuntamente em direção a uma unidade no seio da qual esses interesses se realizam. Esses interesses sejam eles sensoriais, ideais, momentâneos, duradouros, conscientes, inconscientes, causais ou teleológicos, formam a base da sociedade humana.” SIMMEL, G. **Questiones fundamentales de Sociologia**. Barcelona, Editorial Gedisa, 2002. p. 60.

³³ SIMMEL, G. **Questiones fundamentales de Sociologia**. Barcelona, Editorial Gedisa, 2002. p. 33.

sociais nutridas pelos próprio indivíduos, estes sim o início e fim de toda a “unidade” da sociedade.

Em se tratando desta primeira impressão do pensamento sociológico de Simmel, as comparações com Weber são evidentes também na forma de abordagem entre os níveis “macrossocial” e “microssocial”, ou seja, ambos dão proeminência aos indivíduos e aos fenômenos a sua volta, relegando à “macrossociologia” uma função menos determinante da vida social³⁴. As relações sociais são constituídas por uma imensa rede de trocas (simbólicas, materiais, culturais etc.) entre os indivíduos que resultam em uma necessidade constante de interação para que seus fins sejam atingidos.

Reforçando a diferença entre forma e conteúdo, a *sociação*, sendo a forma da organização mobilizada pelos indivíduos, se diferencia do conteúdo que cada indivíduo carrega consigo, estes movidos por interesses e motivações das mais variadas - assimilação parecida com a que Weber tem do sentido dado à ação social pelos agentes - onde podemos deduzir que a fluidez do “conteúdo” do indivíduo influencia suas tomadas de decisão, e por consequência todos aqueles que estiverem envolvidos nesta rede de relações serão afetados direta ou indiretamente. O conceito de “*sociações*” ainda carrega consigo uma conotação de ação intencional do indivíduo, pois o mesmo não é escolhido aleatoriamente por grupos para que faça parte de suas relações, ele busca por essa interação e, caso alguma destas relações se torne duradoura, os vínculos de confiança fazem que esse tipo de *sociação* interfira crucialmente em sua vida, levando-o a tomar ações para que se mantenha o *status* da relação pelo maior tempo possível.

³⁴ Com isto queremos pontuar que Weber e Simmel mesclam suas abordagens sociológicas entre os níveis “macro”, “meso” e “micro”, dando mais importância à ação do indivíduo, mas não excluindo possíveis interferências de outras instâncias. Sell (2014) discute o “paradigma weberiano” e evidencia a disputa metodológica entre “macro” e “micro”, situando Weber no debate.

Continuando com esta reflexão conceitual de Simmel, insere-se a “forma lúdica da associação”, a *sociabilidade*. A *sociabilidade* é a forma pela qual os indivíduos se unem para, juntos, tentarem maximizar as chances de conquista de seus interesses, tendo forma e conteúdo - diferente do que ocorre na *sociação* - sendo inseparáveis. “Estas formas adquieren ahora una vida propia, se convierten en ejercicio libre de todas las raíces materiales, que se efectúa puramente por sí mismo y por el atractivo que irradia esta libertad [...]”³⁵. A própria *sociabilidade* é o conteúdo e a forma da relação social, constituindo-se um fim em si mesmo, onde os indivíduos possuem interesses em comum e buscam na união a concretização desses objetivos.

Simmel coloca que o mais importante da *sociabilidade* que forma os grupos não é tão somente o seu objetivo final, mas sim a espécie de sentimento de pertencimento à uma organização que compactua em algum aspecto com o conteúdo de cada um dos indivíduos, esta comunhão provocaria neles um *prazer* em estarem juntos que vai além do simples interesse em alcançar alguma meta.

En la sociabilidad no han de entrar las significaciones objetivas que la personalidad pueda poseer, aquellas que tengan su centro fuera del círculo actual; la riqueza y la posición social, la erudición y la fama, capacidades excepcionales y méritos del individuo no han de jugar ningún papel en la sociabilidad, o como mucho pueden dar un leve acento de aquel carácter inmaterial con el que únicamente se puede introducir la realidad en el artificio social de la sociabilidad. Lo mismo que estos elementos objetivos que rodean a una persona, también debe quedar suprimido lo más pura y profundamente personal en su función como componente de la sociabilidad: lo más específicamente personal de la vida, del carácter, del estado de ánimo, del destino, tampoco tienen un lugar en la sociabilidad³⁶.

³⁵ SIMMEL, G. **Questões fundamentais de Sociologia**. Barcelona, Editorial Gedisa, 2002. p. 82.

³⁶ SIMMEL, G. **Questões fundamentais de Sociologia**. Barcelona, Editorial Gedisa, 2002. p. 85.

Necessitamos agora voltar a conceitualização de *sociação* para que a ideia de conflito (*kampf*) de Simmel possa ser caracterizada. Em *Conflito como sociação* (2011), o autor é categórico ao afirmar que o conflito é um fenômeno facilmente observável na sociedade, ele emerge das *sociações* porque por mais que os indivíduos compartilhem de interesses e sentimentos em comum, alguma parte do conteúdo de cada um diverge do outro, expressando a discordância variadas formas, “Conflito é, portanto, destinado a resolver dualismos divergentes, é uma maneira de conseguir algum tipo de unidade, mesmo que seja através da aniquilação de uma das partes em litígio.³⁷”

Os pontos positivos e negativos³⁸ dos conflitos estão, empiricamente, misturados, diz Simmel, isto ocorre porque para ele o conflito é um fenômeno social *sui generis*, tem um fim em si, não sendo possível classificá-lo dentro de alguma unidade, pois é algo “natural” das relações humanas. Simmel dá a entender que o conflito é uma forma de *sociação* que visa a resolução de problemas, seja pelo meio que for, mas “Da mesma forma, não existe provavelmente nenhuma unidade social onde as correntes convergentes e divergentes entre os seus membros não estejam inseparavelmente entrelaçadas³⁹”.

A fluidez dos significados dos conceitos trabalhados por Simmel atesta que este tipo de Sociologia, com fortes toques de uma filosofia kantiana refinada, busca respostas para a explicação do mundo social, contudo, não se deixa levar por determinismos que engessem a ação social, pelo contrário, a noção de conflito de Simmel confirma que o fenômeno pode

³⁷ SIMMEL, G. **O conflito como sociação**. In: RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, 2011 v. 10, n. 30. p. 568.

³⁸ “Assim como o universo precisa de “amor e ódio”, isto é, de forças atrativas e repulsivas, a fim de dispor de qualquer forma, do mesmo modo, a sociedade, também, para atingir uma forma determinada, precisa de alguma razão quantitativa de harmonia e desarmonia, de associação e de concorrência, de tendências favoráveis e desfavoráveis.” SIMMEL, G. **O conflito como sociação**. In: RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, 2011 v. 10, n. 30. p. 571.

³⁹ SIMMEL, G. **O conflito como sociação**. In: RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção, 2011 v. 10, n. 30. p. 570.

resultar em formas positivas ou negativas, dependendo do tipo de relação que se desenrolou, tendo muitas vezes os pontos positivos e negativos se mesclando à síntese produzida pelo conflito, sem os indivíduos possuírem total controle da situação. Neste sentido, podemos, como fizemos com Weber, suspeitar que a Sociologia simmeliana é trágica, já que em todas as conceitualizações que vimos até agora, a ambivalência e o limite pouco claro entre caos e ordem estão presentes no curso do fenômeno, se parecendo muito com a visão de Weber da mutabilidade de sentido das ações ou relações sociais.

A forma com que Simmel enxerga a modernidade influencia na sua concepção de Sociologia, sendo que para o autor o próprio paradigma sociológico indivíduo/sociedade – um produto moderno - se porta como um grande conflito permanente, que coloca o indivíduo em uma situação em que precisa escolher entre posições mais “individualistas” de sua vida e outras mais “comunitárias”, dependendo de fatores que muitas vezes são externos a sua vontade inicial, provocando o conflito. “Por otro lado, el conflicto parece sugerirse precisamente por la inherencia de la sociedad en el individuo. Es un hecho que el ser humano tiene la capacidad de dividirse a sí mismo en partidos y sentir alguna *parte* de sí mismo como su sí mismo auténtico que entra en colisión con otras partes.⁴⁰”

O conflito, do modo apresentado até agora, assume uma certa relevância no pensamento sociológico de Simmel e Weber, todavia, talvez a grande semelhança compartilhada entre os autores está mesmo em sua epistemologia da ciência social; seu modo procedimental de selecionar o objeto e analisá-lo de forma compreensiva, levando em consideração que a mente humana é extremamente complexa, auxiliando em uma melhor interpretação do mundo social e da própria constituição da Sociologia enquanto ciência hermenêutica. O advento da

⁴⁰ SIMMEL, G. **Questiones fundamentales de sociologia**. Barcelona, Editorial Gedisa, 2002. p. 104.

modernidade alavancou mudanças estruturais nos Estados ocidentais que reorganizaram a vida em sociedade, portanto a Sociologia nasce pela necessidade de se obter respostas desse novo corpo social.

Weber e Simmel ainda dividem de um interesse particular para com o sistema econômico capitalista, onde o primeiro escreve um estudo sobre *A ética protestante e o espírito do capitalismo*, obra seminal e considerada um marco na história da Sociologia; e o outro disserta sobre *A filosofia do dinheiro*, também considerada fonte importante do pensamento sociológico alemão. Em tais obras os autores analisam mais do que a estrutura do capitalismo, o seu principal enfoque é em como um novo “espírito” de práticas capitalistas, utilizando da terminologia weberiana, transformou não somente o modo de produção, como também todas as relações sociais mantidas pelos indivíduos.

No caso de Simmel, ainda possuímos o interessante estudo que autor realiza entorno do dinheiro, inclusive chamando-o de “Deus da época moderna”, no qual Simmel argumenta que a vida moderna está em consonância com uma vida monetária, tendo o dinheiro um papel essencial para que as trocas capitalistas ocorram da forma mais eficiente possível. Além disso, o dinheiro também “despersonaliza” as relações sociais, tendendo a homogeneização das mesmas, com o objetivo de unificar os interesses dos indivíduos.

As relações sociais em uma sociedade capitalista moderna estão repletas de conflitos que podem ser adjetivados de inúmeras maneiras, parecendo que Simmel e Weber concordam que o capitalismo “enjaula” o indivíduo em uma redoma de dominações especializadas, que se adaptam ao mesmo passo que a sociedade muda. O sociólogo deve encarar os fenômenos sociais como são, utilizando de uma metodologia que seja compatível com o estudo que se está produzindo, para que assim as “distorções” teóricas não impliquem no caso concreto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomando o título do texto Simmel – *O conflito como socição* -, conclui-se que o tema do conflito está presente no pensamento de Weber e Simmel de forma *homogêna*, no sentido que não é preciso explicitar que o fenômeno está ocorrendo para se deduzir que a relação é ou *pode ser* conflituosa. Weber atesta isso quando diz que a relação social de luta, quando não é sangrenta, assume moldes de *concorrência*, pois sempre algo está em jogo nas relações sociais, o conflito emana de forma natural em um ambiente de recursos escassos; já Simmel parece ainda mais enfático, argumentando que a “vida individual” é a base do conflito entre indivíduo e sociedade. Para Simmel a ambivalência presente nas relações modernas se torna um, digamos, problema *a priori* que o indivíduo tem de levar em conta antes de qualquer coisa.

Em relação a obra *Economia e Sociedade*, ela é competente no estilo de apresentação do que o autor escreveu, principalmente porque a sequência dos temas tratados faz sentido quando se está estudando a obra, podendo o leitor acompanhar com clareza o desenvolvimento da teoria. Quando trata especificamente das relações sociais, o autor o faz baseando-se na descrição de ação social feita anteriormente remetendo constantemente aos tipos de ação social e outros elementos já tratados, findando em uma explicação que possui uma lógica própria, intercalando notas explicativas com um conteúdo sintético no corpo do texto.

É na figura desses dois autores que a Sociologia alemã dos séculos XIX e XX é representada, uma sociologia com forte caráter filosófico, intercalando os pressupostos basilares da filosofia kantiana com uma ciência social que pretende interpretar e compreender a hermenêutica das ações humanas. A prolífica produção bibliográfica de Simmel e Weber também colabora para que suas interpretações do mundo social tenham pertinência nos pensamentos de autores que vieram após eles,

podendo terem a alcunha de “clássicos da Sociologia”, por inaugurarem uma via sociológica que é influente até hoje.

REFERÊNCIAS

FREIRE, Alyson Thiago Fernandes. O trágico nas sociologias de Georg Simmel e Max Weber. **Sociologias**, Porto Alegre, v. 20, n. 48, p. 212-244, Aug. 2018.

HANKE, E. A obra completa de Max Weber - MWG: um retrato. *In: Tempo social*, 2012, vol.24, no.1.

HEIDELBERGER, M. From Mill via von Kries to Max Weber: Causality, Explanation, and Understanding. *In: Max Weber Studies*, 2015.

WEISS, Raquel. Max Weber e o problema dos valores: as justificativas para a neutralidade axiológica. **Rev. Sociol. Polít.**, Curitiba, v. 22, n. 49, p. 113-137, Mar. 2014.

SELL, C. Weber no Século XXI: desafios e dilemas de um paradigma weberiano. **Dados**, vol.57, n.1, 2014.

SIMMEL, G. O conflito como sociação. *In: RBSE – Revista Brasileira de Sociologia da Emoção*, 2011 v. 10, n. 30.

SIMMEL, G. **Questiones fundamentales de sociologia**. Barcelona, Editorial Gedisa, 2002.

WEBER, M. **Economia e sociedade**. Brasília, Editora da UnB, 2012.

DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE NO BRASIL: UMA ANÁLISE FRENTE À SAÚDE DAS MULHERES PARTURIENTES E À VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA

Camila Leonardo Nandi de Albuquerque¹

Luciane Baum Augustin²

RESUMO

No presente artigo objetivou-se a análise do direito fundamental à saúde previsto na Constituição Federal relacionado ao direito das parturientes e os enfrentamentos do direito brasileiro quanto à violência obstétrica. Inicialmente foi feita uma breve análise acerca do direito das mulheres gestantes no mundo, passando-se então para análise específica no Brasil.

A técnica de pesquisa utilizada foi a bibliográfica (artigos e livros) e documental (decisões judiciais) e o método utilizado foi o dedutivo. Constatou-se que a gravidez e o parto figuram, nos países de baixa e média renda, como o Brasil, como uma das principais causas de óbito.

Nesse sentido, evidencia-se que o alto número de cesáreas eletivas realizadas no país sem que haja indicação médica para tanto não possui relação com a redução da mortalidade infantil e materna (cabe pontuar que quando há indicação o panorama é outro). Essa elevada taxa de cesáreas sem indicação pode se configurar uma das formas de ocorrência da violência obstétrica, expressão ainda recente no direito brasileiro. O Brasil já possui legislação vigente a respeito da violência obstétrica, como a Lei n.17.097/2017 do Estado de Santa Catarina. Porém, em relação

¹ Mestre em desenvolvimento regional pela Universidade do Contestado. Especialista em direito empresarial. Mestranda em direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), com taxa Capes/Prosc. Professora titular da disciplina de direito processual penal I na FUCAP Univinte. Email: camilanandi_@hotmail.com

² Graduanda do curso de direito da Universidade do Contestado. Email: lbaumaugustin@gmail.com

aos processos judiciais, os casos de violência ainda são tratados como erros médicos, conforme ficou evidenciado da análise de julgados.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal do Brasil, de forma inédita no direito brasileiro, atribuiu à saúde a condição de direito fundamental. Segundo Uadi Lammêgo Bulos³ “saúde é o estado de completo bem-estar físico, mental e espiritual do homem, e não apenas a ausência de afecções e doenças”. Nesse sentido, dispõe o artigo 196 da Magna Carta de 1988⁴: “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Tem-se, assim, que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são responsáveis pela realização de políticas públicas que assegurem o bem-estar e a saúde dos cidadãos, sem distinção de classe, gênero, cor ou qualquer outra forma de tratamento desigual. Tendo em vista tratar-se de direito social, impõe-se ao Estado prestações positivas e negativas⁵.

O direito à saúde, configurado como um direito humano fundamental à preservação da vida e dignidade humana, está positivado em legislações de âmbito internacional e nacional, bem como na moralidade comum. Para Norberto Bobbio⁶ “uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos

³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p.1592.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.

⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

⁶ BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. 7.reimpr. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.32.

convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”. Isso porque, para o autor, à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil.

A aceitação desses direitos pelo senso moral comum implica na crença de que seu exercício seja igualmente simples. Porém, conforme o autor, se o consenso geral quanto a eles induz a crer que tenham um valor absoluto; por outro lado a expressão genérica e única “direitos do homem” faz pensar numa categoria homogênea. Porém, ao contrário, os direitos do homem, em sua maioria, não são absolutos, nem constituem de modo algum uma categoria homogênea⁷.

Nesse sentido, o jurista Norberto Bobbio⁸, aponta como problema fundamental em relação aos direitos do homem “não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. Ou seja, conforme o jurista, trata-se de um problema não filosófico, mas político. É por isso que, para o jurista é de suma importância delimitar o modo mais seguro para garanti-los, “para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”⁹. Nesse sentido, o jurista argumenta que é inegável a existência de uma crise dos fundamentos, mas que a tarefa hodierna centra-se na “busca, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis”, e não na busca por “outro fundamento absoluto para servir como substituto para o que se perdeu”¹⁰.

Cabe pontuar que, a despeito da lúcida consideração de Norberto Bobbio, deve-se levar em consideração que os direitos humanos “são produções sócio- históricas geradas por atores sociais a quem e sobre quem se teoriza”¹¹. Esse argumento

⁷ BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. 7.reimpr. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

⁸ BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. 7.reimpr. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.16.

⁹ BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. 7.reimpr. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.17.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. 7.reimpr. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.16.

¹¹ RUBIO, David Sánchez Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos: de emancipações, libertações e dominações**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.124.

assinalado pelo jusfilósofo Davi Sánchez Rubio¹² é de suma importância na medida em que expõe que a importância excessiva dada à dimensão jurídico-positiva dos direitos humanos acarreta em uma “eficácia minimalista”, isto é, em uma eficácia “insuficiente frente ao número de violações que todos os dias acontecem no mundo e o tipo de garantias procedimentais que se estabelecem como resposta.

Conforme Davi Sánchez Rubio¹³, “junto com o reconhecimento normativo, a eficácia e a efetividade jurídica dos direitos humanos costuma ser o principal recurso utilizado para garanti-los” e por esse motivo a existência de tribunais de justiça para que se possa fazer denúncias bem como a existência de estados de Direito para a proteção dos direitos fundamentais não é algo a ser desprezado, é justamente o contrário disso. Mas a crítica tecida pelo autor é a de que ao superdimensionar esses elementos haverá efeitos nocivos para a humanidade. Para demonstrar esse raciocínio, o autor exemplifica:

Quantas violações de direitos humanos ocorrem todos os dias no mundo ou nos estados que se intitulam de direito? Com certeza são muitíssimas, incalculáveis. Quantas dessas violações são atendidas judicialmente, com sentença favorável e, além disso, efetiva? Sem dúvida, sendo generosos, a proporção é de 99,9999% de violações para 0,0001%. Portanto, algo ocorre quando nosso imaginário caminha por passagens tão limitadas¹⁴.

Nesse sentido, cabe pontuar que os direitos humanos, no qual se incluem o direito à saúde, não devem ser circunscritos a uma mera reivindicação postulatória decorrente de uma violação. Isso porque essa concepção pós-violatória dos direitos

¹² RUBIO, David Sánchez Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.124.

¹³ RUBIO, David Sánchez Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.124.

¹⁴ RUBIO, David Sánchez Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.125.

humanos imprime a ideia de que os direitos humanos só existem quando já foram violados, “[...] não importando aquela dimensão da realidade que os constrói ou destrói antes da atuação do Estado”¹⁵.

É por esse motivo que, a despeito da presente pesquisa apresentar dados que demonstrem o tratamento dispensado pelo poder judiciário frente à questão da violência obstétrica, parte-se do pressuposto de que o direito humano à saúde e a integridade física é algo imanente ao ser humano, resultante do protagonismo daqueles que na condição de humanos, fazem gozo do referido direito. Reconhece-se, por óbvio, a importância da concepção jurídico-positivista, estatal e formalista na defesa dos direitos humanos, contudo, essa dimensão não deve ser tomada como última ou única, na medida em que se assim o fosse, toda a complexidade dos direitos humanos seria deixada em segundo plano. Uma noção mais complexa de direitos humanos decorre de práticas sociais e ações humanas que empoderam os sujeitos. Essa concepção complexa não se reduz à normas, instituições e teorias¹⁶.

É por esse motivo que, apesar do dever Estatal em fornecer meios para a concretização da saúde, é de suma importância que os cidadãos possuam liberdade e poder de escolha, seja em relação ao meio ambiente, à vida que pretendem levar, às condições de trabalho, aos recursos médico-sanitário que procurarão, os tratamentos aos quais se submeterão, entre outros.

Cabe pontuar que antes da promulgação da Constituição Brasileira de 1988 já haviam normas constitucionais abarcando a questão da saúde. Porém, foi a Constituição de 1988 que elevou a saúde à categoria de direito social-fundamental. Porém, é notório que a qualidade da prestação estatal depende do grau

¹⁵ RUBIO, David Sánchez Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p.126.

¹⁶ RUBIO, David Sánchez Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos**: de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

de desenvolvimento do Estado, de modo que a efetividade do direito à saúde será equânime ao grau de desenvolvimento da esfera pública.

Sendo assim, um país depende de diversos fatores para que possa garantir efetivamente a saúde aos seus cidadãos. No presente trabalho foi analisado de forma breve a questão da violência obstétrica, precipuamente no que diz respeito ao grande número de cesarianas praticado no Brasil, e posteriormente, foi realizada uma análise acerca do tratamento jurídico dispensado ao tema. Ademais, algumas decisões judiciais foram analisadas com o intuito de verificar o tratamento jurídico dispensado ao tema nas cortes superiores. Tanto os acórdãos quando as decisões judiciais singulares analisadas foram coletadas por meio da pesquisa jurisprudencial nos sites dos respectivos tribunais utilizando como filtro de busca a palavra-chave “violência obstétrica”, e termos correlatos referentes às práticas médicas consideradas como violência obstétrica pela literatura.

2. DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Conforme aponta o jurista Luís Roberto Barroso¹⁷, a trajetória da saúde pública no Brasil inicia-se ainda no século XIX, quando a Corte portuguesa se mudou para o Brasil. Já nesse período algumas ações foram realizadas, precipuamente no tocante ao combate da lepra e da peste, bem como sobre algum controle sanitário, especialmente sobre os portos e ruas. Porém, somente entre 1870 e 1930 que o Estado passou realizar algumas ações mais efetivas no campo da saúde, com a adoção do modelo “campanhista”, caracterizado pelo uso corrente da autoridade e da força policial. Esse modelo, a despeito dos

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, a.60, n.188, p.29-60, jan./mar., 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. Acesso em: 10 jun. 2009.

abusos cometidos, obteve importantes sucessos no controle de doenças epidêmicas¹⁸.

Enquanto se adotava o modelo “campanhista”, não havia ações públicas curativas, essas que ficavam restritas apenas aos serviços privados e à caridade. Porém, a partir da década de 30 passa a se dar a estruturação básica do sistema público de saúde, que também passa a realizar ações curativas. Nesse contexto, é criado o Ministério da Educação e Saúde Pública, os institutos de previdência (IAPs), que proporcionavam serviços de saúde de caráter curativo, de modo que alguns desses IAPs possuíam, inclusive, hospitais próprios. Porém esses serviços restringiam-se à categoria profissional ligada ao respectivo Instituto. Desse modo, a saúde pública não era universalizada em sua dimensão curativa. Ao longo do regime militar houve a unificação dos IAPs, com a criação do INPS – Instituto Nacional de Previdência Social. Ligados ao INPS, foram criados o Serviço de Assistência Médica e Domiciliar de Urgência e a Superintendência dos Serviços de Reabilitação da Previdência Social, de modo que todo trabalhador urbano com carteira assinada era contribuinte e beneficiário do novo sistema, e, portanto, tinha direito a atendimento na rede pública de saúde. Porém grande parte da população brasileira não integrava o mercado de trabalho formal, e por isso continuava excluído do direito à saúde, ainda dependendo, como ocorria no século XIX, da caridade pública¹⁹.

A partir do processo de redemocratização, intensificou-se o debate nacional sobre a universalização dos serviços públicos de saúde, de modo que o momento culminante do

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a.60, n.188, p.29-60, jan./mar., 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. Acesso em: 10 jun. 2009.

¹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a.60, n.188, p.29-60, jan./mar., 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. Acesso em: 10 jun. 2009.

“movimento sanitaria” foi a Assembleia Constituinte, em que se deu a criação do Sistema Único de Saúde. Restou estabelecido na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 196, que a saúde é “direito de todos e dever do Estado”, além de instituir o “acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, a saúde passou a ser direito de todos, independentemente de possuir vínculo empregatício ou não²⁰.

3. SAÚDE DAS MULHERES GESTANTES NO MUNDO E A PROTEÇÃO DA MULHER PARTURIENTE NO BRASIL

Segundo uma análise estatística feita pela ex-Diretora-Geral da Organização Mundial da Saúde, Margaret Chan, os anos reprodutivos ou férteis tem grande impacto na saúde geral e no bem-estar das mulheres, tendo em vista que somente a mulher enfrenta os desafios decorrentes da gravidez e do parto. Entre as dez principais causas de óbito em mulheres, entre os 15 e 44 anos de idade, a gravidez e o parto correspondem a 14% das mulheres do mundo; 19,5% das mulheres em países de baixa renda; 6,8% em países de renda média e, nos países de alta renda, não se encontram entre as dez principais causas de óbito em mulheres, segundo estatísticas do ano de 2004²¹.

Segundo nova edição da Organização Mundial da Saúde, *World Health Statistics 2018*, muitas mulheres ainda sofrem e morrem devido a sérios problemas de saúde durante a gravidez e o parto. Em 2015 foi estimado que 303.000 mulheres no mundo morreram devido a complicações na gravidez e no

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Jurisp. Mineira*, Belo Horizonte, a.60, n.188, p.29-60, jan./mar., 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. Acesso em: 10 jun. 2009.

²¹ CHAN, Margaret. **Mulheres e saúde**: evidências de hoje agenda de amanhã. Organização Mundial da Saúde, 2011. Disponível em: https://www.who.int/eportuguese/publications/Mulheres_Saude.pdf?ua=1. Acesso em: 02 jun. 2019. p.27.

parto, dessas mortes, aproximadamente 99% correspondem a países de renda média e baixa. Para reduzir a mortalidade materna, faz-se necessário garantir que as mulheres tenham acesso a acompanhamento médico desde o início da gravidez até o pós-parto²².

No entanto, conforme o relatório, estima-se que em 2013, mais de 40% das mulheres grávidas do mundo não receberam os cuidados pré-natais, bem como, enquanto nos países de renda alta e renda-média alta, mais de 90% dos nascimentos tiveram a presença de médico ou especialista, menos da metade de todos os nascimentos em países de renda baixa ou média foram atendidos por profissionais qualificados²³.

Portanto, fica evidente a relação entre o desenvolvimento de determinado país e a qualidade de saúde disponível. No Brasil, país considerado pela subdesenvolvido e/ou emergente, o Ministério da Saúde tem implementado medidas para melhorar o atendimento das mulheres na rede pública. Inclusive, em 2018, o tema da Semana de Mobilização pela Saúde das Mulheres no SUS, ação promovida pelo ministério da saúde, foi a redução da mortalidade materna.

No ano de 2015 o Ministério da Saúde divulgou dados que demonstraram uma taxa de cesáreas de 56% na população geral, sendo que destes, aproximadamente 40% foram realizados na rede pública²⁴. Em 2017 foram apresentados novos dados, os quais não demonstraram uma melhora efetiva em relação ao ano de 2015, contando com 41,9% de cesarianas realizadas pelo SUS.²⁵

²² WORLD HEALTH ORGANIZATION. **World health statistics 2018**: monitoring health for the SDGs sustainable development goals. World Health Organization, 2018. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272596/9789241565585-eng.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em: 13 jul. 2019.

²³ CHAN, Margaret. **Mulheres e saúde**: evidências de hoje agenda de amanhã. Organização Mundial da Saúde, 2011. Disponível em: https://www.who.int/eportuguese/publications/Mulheres_Saude.pdf?ua=1. Acesso em: 02 jun. 2019. p.27.

²⁴ ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho *et al.* Violência obstétrica no brasil: uma revisão narrativa. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, n.29, jul., 2017.

Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/1807-0310/2017v29155043>. Acesso em: 03 jul. 2009.

²⁵ BRASIL, Ministério da Saúde. **Ministério da Saúde fará monitoramento online de partos**

Frente à essa perspectiva, na semana de mobilização pela saúde das mulheres no SUS, o Ministério da Saúde lançou um projeto para incentivar a realização de parto normal e diminuir o número de cesáreas na rede pública.

O projeto “parto cuidadoso: monitoramento e adoção das boas práticas de atenção ao parto e nascimento” tem como objetivos: adoção de critério para melhor acompanhamento e estímulo ao parto normal (Classificação de Robson); utilização do painel online de acompanhamento das cesáreas; elaboração de plano de ação tripartite para redução das cesáreas desnecessárias nas maternidades do SUS a partir de abril de 2018; fortalecimento da implementação do Plano de Diretrizes do Parto Normal Habilitar mais 20 Centros de Parto Normal no SUS. O referido projeto também visa atender 634 maternidades do Brasil, adotando as recomendações da OMS no monitoramento e redução das taxas de cesáreas desnecessárias, capacitando 300 enfermeiras obstétricas e obstetrias na atenção ao parto normal e intensificando as ações que promovam ações educativas na Atenção Básica. Também foi anunciado que, pela primeira vez, o Ministério da Saúde iria monitorar online o número de cesarianas realizadas pelas maternidades, bem como foi informado que o painel estaria disponível a partir do dia 19/03/2018 e gestores e usuárias do SUS poderiam acompanhar o monitoramento pelo site da Secretaria de Vigilância em Saúde.²⁶

Da consulta ao site do Ministério da Saúde²⁷, pôde ser observado, pelo local de registro ‘nascidos vivos por ocorrência’, pela estatística ‘número de nascidos’, categoria ‘notificação de

cesáreos no país. 2018. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42714-ministerio-da-saude-fara-monitoramento-online-de-partos-cesareos-no-pais>. Acesso em: 23 ago. 2019.

²⁶ BRASIL, Ministério da Saúde. **Dia Internacional da mulher:** fortalecer a participação com garantia dos direitos da mulher. 2018. Disponível em: <http://portal.arquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/marco/07/coletiva-saude.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

²⁷ BRASIL, Ministério da Saúde. **Painel de Monitoramento da Regularidade da Natalidade.** Disponível em: <http://svs.aids.gov.br/dantps/centrais-de-conteudos/paineis-de-monitoramento/natalidade/regularidade/>. Acesso em: 28 jun. 2019.

nascidos', tipos de parto 'todos' no Painel de Monitoramento de Nascidos Vivos, que no ano de 2018 foram registrados 2.542.400 nascimentos. Destes, o tipo de parto 'cesáreo' teve um índice de 1.423.537, ou seja, em 55,99% dos nascidos vivos o nascimento se deu pelo parto cesáreo. Destes, a taxa de realização de cesáreas em estabelecimento de saúde público foi de 42,74% e em estabelecimento de saúde não público 67,62%. Dessa forma, ao se comparar os dados com o dos anos anteriores, percebe-se que de um modo geral houve em 2018 um aumento na realização de cesáreas feitas pelo sistema de saúde público.

Segundo a declaração da OMS sobre taxas de cesáreas (2015) a cesárea é uma medida efetiva para salvar a vida de mães e bebês, porém apenas quando indicada por motivos médicos. Além disso, segundo a declaração, ao nível populacional, taxas de cesárea maiores que 10%-15% não estão relacionadas com a redução da mortalidade.²⁸

No Brasil houve redução considerável da taxa de mortalidade das mulheres entre 15 e 49 anos por transtornos maternos. Conforme se extrai do painel de monitoramento da mortalidade no Brasil²⁹ do departamento de informação e análise epidemiológica vinculado à Secretaria de Vigilância em Saúde, na década de 90, entre as 10 principais causas de óbito de mulheres, os transtornos maternos encontravam-se em quarto lugar. Em comparação com o ano de 2017, a taxa de mortalidade por transtornos maternos caiu para o nono lugar.

²⁸ OMS. Organização Mundial da Saúde. **Declaração da OMS sobre taxas de cesáreas.** [s.d.]. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO_RHR_15.02_por.pdf;jsessionid=C976EA8C4E711A2E1BAB1C9DC198B0CB?sequence=3. Acesso em: 04 jul. 2019.

²⁹ BRASIL, Departamento de Informação e Análise Epidemiológica; Secretaria de Vigilância em Saúde. **Principais causas de morte.** [s.d.]. Disponível em: <http://svs.aids.gov.br/dantps/centrais-de-conteudos/paineis-de-monitoramento/mortalidade/gbd-brasil/principais-causas/>. Acesso em: 04 jul. 2019.

Gráfico 1 – 10 Principais causas de mortalidade em Brasil, feminino 15-49 anos, 1990³⁰:

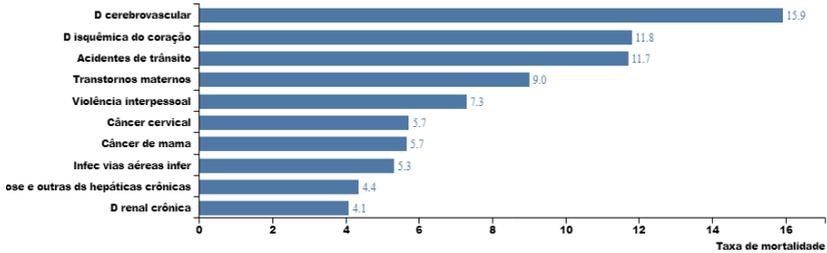
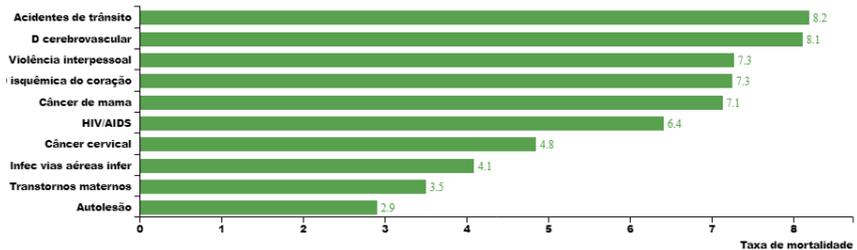


Gráfico 2 – 10 principais causa de mortalidade em Brasil, feminino 15-49 anos, 2017³¹:



No entanto, de acordo com os dados fornecidos pela Secretaria de Vigilância em Saúde, o nono lugar só foi conquistado em 2010 e, até 2017, constata-se que houve pouca redução na taxa da mortalidade por transtornos maternos, permanecendo causa em nono lugar de óbito durante esses sete anos.

No entanto, é temerário falar em redução da mortalidade

³⁰ BRASIL, Departamento de Informação e Análise Epidemiológica; Secretaria de Vigilância em Saúde. **Principais causas de morte**. [s.d.]. Disponível em: <http://svs.aids.gov.br/dantps/centrais-de-conteudos/paineis-de-monitoramento/mortalidade/gbd-brasil/principais-causas/>. Acesso em: 04 jul. 2019.

³¹ BRASIL, Departamento de Informação e Análise Epidemiológica; Secretaria de Vigilância em Saúde. **Principais causas de morte**. [s.d.]. Disponível em: <http://svs.aids.gov.br/dantps/centrais-de-conteudos/paineis-de-monitoramento/mortalidade/gbd-brasil/principais-causas/>. Acesso em: 04 jul. 2019.

devido ao aumento de cesarianas. Conforme Tesser *et al.*³² os aumentos na taxa de cesarianas isoladamente não têm relação com a redução da mortalidade perinatal, mas sim, comparando-se às mulheres que optaram pela realização do parto normal, há um número maior da mortalidade, além de diversas complicações que apresentam risco para a mulher, como a internação da UTI, uso de antibióticos, necessidade de transfusão, histerectomia e tempo de permanência no hospital. Na verdade, a redução da mortalidade deve-se aos avanços nos cuidados relacionados à obstetrícia, como por exemplo, os cuidados no pré-natal.

Tendo sido feito esse primeiro panorama acerca da saúde das mulheres no mundo e no Brasil, constatou-se a dificuldade do país em atender as disposições da OMS em prol da garantia do direito à saúde das mulheres em idade reprodutiva.

4. VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA E SUAS IMPLICAÇÕES NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA

A alta quantidade de cesáreas no Brasil guarda relação com a violência obstétrica, expressão ainda recente no país. Segundo artigo publicado por Tesser *et al.*³³ na Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade (RBMFC), foram propostas diversas definições para o termo “violência obstétrica”. A primeira tipificação acerca do tema ocorreu na Venezuela, e a legislação definiu da seguinte maneira:

Qualquer conduta, ato ou omissão por profissional de saúde, tanto em público como privado, que direta ou indiretamente leva

³² TESSER, Charles Dalcanale *et al.* Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. **Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade**, v.10, n.35, p.1-12, 2015. Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013/716>. Acesso em: 30 jun. 2009.

³³ TESSER, Charles Dalcanale *et al.* Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. **Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade**, v.10, n.35, p.1-12, 2015. Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013/716>. Acesso em: 30 jun. 2009.

à apropriação indevida dos processos corporais e reprodutivos das mulheres, e se expressa em tratamento desumano, no abuso da medicalização e na patologização dos processos naturais, levando à perda da autonomia e da capacidade de decidir livremente sobre seu corpo e sexualidade, impactando negativamente a qualidade de vida de mulheres³⁴.

Nesse sentido, o conceito de violência obstétrica se relaciona ao fenômeno do abuso de cesarianas. No Brasil, os níveis de cesarianas estão acima daqueles considerados equilibrados pela Organização Mundial da Saúde. Esse fenômeno se deve a uma multiplicidade e a complexidade dos fatores envolvidos, como fatores culturais que se referem à medicalização do ideário das pessoas e das mulheres, fazendo com que a cesariana seja considerada um bem de consumo e uma intervenção segura³⁵.

A imposição de intervenções não consentidas, ou mesmo de intervenções aceitas com base em informações parciais ou distorcidas, violam o direito à informação, ao consentimento informado e as escolhas e preferências da parturiente³⁶. A indução à cesárea por motivos duvidosos, tais como superestimação dos riscos para o bebê (circular de cordão, “pós-datismo” na 40a semana, etc.) ou para a mãe (cesárea para “prevenir danos sexuais”, etc.), ou a não informação dos danos potenciais de longo prazo dos modos de nascer (aumento de doenças crônicas nos nascidos, por exemplo), são aspectos que se relacionam aos altos índices desse tipo de intervenção no Brasil³⁷.

³⁴ TESSER, Charles Dalcanale *et al.* Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. **Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade**, v.10, n.35, p.1-12, 2015. Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013/716>. Acesso em: 30 jun. 2009. p.03.

³⁵ TESSER, Charles Dalcanale *et al.* Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. **Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade**, v.10, n.35, p.1-12, 2015. Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013/716>. Acesso em: 30 jun. 2009.

³⁶ TESSER, Charles Dalcanale *et al.* Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. **Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade**, v.10, n.35, p.1-12, 2015. Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013/716>. Acesso em: 30 jun. 2009.

³⁷ TESSER, Charles Dalcanale *et al.* Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. **Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade**, v.10, n.35, p.1-12, 2015.

A cirurgia cesariana, quando necessária, salva vidas e diminui morbidades para a mulher e o conceito, porém esse efeito positivo não se mantém a partir de certa proporção de cesarianas³⁸.

No Brasil, a Lei n.17.097/2017³⁹ do Estado de Santa Catarina, definiu em seu artigo 2º, a violência obstétrica como: todo ato praticado pelo médico, pela equipe do hospital, por um familiar ou acompanhante que ofenda, de forma verbal ou física, as mulheres gestantes, em trabalho de parto ou, ainda, no período puerpério.

Muitas são as definições dadas pela literatura acerca da violência durante o parto. Conforme estudo realizado por D'Oliveira *et al.*⁴⁰ existem quatro formas de violência que se manifestam no cenário do parto, quais sejam: a violência por negligência, a violência verbal e/ou psicológica, a violência física e a violência sexual. Essas formas de violência contribuem para fomentar a ideia de que o parto é uma experiência traumática.

Além disso, enquadra-se também no conceito de violência obstétrica, qualquer procedimento realizado no corpo da mulher ou no bebê, sem o devido consentimento da parturiente, abrangendo-se todos os períodos de atendimento, o pré-parto, o parto e pós-parto⁴¹.

Conforme Tesser *et al.*⁴² o abuso físico da parturiente

Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013/716>. Acesso em: 30 jun. 2009.

³⁸ TESSER, Charles Dalcanale *et al.* Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. *Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade*, v.10, n.35, p.1-12, 2015. Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013/716>. Acesso em: 30 jun. 2009.

³⁹ SANTA CATARINA. **Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017**. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Florianópolis, 2017. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_Lei.html. Acesso em: 07-de março, 2019.

⁴⁰ D'OLIVEIRA, A. F. P. L.; DINIZ, C. S.; SCHRAIBER, L. B. Violence against women perpetrated within health care institutions: an emerging problem. *Lancet*, n.359, p.1681-5, 2002.

⁴¹ NASCIMENTO NETO, José Osório do *et al.* Violência obstétrica como violência de gênero e violência institucionalizada: breves considerações a partir dos direitos humanos e do respeito às mulheres. *Cadernos da Escola de Direito*, v.2, n.25, p.48-60, 2016.

⁴² TESSER, Charles Dalcanale *et al.* Violência obstétrica e prevenção quaternária: o que é e o que fazer. *Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade*, v.10, n.35, p.1-12, 2015. Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013/716>. Acesso em: 30 jun. 2009.

envolve também o toque vaginal excessivo, as cesáreas e episiotomias desnecessárias, inclusive o uso desta última sem a anestesia e a manutenção da parturiente em posição que a parturiente não deseje estar. Também são enquadradas como violência obstétrica outras categorias de violência tais como, imposição de intervenções não consentidas ou aceitas em decorrência de informações mal esclarecidas; o descuido e o desrespeito em relação ao direito de privacidade (isso porque as maternidades muitas das vezes possuem enfermarias de trabalho de parto coletivo, das quais muitas vezes não possuem biombo ou cortinas para separar os leitos e, ainda, utilizam-se disso como justificativa para negar a presença de acompanhante); a discriminação baseada em certos atributos, como a escolaridade, cor da pele, classe social, estado civil, se a gravidez foi planejada; o abandono, a negligência ou a recusa a assistência, descaso com as mulheres mais queixosas; e no caso de discriminação na assistência ao aborto incompleto. Além disso, a pesquisa leva em consideração o excesso de intervenções consideradas ineficazes ou prejudiciais durante o parto.

Segundo as Diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal⁴³ entende-se como parto normal o parto realizado sem o auxílio de fórceps, vácuo extrator ou cesariana, podendo ocorrer intervenções baseadas em evidências, desde que haja necessidade para facilitar o progresso do parto e um parto vaginal normal, como a aplicação de ocitocina, ruptura artificial de membranas, alívio farmacológico da dor ou manobra ativa no terceiro período.

Conforme as diretrizes⁴⁴ estabelecidas, os cuidados gerais durante o trabalho de parto devem proporcionar às

⁴³ BRASIL, Ministério da Saúde; Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos; Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. **Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal**. Brasília: Ministério da Saúde. 2017.

⁴⁴ BRASIL, Ministério da Saúde; Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos; Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. **Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal**. Brasília: Ministério da Saúde. 2017.

mulheres um tratamento de respeito, devendo ser informadas de todas as decisões a serem tomadas quando baseadas em evidências, tendo o direito à uma participação positiva durante o parto. Em relação à comunicação com a mulher, ficou estabelecido que o profissional deve cumprimenta-la com um sorriso, apresentando-se e explicando qual o seu papel no trabalho de parto, indagar sobre as necessidades da mulher, inclusive como ela gostaria de ser chamada, manter uma posição calma e confiante, demonstrando para a parturiente que tudo vai ocorrer bem, questionando a mulher acerca do bem-estar dela e se algo em particular a preocupa.

Ainda, as diretrizes⁴⁵ impõem que nos casos de a paciente já ter um plano de parto escrito, o profissional deverá discutir com ela as possibilidades de aplicação dos procedimentos por ela planejados, levando-se em conta a unidade hospitalar e a assistência disponível, bem como os métodos e as técnicas possíveis. Verificar se a paciente tem capacidade para se comunicar, devendo observar se ela apresenta alguma deficiência auditiva, visual ou intelectual. Fazer uma avaliação do conhecimento da mulher acerca dos procedimentos para o alívio da dor e oferecer uma explicação para que ela possa escolher qual o melhor método para ela, devendo solicitar permissão à mulher antes de qualquer procedimento a ser realizado no corpo dela, focando na parturiente não na tecnologia disponível.

Ainda, os profissionais devem encorajar as mulheres a se adaptarem ao ambiente de acordo com suas necessidades, bem como em relação aos acompanhantes, deve mostrar-lhes como podem ajudar a parturiente. Em relação à privacidade na sala de parto, o profissional deve bater na porta do quarto ou enfermaria antes de entrar, solicitando às outras pessoas que façam o mesmo, e quando sair do quarto, avisar quando vai

⁴⁵ BRASIL, Ministério da Saúde; Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos; Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. **Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal**. Brasília: Ministério da Saúde. 2017.

voltar. Deixar a mulher bem informada acerca da transferência /troca de profissionais e também quando solicitar a opinião adicional⁴⁶.

Ademais, as diretrizes Nacionais de Assistência ao Parto Normal⁴⁷ aduzem quanto ao apoio físico e emocional que todas as parturientes devem ter apoio contínuo e individualizado durante o trabalho de parto e parto, não devendo ser deixadas sozinhas, exceto por curtos períodos e também, as mulheres devem ter direito a um acompanhante de sua escolha, não devendo ser necessariamente alguém do seu ciclo social.

Acerca da legislação brasileira, pode-se citar a Lei Federal n.11.634, de 27 de dezembro de 2007⁴⁸, que dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. A Lei Federal n.11.108, de 07 de abril de 2005⁴⁹, conhecida como lei do acompanhante, que visa garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS. A Lei n.17.097/17⁵⁰ editada pelo Estado de Santa Catarina, que traz a definição de violência obstétrica, como já citado, e descreve as condutas consideradas

⁴⁶ BRASIL, Ministério da Saúde; Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos; Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. **Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal**. Brasília: Ministério da Saúde. 2017.

⁴⁷ BRASIL, Ministério da Saúde; Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos; Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. **Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal**. Brasília: Ministério da Saúde. 2017.

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 11.634, de 27 de dezembro de 2007**. Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Brasília, Diário Oficial da União, 2007. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005**. Altera a Lei n.8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. Brasília, Diário Oficial da União, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

⁵⁰ SANTA CATARINA. **Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017**. Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Florianópolis, 2017. Disponível em: http://leis.ale.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html. Acesso em: 07 de março, 2019.

como ofensa verbal ou física.

Apesar dessas recomendações e das disposições legais vigentes, a violência obstétrica é uma realidade no Brasil. As decisões judiciais também não são promissoras na proteção do direito das mulheres a um parto digno. Isso porque, conforme pesquisa realizada por Silva *et al.*⁵¹ que buscou analisar acórdãos do STJ, e STF acerca do tema, no período entre 2010 a 2016, as pesquisadoras não obtiveram êxito em encontrar acórdãos com a expressão “violência obstétrica”, deixando claro que no Brasil, apesar de muitos programas para a redução do mau trato às parturientes, ainda há muita dificuldade para a efetiva proteção das mulheres.

Diante da inexistência de julgados utilizando a expressão “violência obstétrica”, as pesquisadoras utilizaram palavras-chave que caracterizam esse tipo de violência, buscando-se julgados utilizando palavras-chaves como “episiotomia”, “manobra de Kristeller”, “cesárea lesão”, “lesão no parto”, “demora no parto” e “ocitocina”.

Pela palavra “episiotomia” foi encontrado apenas 01 acórdão no STF, pela expressão “manobra de Kristeller” foram encontrados 02 acórdãos no STJ, e pela palavra “ocitocina” foi encontrado apenas 01 acórdão no STJ. Expressões como “lesão no parto”, “erro médico parto” e “demora no parto” apresentaram maiores resultados: 02 acórdãos no STF e 15 no STJ corresponderam para “lesão no parto”; apontaram para “erro médico parto” 32 acórdãos no STJ, pela pesquisa por “demora no parto” resultaram 3 acórdãos no STF, 06 no STJ e 29 no TJMA. Do total destes julgados, a autora selecionou 36 deles para a análise de conteúdo.

Dá análise desses acórdãos, a autora pôde criar diversas categorias, dentre elas, a categoria dos “direitos e princípios violados”. Ficou constatado que houve violação do direito à vida,

⁵¹ SILVA, Artenira da *et al.* Violência obstétrica no Brasil: um enfoque a partir dos acórdãos do STF e STJ. *Revista Quaestio Iuris*, v.10, n.4, p.2430-2457, 2017.

à saúde, aos direitos sexuais e reprodutivos, à informação, ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao princípio da autonomia das mulheres gestantes. No entanto, na maioria das decisões estudadas tais categorias de direitos não foram citadas. Percebe-se que é alarmante a situação das mulheres gestantes vez que seus direitos constitucionais não foram invocados em nenhuma das decisões do judiciário.

Ao se pesquisar a jurisprudência acerca do tema no site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, utilizando-se a expressão “violência obstétrica” no campo de busca, foi possível encontrar apenas dois acórdãos do Tribunal de Justiça. Em ambos, os recursos foram conhecidos e desprovidos pelo motivo de não verificação da responsabilidade civil objetiva:

APELAÇÃO CÍVEL INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. AUTORA QUE TEVE LACERAÇÃO DO PERÍNEO EM GRAU QUATRO E DESGASTE DO OSSO DA BACIA QUANDO DA REALIZAÇÃO DO PARTO NORMAL. ALEGADA INCAPACIDADE PARA O TRABALHO E PARA AS ATIVIDADES DO COTIDIANO. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. EXAME PERICIAL REALIZADO MUITO TEMPO DEPOIS DO AJUIZAMENTO DA AÇÃO O QUE PODE TER MODIFICADO O QUADRO FÍSICO DA AUTORA. DEMORA QUE NÃO PODE SER ATRIBUÍDA AO PODER JUDICIÁRIO, POIS A AÇÃO FOI JUIZADA QUASE TRÊS ANOS PÓS A REALIZAÇÃO DO PARTO. ADEMAIS, LAUDO PERICIAL FUNDAMENTADO, OBJETIVO E CONCLUSIVO. ALEGAÇÃO DE QUE SOFREU VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA DURANTE A REALIZAÇÃO DO PARTO. IMPERTINÊNCIA. LAUDO PERICIAL QUE AFIRMA A POSSIBILIDADE DE LACERAÇÃO DO PERÍNEO CASO O BEBÊ SEJA GRANDE OU A MÃE CONTRAIA O MÚSCULO PERINEAL NO MOMENTO DA EXPULSÃO. PERITO QUE CONSTATOU QUE A AUTORA NÃO APRESENTA NENHUMA PATOLOGIA EM DECORRÊNCIA DO PARTO. TESTEMUNHAS OUVIDAS QUE INFORMARAM A POSSIBILIDADE DE LACERAÇÃO DO PERÍNEO DURANTE O PARTO NORMAL E A CONDUTA ADEQUADA NO TRATAMENTO DO CASO DA AUTORA. DESGASTE ÓSSEO DA BACIA QUE PODE SER CAUSADO PELA GRAVIDEZ (NÃO

PELO PARTO) E PELA REALIZAÇÃO DE ATIVIDADE REPETITIVA. **AUSÊNCIA DE FALHA NOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO NOSOCÔMIO E DE PROVAS DO DANO ALEGADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA NÃO VERIFICADA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**⁵²

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS CONTRA O ESTADO DE SANTA CATARINA. PARTO DE ALTO RISCO. **AUTORA QUE TEVE LACERAÇÃO DO PERÍNEO EM GRAU 2. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. RECURSO DA AUTORA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE NÃO REALIZAÇÃO DE NOVA PERÍCIA E OITIVA DE TESTEMUNHAS. MATÉRIA CONTROVERTIDA QUE NÃO CARECE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA, POIS DEVERIA TER SIDO ESCLARECIDA POR OCASIÃO DA PROVA TÉCNICA. DESNECESSÁRIA A OITIVA DE TESTEMUNHAS PARA O DESLINDE DO FEITO. PRELIMINAR RECHAÇADA. ALEGAÇÃO DE QUE SOFREU VIOLÊNCIA OBSTÉTRICA DURANTE A REALIZAÇÃO DO PARTO NORMAL. IMPERTINÊNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO MÉDICA PARA FOSSE REALIZADO CESARIANA. LAUDO PERICIAL FUNDAMENTADO, OBJETIVO E CONCLUSIVO, QUE AFIRMA A POSSIBILIDADE DE LACERAÇÃO DO PERÍNEO CASO O BEBÊ SEJA GRANDE OU A MÃE CONTRAIA O MÚSCULO PERINEAL NO MOMENTO DA EXPULSÃO. FRATURA NA CLAVÍCULA DO INFANTE QUE, CONFORME DESCRIÇÃO DA LITERATURA MÉDICA, PODE OCORRER. A RECUPERAÇÃO DA LESÃO OCORRE EM POUCO TEMPO, MESMO EM CASOS NÃO TRATADOS, SEM DEIXAR DEFORMIDADES. AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO DE ANESTESIA PARA CONTER A DOR PROVENIENTE DA LACERAÇÃO PÉLVICA. ATO MÉDICO, CUJAS CONSEQUÊNCIAS DEVEM SER ANALISADAS CASO A CASO PELO OBSTETRA E ANESTESISTA QUE ESTÃO ACOMPANHANDO O PARTO. ADOÇÃO DE TODAS AS MEDIDAS NECESSÁRIAS E CABÍVEIS AO CASO. PROCEDIMENTOS ADEQUADAMENTE REALIZADOS PELA**

⁵² SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Terceira Câmara de Direito Civil. **Apelação Cível n. 0011832-34.2013.8.24.0033.** Relator: Desembargador: Saul Steil. **Juiz Prolator:** José Agenor de Aragão. Florianópolis, 18 de julho de 2017. Disponível em: <https://goo.gl/UNfR3t>. Acesso em: 30 set. 2018.

EQUIPE OBSTÉTRICA DA ENTIDADE HOSPITALAR. AUSÊNCIA DE FALHA NOS SERVIÇOS PRESTADOS PELO NOSOCÔMIO E DE PROVAS DO DANO ALEGADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA NÃO VERIFICADA. ERRO MÉDICO NÃO CONFIGURADO. ATO ILÍCITO NÃO CARACTERIZADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.⁵³

Apesar de no Estado de Santa Catarina já estar sendo usada a expressão “violência obstétrica”, em relação à forma de julgamento pode-se notar, pela análise dos acórdãos, que a decisão também foi embasada na responsabilidade civil objetiva e na necessidade de comprovação do dano sofrido. Desse modo, a despeito da adoção por parte da legislação estadual do termo “violência obstétrica”, contata-se que a visão do judiciário catarinense não incorporou o conceito de violência obstétrica, visto os poucos resultados obtidos nas buscas jurisprudenciais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são responsáveis pela realização de políticas públicas que assegurem o bem-estar e a saúde dos cidadãos, sem distinção de classe, gênero, cor ou qualquer outra forma de tratamento desigual. E diversos são os fatores implicados na efetividade e na garantia da saúde aos seus cidadãos. Sobre essa temática, verificou-se a questão da violência obstétrica, especificamente nas suas implicações quando do grande número de cesarianas praticado no Brasil.

As definições dadas pela literatura acerca da violência obstétrica abarcam aquelas que se manifestam em cenários de altas taxas de cesarianas. Conforme as diretrizes Nacionais de

⁵³ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara de Direito Público. **Apelação Cível n. 1022397-70.2013.8.24.0023**. Relator: Desembargador: Pedro Manoel Abreu. **Juiz Prolator:** Luis Francisco Delpizzo Miranda. Florianópolis, 25 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://goo.gl/4dfQJx>>. Acesso em: 30 set. 2018.

Assistência ao Parto Normal de 2017⁵⁴, os cuidados gerais durante o trabalho de parto devem proporcionar às mulheres um tratamento de respeito, devendo ser informadas de todas as decisões a serem tomadas quando baseadas em evidências, tendo o direito à uma participação positiva durante o parto.

Apesar de já existir legislação tratando do assunto, ela é escassa. A análise acerca do tratamento jurídico dispensado ao tema demonstrou que, a despeito do elevado número de cesárias eletivas praticadas no Brasil, que por si só pode configurar violência obstétrica quando, as decisões relacionadas ao tema não analisam a questão à luz das definições contemporâneas do que vem a ser violência obstétrica, o que corrobora o entendimento de que a mera positivação de um direito não é pressuposto para efetivação desse direito, e que, portanto o direito à saúde, não devem ser circunscritos a uma mera reivindicação postulatória decorrente de uma violação. É por esse motivo que as políticas públicas destinadas a assegurar o direito humano à saúde que dizem respeito a prevenção à violência obstétrica devem ser voltadas ao protagonismo da luta social, berço por excelência dos direitos humanos, e não tão somente na positivação normativa.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Jurisp. Mineira**, Belo Horizonte, a.60, n.188, p.29-60, jan./mar., 2009. Disponível em: <https://bd.tjmg.jus.br/jspui/handle/tjmg/516>. Acesso em: 10 jun. 2009.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. 7.reimpr. Tradução

⁵⁴ BRASIL, Ministério da Saúde; Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos; Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. **Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal**. Brasília: Ministério da Saúde. 2017.

Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.108, de 7 de abril de 2005**. Altera a Lei n.8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde-SUS. Brasília, Diário Oficial da União, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm. Acesso em: 10 jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.634, de 27 de dezembro de 2007**. Dispõe sobre o direito da gestante ao conhecimento e a vinculação à maternidade onde receberá assistência no âmbito do Sistema Único de Saúde. Brasília, Diário Oficial da União, 2007. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11634.htm. Acesso em: 02 jun. 2019.

BRASIL, Departamento de Informação e Análise Epidemiológica; Secretaria de Vigilância em Saúde. **Principais causas de morte**. [s.d.]. Disponível em: <http://svs.aids.gov.br/dantps/centrais-de-conteudos/paineis-de-monitoramento/mortalidade/gbd-brasil/principais-causas/>. Acesso em: 04 jul. 2019.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Dia internacional da mulher: fortalecer a participação com garantia dos direitos da mulher**. 2018. Disponível em: <http://portalarquivos2.saude.gov.br/images/pdf/2018/marco/07/coletiva-saude.pdf>. Acesso em: 28

jun. 2019.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Ministério da Saúde fará monitoramento online de partos cesáreos no país.** 2018. Disponível em: <http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/42714-ministerio-da-saude-fara-monitoramento-online-de-partos-cesareos-no-pais>. Acesso em: 23 ago. 2019.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Painel de Monitoramento da Regularidade da Natalidade.** Disponível em: <http://svs.aids.gov.br/dantps/centrais-de-conteudos/paineis-de-monitoramento/natalidade/regularidade/>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL, Ministério da Saúde; Secretaria de Ciência, Tecnologia e Insumos Estratégicos; Departamento de Gestão e Incorporação de Tecnologias em Saúde. **Diretrizes nacionais de assistência ao parto normal.** Brasília: Ministério da Saúde. 2017.

CHAN, Margaret. **Mulheres e saúde:** evidências de hoje agenda de amanhã. Organização Mundial da Saúde, 2011. Disponível em: https://www.who.int/eportuguese/publications/Mulheres_Saude.pdf?ua=1. Acesso em: 02 jun. 2019.

D'OLIVEIRA, A. F. P. L.; DINIZ, C. S.; SCHRAIBER, L. B. Violence against women perpetrated within health care institutions: an emerging problem. **Lancet**, n.359, p.1681-5, 2002.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. *et al.* Violência obstétrica como violência de gênero e violência institucionalizada: breves considerações a partir dos direitos humanos e do respeito às mulheres. **Cadernos da Escola de Direito**, v.2, n.25, p.48-60, 2016.

OMS. Organização Mundial da Saúde. **Declaração da OMS sobre taxas de cesáreas.** [s.d.]. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/161442/WHO_RHR_15.02_por.pdf;jsessionid=C976EA8C4E711A2E1BAB1C9DC198B0CB?sequence=3. Acesso em: 04 jul. 2019.

RUBIO, David Sánchez Sánchez. **Encantos e desencantos dos direitos humanos:** de emancipações, libertações e dominações. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

SANTA CATARINA. **Lei nº 17.097, de 17 de janeiro de 2017.** Dispõe sobre a implantação de medidas de informação e proteção à gestante e parturiente contra a violência obstétrica no Estado de Santa Catarina. Florianópolis, 2017. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2017/17097_2017_lei.html. Acesso em: 07 de março, 2019.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Primeira Câmara de Direito Público. **Apelação Cível n. 1022397-70.2013.8.24.0023.** Relator: Desembargador: Pedro Manoel Abreu. Juiz Prolator: Luis Francisco Delpizzo Miranda. Florianópolis, 25 de setembro de 2018. Disponível em: <https://goo.gl/4dfQJx>. Acesso em: 30 set. 2018.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Terceira Câmara de Direito Civil. **Apelação Cível n. 0011832-34.2013.8.24.0033.** Relator: Desembargador: Saul Steil. Juiz Prolator: José Agenor de Aragão. Florianópolis, 18 de julho de 2017. Disponível em: <https://goo.gl/UNfR3t>. Acesso em: 30 set. 2018.

SILVA, Artenira da *et al.* Violência obstétrica no Brasil: um enfoque a partir dos acórdãos do STF e STJ. **Revista Quaestio Iuris**, v.10, n.4, p.2430-2457, 2017.

TESSER, Charles Dalcanale *et al.* Violência obstétrica e

prevenção quaternária: o que é e o que fazer. **Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade**, v.10, n.35, p.1-12, 2015. Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/1013/716>. Acesso em: 30 jun. 2009.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. **World health statistics 2018**: monitoring health for the SDGs sustainable development goals. World Health Organization, 2018. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272596/9789241565585-eng.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em: 13 jul. 2019.

ZANARDO, Gabriela Lemos de Pinho *et al.* Violência obstétrica no brasil: uma revisão narrativa. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, n.29, jul., 2017. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.1590/1807-0310/2017v29155043>. Acesso em: 03 jul. 2009.

A VIABILIDADE DA EUTANÁSIA PAUTADA NO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Carla Vieira de Souza¹

Páthilla Pizzetti²

RESUMO

O presente artigo analisa a descriminalização da eutanásia em decorrência da proteção constitucional da dignidade da pessoa humana, tendo em vista a inserção desse princípio no constitucionalismo contemporâneo como direito fundamental, bem como sua relevância no direito a uma morte digna.

A hipótese a ser trabalhada apresenta a possibilidade da dignidade da pessoa humana assegurar ao indivíduo o exercício de sua liberdade, considerando assim seus direitos individuais, uma vez que viver com dignidade não significa viver a qualquer custo.

Para tanto, conceitua-se o instituto da eutanásia e ortanásia, seu tratamento jurídico no Brasil e a possibilidade de sua descriminalização pautada na dignidade humana. O método da pesquisa foi o indutivo, partindo-se da conceituação das diferentes modalidades de eutanásia para o debate jurídico e filosófico sobre sua compatibilidade com a dignidade humana. A técnica de pesquisa utilizada foi bibliográfica e documental.

¹ Mestre em direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Especialista em direito e processo do trabalho pela Faculdade Damásio, Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina. Professora titular da disciplina de direito do trabalho I na FUCAP Univinte. E-mail: carla.vsouza@outlook.com.

² Bacharela em direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: pathi.pizzetti@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

A eutanásia se tornou uma das questões mais complexas da atualidade, sendo cada vez mais discutida nas diversas sociedades, principalmente diante dos avanços tecnológicos que contribuíram de forma relevante para a manutenção e o prolongamento artificial da vida humana. Nesse sentido, as questões éticas, morais e religiosas despertaram um debate jurídico acirrado, tendo em vista o conflito existente entre o direito à vida, em detrimento da autonomia de vontade e da dignidade da pessoa humana.

A questão central do problema se encontra no direito que a pessoa tem sobre sua própria vida, diante do Estado e dos valores sociais que interferem nessa escolha: o homem pode tirar a própria vida? Tem o direito de escolher viver ou não viver?

Assim, tem-se a importância de um estudo sobre a temática, a fim de discutir a descriminalização da eutanásia em decorrência da proteção constitucional da dignidade da pessoa humana.

Para tanto, o artigo está subdividido em três itens, quais sejam, a conceituação da eutanásia e ortanásia, o tratamento jurídico no Brasil e o princípio da dignidade da pessoa humana para autorizar a realização da eutanásia.

No mais, o presente artigo se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, trazendo solidez para aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana para autorizar uma prática proibitiva no Brasil.

No que tange a metodologia, utilizou-se o método da pesquisa indutivo, partindo-se da conceituação da eutanásia para o debate jurídico e filosófico sobre sua compatibilidade com a dignidade humana. A técnica de pesquisa utilizada foi bibliográfica e documental.

2. EUTANÁSIA: Conceituação

Inicialmente, faz-se necessário mencionar brevemente a multifária classificação desse instituto. Nesse sentido, Augusto Cesar Ramos aborda as diversas delimitações da eutanásia:

A literatura entabula distinções entre eutanásia, distanásia, mistanásia e suicídio assistido; eutanásia passiva, ativa, indireta e distanásia; eutanásia súbita, natural, teológica, estoica, terapêutica, eugênica ou econômica, legal e distanásia; eutanásia ativa, passiva ou indireta, de duplo efeito, voluntária, involuntária e não voluntária; eutanásia natural e provocada ou voluntária; eutanásia eugênica, criminal, experimental, solidarística, terapêutica, por omissão (ortotanásia ou paraeutanásia), teológica, legal, eutanásia-suicídio assistido, eutanásia-homicídio etc³.

Desta feita, convém esclarecer que, para efeito deste estudo, serão abordadas apenas as classificações da eutanásia e ortotanásia.

O termo eutanásia, criado por Francis Bacon no século XVII, possui origem etimológica em duas palavras gregas: “*eu*”, que significa bom, e “*thanatos*”, substantivo equivalente a morte. Assim, em uma tradução livre para o português pode ser traduzido como “morte boa” ou “morte tranquila”⁴.

Dessa forma, a eutanásia pode ser compreendida como uma forma de interromper a vida por compaixão, nos casos em que há uma doença incurável ou terminal, proporcionando uma morte serena aquele que está em estado de sofrimento intenso.

Inicialmente, importa esclarecer a diferenciação entre o homicídio consentido e o homicídio eutanásico, sendo aquele

³ RAMOS, Augusto Cesar. **Eutanásia**: aspectos éticos e jurídicos da morte. Florianópolis: OAB/SC, 2003. p. 108.

⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de; KAROLENSKY, Natália Regina. Aspectos bioético-jurídicos da eutanásia: Análise das recentes resoluções do CFM e do Anteprojeto de Código Penal de 2012. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 21, 2012, Florianópolis. Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 1-31. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=78>. Acesso em: 12 mai. 2019.

gênero do qual este é espécie. Isso porque, ambos os institutos dependem da anuência do sujeito passivo, contudo, na eutanásia o agente ativo possui uma motivação piedosa ou humanitária em face do sofrimento do enfermo, enquanto o homicídio consentido se utiliza da concordância do ofendido para que possa provocar o ato ausente de qualquer empatia⁵.

Importa destacar que no homicídio eutanásico a aceitação do enfermo se dá pelo consentimento informado, livre e esclarecido, garantindo-se a autonomia de escolha. Assim, a fim de tornar válido o consentimento faz-se fundamental que o agente disponha dos elementos estruturais do consentimento informado, quais sejam, a competência para agir, receber a informação, compreendê-la e, por fim, decidir voluntariamente consentir com a intervenção⁶.

Portanto, pode-se afirmar que:

A ideia [sic] de consentimento informado circunscreve-se no âmbito da relação entre médico e paciente, em que aquele informa a este o grau de sua enfermidade (eventual incurabilidade da doença) e as possibilidades de tratamento, com respectivos benefícios e malefícios, a fim de que o paciente decida acerca dos desígnios da sua saúde, entendida na sua aceitação mais ampla⁷.

Todavia, deve-se atentar para aqueles que, nos termos do art. 4º, inciso III, do Código Civil⁸, não possuem capacidade de autoafirmação, razão pela qual se faz necessária a intervenção de seus representantes legais na tomada de decisão acerca do destino do seu tratamento, priorizando os interesses fundamentais do paciente.

⁵ Ibid.

⁶ NUNES, Rui. **Consentimento informado**, 2014, p. 19. Disponível em: <http://www.academianacionalmedicina.pt/Backoffice/UserFiles/File/Documentos/Consentimento%20InformadoruiNunes.pdf>. Acesso em: 12 mai. 2019.

⁷ RAMOS, Augusto Cesar. op. cit. p. 87.

⁸ Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: (...) III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade.

Ademais, observa-se que a figura da eutanásia não se restringe apenas ao homicídio, podendo estar presente também no suicídio assistido, hipótese em que o óbito é praticado pelo próprio paciente, auxiliado por terceiro. Em concordância com Gisele Mendes de Carvalho e Natália Regina Karolensky:

As duas situações, portanto, podem ter em comum, além da vontade da vítima de abandonar a própria existência, os móveis piedosos daquele que mata ou auxilia alguém a se matar em razão de uma moléstia ou invalidez irreversível – daí concluir-se que inexistente uma diferença valorativa fundamental entre as duas condutas. Nessas circunstâncias, o que distingue ambas é meramente o fato de que no homicídio eutanásico o doente encontra-se mergulhado num estado tal de debilidade física que é incapaz de dar a morte a si mesmo. Nessa trilha, a eutanásia figura muito mais como um *contexto* que pode aparecer tanto no homicídio quanto no auxílio ao suicídio do que um crime propriamente dito⁹. (Grifo no original).

Assim sendo, no auxílio ao suicídio o domínio do fato está nas mãos do próprio paciente, ou seja, há uma desvalorização da conduta do terceiro, que apenas auxilia na conduta mortal, através de atos (prescrição de doses altas de medicação ou indicação de uso) ou, de maneira passiva, por meio de indução (inspirar o surgimento de uma nova ideia) ou instigamento (reforço de uma ideia já existente).

O Código Penal configura o induzimento, a instigação e o auxílio a suicídio de pessoa como tipo penal, previsto no art. 122 do CP¹⁰, sendo irrelevante o consentimento do ofendido.

Por sua vez, outra figura presente no estudo sobre a eutanásia é o testamento em vida, “*living will*”, amplamente utilizado nos Estados Unidos, caracterizado como uma

⁹ CARVALHO, Gisele Mendes de; KAROLENSKY, Natália Regina. op. cit.

¹⁰ Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave. Parágrafo único - A pena é duplicada: I - se o crime é praticado por motivo egoístico; II - se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.

declaração na qual o indivíduo manifesta sua vontade previamente, explicitando quais tratamentos, cuidados e procedimentos médicos deseja ou não ser submetido quando estiver fora de possibilidades terapêuticas e incapacitado para se expressar¹¹.

Com base em tais considerações, pode-se definir a eutanásia como a ação ou omissão de outrem, a fim de interromper a vida de uma pessoa, em virtude de compaixão e com o consentimento desta, devido a uma enfermidade incurável ou excessivamente penosa.

Noutro passo, a ortotanásia, expressão de origem grega, que pode ser traduzida como morrer corretamente, apresenta uma sutil diferença da eutanásia passiva, porque aqui se tem a morte natural, sem abreviações ou prolongamento irracional do processo vital, ou seja, limita-se o tratamento terapêutico, cuja aplicação seria inútil em se tratando de quadro clínico irreversível.

Nessa ótica, a ortotanásia pode ser entendida como o direito de morrer dignamente, evitando o prolongamento hipotético de uma vida frágil, ou seja, o objetivo não é encurtar a vida do enfermo, mas admitir o curso natural da doença e que a continuidade artificial da vida não é benéfica para o mesmo.

Sobre o tema, Gisele Mendes de Carvalho e Natália Regina Karolensky esclarecem:

Desta feita, verifica-se que existe uma limitação do tratamento de saúde fútil, extraordinário ou desproporcional do paciente, vez que a iminência da morte é certa, mas não provocada (resulta da própria enfermidade da qual o sujeito padece). Trata-se de deixar a morte seguir seu curso natural, para que o paciente morra com dignidade, de maneira a evitar o prolongamento hipotético de uma vida precária¹².

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 355.

¹² *Ibid.*

A ortotanásia proporciona ao enfermo ou aos seus familiares, quando não há mais possibilidade de reversão do quadro que indica a morte, um destino com certa tranquilidade, preservando a dignidade humana no último momento da vida.

3. O TRATAMENTO JURÍDICO NO BRASIL

Com este panorama acerca do conceito de eutanásia, passa-se a analisar como o direito brasileiro, por meio das esferas administrativa e penal, trata tal instituto.

A eutanásia, propriamente dita, não possui previsão legal específica no ordenamento jurídico atual. No contexto histórico, “em 1984, a proposta de reforma do Código Penal Brasileiro previa a inclusão expressa da ortotanásia como não punível, no art. 121, §4º, mas essa modificação não foi aprovada. O anteprojeto dizia que a ortotanásia é causa de exclusão da ilicitude do homicídio (...).”¹³.

Com efeito, a vedação da eutanásia no ordenamento jurídico brasileiro é consequência do chamado paternalismo legal. Pela ótica da filosofia moral, “o termo ‘paternalismo’ é empregado especialmente com o fim de aludir a uma atuação que opera uma restrição da autonomia dos indivíduos”¹⁴. Entretanto, essa limitação da liberdade se justifica pelo fato de que a intervenção ocorre com o fim de proteger o “bem” do sujeito, cuja autonomia é restringida, independente da concordância deste indivíduo¹⁵.

Ademais, o paternalismo também pode ser justificado pela influência cristã sobre a sociedade. Nesse sentido, a Igreja Católica, através da Declaração sobre a Eutanásia, afirma que “não há autoridade alguma que possa legitimamente impor ou

¹³ JUNGES, José Roque et al. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. *Revista Bioética*, Brasília, v. 18, n. 2, 2010, p. 278. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/564/537. Acesso em: 19 mai. 2019.

¹⁴ CARVALHO, Gisele Mendes de; KAROLENSKY, Natália Regina. op. cit.

¹⁵ Ibid.

permitir. Trata-se, com efeito, de uma violação da lei divina, de uma ofensa à dignidade da pessoa humana, de um crime contra a vida e de um atentado contra a humanidade”¹⁶.

Ainda no mesmo texto, a Igreja Católica abordou a ortotanásia, de forma indireta:

Hoje é muito importante proteger, no momento da morte, a dignidade da pessoa humana e a concepção cristã da vida contra um tecnicismo que corre o perigo de se tornar abusivo. De facto, há quem fale de direito à morte, expressão que não designa o direito de se dar ou mandar provocar a morte como se quisesse, mas o direito de morrer com toda a serenidade, na dignidade humana e cristã. Sob este ponto de vista, o uso dos meios terapêuticos pode, às vezes, levantar alguns problemas¹⁷.

Não obstante a ausência de carácter normativo em tais textos, em uma sociedade que possui seus pilares éticos, morais e religiosos oriundos de uma filosofia cristã, os textos divulgados pela Santa Sé influenciam significativamente a tomada de decisão do legislador.

Por fim, revela-se presente o paternalismo legal por meio da legislação penal. O Código Penal impõe sanção para a conduta de terceiros que, de qualquer forma, participarem da disposição da vida de outrem. Por meio de interpretação, conforme já mencionado, é possível identificar a conduta eutanásica como prevista no tipo penal de homicídio privilegiado, constante no art. 121, §1º do CP¹⁸.

Entretanto, faz-se importante salientar que o motivo causador do homicídio privilegiado deve restar bem demonstrado no processo, caracterizando, obrigatoriamente,

¹⁶ SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ. **Declaração sobre a eutanásia**. [2011] Disponível em: http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html. Acesso em: 12 mai. 2019.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Art. 121. Matar alguém: Pena - reclusão, de seis a vinte anos. § 1º Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.

relevante valor moral ou social, com base na sensibilidade da sociedade e não somente no entendimento pessoal do agente.

Isso porque, “relevante valor social é a motivação da prática de alguma ação com conteúdo de interesse geral inestimável e socialmente importante. Valor moral refere-se à ética, aos princípios prevalentes na sociedade como válidos”¹⁹.

Noutro giro, a conduta do suicídio assistido também encontra previsão no Código Penal, nos termos do art. 122²⁰ do referido diploma. Nesse caso, a conduta do sujeito ativo possui menor valor, uma vez que a morte é praticada pelo próprio enfermo, enquanto o terceiro apenas o auxilia fornecendo meios materiais ou morais²¹.

Importa destacar que o crime de suicídio assistido não prevê qualquer causa de diminuição de pena, mesmo que a conduta seja imbuída por um móvel humanitário ou piedoso. Pode incidir no presente caso apenas a atenuante genérica do crime cometido por motivo de relevante valor social ou moral, prevista no art. 65, inciso III, alínea “a”, do Código Penal²². Finalmente, outra conduta prevista no Código Penal que pode ser analisada pelo ponto de vista da eutanásia é a omissão de socorro, prevista no art. 135²³ desse diploma legal²⁴.

Responde por este crime qualquer pessoa que deixar de prestar socorro, podendo fazê-lo, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em

¹⁹ FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. **Código penal e sua interpretação**: doutrina e jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 626.

²⁰ Art. 122 - Induzir ou instigar alguém a suicidar-se ou prestar-lhe auxílio para que o faça: Pena - reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos, se da tentativa de suicídio resulta lesão corporal de natureza grave.

²¹ LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia**: aspectos médicos e jurídicos. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Editora Atheneu, 2014.

²² Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - ter o agente: a) cometido o crime por motivo de relevante valor social ou moral.

²³ Art. 135 - Deixar de prestar assistência, quando possível fazê-lo sem risco pessoal, à criança abandonada ou extraviada, ou à pessoa inválida ou ferida, ao desamparo ou em grave e iminente perigo; ou não pedir, nesses casos, o socorro da autoridade pública: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

²⁴ LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. op. cit.

grave e iminente perigo. Contudo, no âmbito do presente estudo, importa destacar a omissão de socorro à pessoa em situação de vida em risco, principalmente na relação médico-paciente em fase terminal.

Assim, quando o profissional interrompe as medidas terapêuticas inúteis na fase terminal da vida, mediante o consentimento informado do paciente não se trata de omissão de socorro, uma vez que ausente o dever jurídico de agir em prolongar uma vida irrecuperável. Logo, a conduta do médico caracteriza um procedimento regular da boa prática profissional, pois concede ao paciente a melhor atenção possível nesta fase derradeira.

Tendo em vista a ausência de regulamentação específica sobre a matéria em todo o ordenamento jurídico brasileiro, o Conselho Federal de Medicina regulamentou a matéria referente à ortotanásia, através da Resolução 1.931/2009.

Essa Resolução limita a medicina na manutenção da vida e reconhece a finitude desse bem jurídico. Em seu art. 41, parágrafo único, a ortotanásia é abordada. Veja-se:

Art. 41. Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.

Portanto, o médico, nos casos de irreversibilidade do quadro clínico, deve utilizar os cuidados paliativos²⁵ para evitar o sofrimento do doente terminal.

²⁵ Segundo a definição da Organização Mundial de Saúde – OMS, revista em 2002, “Cuidado Paliativo é uma abordagem que promove a qualidade de vida de pacientes e seus familiares, que enfrentam doenças que ameacem a continuidade da vida, através da prevenção e alívio do

Nesse mesmo contexto, no dia 31 de agosto de 2012, entrou em vigor a Resolução 1.995/2012, que regulamentou as intituladas “diretivas antecipadas de vontade” de paciente acometido de doença em estado terminal de vida, ou seja, o enfermo terá respeitada sua vontade de não prosseguir com tratamentos de qualquer tipo que atrasem a sua morte.

Por sua vez, embora no Brasil não tenha ocorrido a normatização desse documento, o Conselho Federal de Medicina reconheceu sua importância, especialmente, por meio desta Resolução, regulamentando de forma mais completa as diretivas antecipadas de vontade, impondo diretrizes éticas e morais que devem ser observadas pelos médicos no exercício da profissão.

Todavia, a legislação atual apenas possibilita ao paciente manifestar sua vontade, porém é insuficiente para vincular a atuação do médico, que pode cumprir ou não as diretivas antecipadas. Não obstante o consentimento ou a solicitação do paciente, o Código Penal não prevê o pedido da vítima como excludente de ilicitude, logo a manifestação do enfermo mostra-se irrelevante para afastar a caracterização do crime²⁶.

Por outro lado, ao descumprir o que está determinado no documento, o médico opta por terapêuticas inúteis, pois busca prolongar a vida de uma pessoa que se encontra em processo irreversível de morte, cometendo infração ética, nos termos do art. 41 do Código de Ética Médica²⁷.

Portanto, a ausência de regulamentação das diretivas antecipadas gera insegurança jurídica aos profissionais da saúde, uma vez que, independente de obedecer ou não tais diretivas, ele estará sujeito a implicações jurídicas.

sofrimento. Requer a identificação precoce, avaliação e tratamento da dor e outros problemas de natureza física, psicossocial e espiritual”.

²⁶ BORGES, R. C. B. *apud* MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. op. cit. p. 127.

²⁷ *Ibid.* p. 128.

4. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O respeito à dignidade da pessoa humana é um tema de grande relevância para o direito, bem como para a própria vida e para a existência de uma morte digna.

De início, cumpre analisar a origem do vocábulo dignidade que deriva do latim “*dignus*”, que significa “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”²⁸. Por essa razão, a dignidade originou-se como um conceito que indicava *status* social elevado e um tratamento honrável àqueles que ocupavam referida posição.

Historicamente, a dignidade apresentou diferentes significados ao longo da evolução da humanidade. Do ponto de vista doutrinário, pode-se concebê-la em três dimensões: social, moral e psicológica, sendo este último o sentido que a atualidade atribui ao homem, pois se apresenta como uma característica inerente ao ser humano, superando qualquer suposição religiosa, científica ou cultural²⁹.

Foi através do conceito definido por Immanuel Kant que a dignidade passou a desempenhar papel relevante na teoria política. Na concepção kantiana a dignidade independe de uma perspectiva religiosa, pois ela deve ser reconhecida pelos homens, através de seu próprio valor e, todo o regramento que regule as relações sociais do homem com o mundo deve ser amparado por essa dignidade que “é sempre dignidade humana, e que esta e a igualdade andam lado a lado”³⁰. Veja-se:

[...] duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. [...] Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza,

²⁸ BODIN DE MORAES, Maria Celina. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo jurídico. In SARLET, Ingo W. (org.), **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 110-112.

²⁹ DURAND, Guy. **Introdução geral a bioética**: história, conceitos e instrumentos. São Paulo: Loyola. 2003. p. 306.

³⁰ ROSEN, Michael. **Dignidade**. São Leopoldo: Ed.UNISINOS, 2015. p. 47.

têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito)³¹.

Nesse sentido, “[...] não deve ser possível falar em sistema jurídico legítimo que não esteja fundado na garantia da intangibilidade da dignidade da pessoa humana [...]”³².

Especialmente ao fim da Segunda Guerra Mundial, a dignidade da pessoa humana ganhou grande visibilidade, sendo incorporada a inúmeras constituições, convenções internacionais e declarações, como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em 1948, e a *Grundgesetz* (lei básica) da República Federal da Alemanha, em 1949³³.

Diz a primeira sentença do artigo 1º da Declaração Universal: ‘Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos’; já a *Grundgesetz*, em seu artigo 1º, assim declara: ‘A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todos os poderes estatais. O povo alemão reconhece, por conseguinte, os direitos invioláveis e inalienáveis da pessoa humana, da paz e da justiça no mundo’³⁴.

Assim, a dignidade da pessoa humana passa a ser um direito resguardado pelo legislador, reconhecendo que o homem não é apenas um reflexo da ordem jurídica, pretendendo-se que, a partir de então, o Estado fosse responsável pela natureza humana, livre, digna e autônoma. Portanto, para que o homem

³¹ KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. In: **Os pensadores – Kant (II)**, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. 134-135.

³² NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 25.

³³ ROSEN, Michael. op. cit. p. 23-24.

³⁴ *Ibid.*

viva a plenitude de sua dignidade, a liberdade humana deve ser respeitada.

Todavia, importa ressaltar que o ordenamento jurídico apenas reconheceu e garantiu proteção à dignidade da pessoa humana contra qualquer tipo de violação, não sendo responsável pelo seu surgimento.

Não obstante a concepção trazida por Kant, vale destacar que se trata de um termo de complexa conceituação, uma vez que trata de aspectos subjetivos da existência humana, vinculando-se a uma qualidade intrínseca a todos os seres humanos, que compõe o valor moral do homem, sendo ele o fim em si mesmo³⁵.

À vista disso, o princípio da dignidade da pessoa humana não apresenta um conceito fixo e definitivo, sendo considerado uma categoria axiológica aberta a diversas interpretações.

De acordo com o doutrinador alemão Gunter Durig, a dignidade da pessoa humana determina que “[...] cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal e que o capacita para, com base em sua própria decisão, tornar-se consciente de si mesmo, de autodeterminar sua conduta [...]”³⁶.

A dignidade da pessoa humana caracteriza-se como a verdadeira garantia das condições mínimas de existência humana, priorizando a vida humana sobre todas as demais. Nesse cenário, passa-se a analisar o princípio da dignidade da pessoa humana dentro da Constituição Federal, que servirá de base para discutir a eutanásia como um direito individual a autoafirmação assegurado pela dignidade da pessoa humana.

Ademais, este direito está previsto no art. 1º, III, da Constituição Federal³⁷, constituindo-se em um valor fundante da

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

³⁶ DURIG, Gunter *apud* SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit. p. 43-44.

³⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III - a dignidade da pessoa humana.

República Federativa do Brasil. Dessa forma, foi consagrado como um princípio de ordem jurídica, mas também de ordem política, social, econômica e cultural. Nesse sentido:

(...) frisa-se que os direitos fundamentais positivados na Constituição dão ao ordenamento jurídico uma noção do mínimo ético irrenunciável. Cabe ao âmbito jurídico contribuir de maneira a investigar, casuisticamente, o entendimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. O respeito à dignidade humana leva consigo a ideia de legitimação democrática e significa seu reconhecimento como princípio material de justiça, prévio e imanente ao Direito positivo, o que impede seja considerado apenas mais um interesse dentre vários passíveis de ponderação nas hipóteses de conflito³⁸.

Toda Constituição deve ser analisada como um conjunto unitário que carrega todo o sistema normativo no qual determinados valores devem receber diferentes abordagens. É justamente isso que ocorre com a dignidade da pessoa humana, pois se trata de um valor supremo e fundamental, que influencia todo o ordenamento jurídico, sem distinção de qualquer natureza entre os indivíduos³⁹.

Ainda, pode-se dizer que a dignidade é um critério valorativo da condição humana, uma vez que quando ausente algum direito considerado essencial, como o direito à vida, à integridade física e psíquica, à honra, à privacidade, não há concretização da dignidade e, conseqüentemente, ocorre a redução da condição humana⁴⁰.

Percebe-se, dessa forma, que a dignidade da pessoa humana é o alicerce de toda a ordem jurídica, em razão da

³⁸ SWIDEREK, Laura. **Em busca da morte digna: uma análise jurídico-penal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4990/1/391794.pdf>. Acesso em: 11 junho 2019.

³⁹ PIOVESAN, F. C. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.51-52, p.81-102, dez. 1999.

⁴⁰ KANT, Immanuel *apud* ROSEN, Michael. op. cit. p. 38-40.

posição central ocupada dentro do ordenamento, destacando o ser humano e os direitos ligados à sua personalidade:

Em poucas palavras, o papel da vontade nas situações subjetivas foi redefinido para se harmonizar com o valor unificador do sistema que é a dignidade humana. Se a pessoa é o valor referencial do ordenamento, a tutela da pessoa está presente, seja nas situações de conteúdo patrimonial, seja nas de conteúdo existencial (...). Se devemos respeitar as escolhas que as pessoas fazem para si mesmas em relação aos seus bens e interesses existenciais, o papel da vontade nestas situações é ser o promotor do livre desenvolvimento da personalidade, cujo limite primordial é a própria dignidade e a intangibilidade do seu núcleo essencial. A dignidade garante o trânsito da autonomia nas situações existenciais e ao mesmo tempo limita esta atuação, podendo a vontade ganhar maior relevância ou ser restringida, dependendo apenas das circunstâncias do caso concreto.⁴¹

Assim, a dignidade da pessoa humana unifica preceitos formadores da civilização e humanização e tem seu conteúdo jurídico relacionado aos direitos fundamentais e caracterizado por elementos individuais, políticos e sociais. É justamente por isso que não há que falar em dignidade quando ausente o mínimo existencial, ou seja, o direito à vida, à integridade física e psíquica, à honra, à privacidade.

Sem essas garantias, a pessoa perderia a condição de ser humano e se tornaria um animal como outro qualquer, à mercê da natureza. Por possuí-las, torna-se responsável pela promoção da participação ativa nos destinos da existência humana e da vida com os demais seres humanos com os quais se relaciona, sendo ainda corresponsável por essa participação e pela promoção social⁴².

⁴¹ CANTALI, Fernanda Borghetti. **Direitos da personalidade**: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 209

⁴² MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. op. cit. p. 38-39.

Outra característica desse princípio que merece destaque é sua dupla concepção, uma vez que se apresenta como um direito individual protetivo em relação ao Estado e aos demais cidadãos, bem como uma imposição de igualdade no tratamento entre seus semelhantes.

Do princípio da dignidade da pessoa humana decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais: igualdade, liberdade, integridade física e moral e, por fim, solidariedade⁴³.

A dignidade humana, valor essencial da pessoa no plano jurídico, pode ser considerada a razão de diversos direitos fundamentais, como o próprio direito à vida, assim como o direito à liberdade, à igualdade, à integridade física e psíquica. Para que o ser humano exerça sua cidadania, é preciso que suas necessidades mínimas sejam satisfeitas. As condições elementares para o equilíbrio físico, mental e social devem ser garantidas. Esse direito ao mínimo existencial não constará expressamente na ordem jurídica constitucional, mas deve ser reconhecido e tutelado, porque é o cerne dos direitos fundamentais e seu conteúdo diz respeito às condições mínimas para a vida humana⁴⁴.

Nessa trilha, tem-se que a dignidade da pessoa humana se relaciona com a possibilidade do homem conduzir sua vida conforme sua autonomia.

Assim, quando o tratamento ao qual se submete o paciente torna-se um fim em si mesmo, prolongando o processo da morte e causando sofrimento ao enfermo, pode-se afirmar que houve violação à dignidade da pessoa humana, pois, nesse caso, o ser humano foi tratado como um meio para se obter um fim (a manutenção da vida) e não foram respeitadas as condições mínimas para uma existência digna⁴⁵.

É fundamental que as pessoas possam exercer seu direito de escolha de pôr fim às suas vidas quando quiserem

⁴³ BODIN DE MORAES. Maria Celina. op. cit. p. 116.

⁴⁴ MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. op. cit. p. 37.

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 26.

fazê-lo, desde que fundamentado em uma decisão racional do próprio enfermo, quando consciente ou por meio de seu testamento vital, ou, quando ausentes tais meios, que a decisão seja realizada por um representante legal, desde que atenda aos interesses fundamentais do paciente em estado vegetativo irreversível⁴⁶.

Isso porque, há uma diferença entre o valor intrínseco da vida e o valor pessoal da vida para o paciente. A população, em geral, enxerga a vida como um bem sagrado e, por essa razão, nos casos em que há uma doença terminal, acredita que os enfermos devem suportar o sofrimento, bem como aceitar qualquer intervenção terapêutica até que a vida chegue ao fim naturalmente⁴⁷.

Todavia, o que deve prevalecer é justamente o valor pessoal da vida para o paciente, o que fez com base em seus interesses fundamentais. “A longo prazo, portanto, é melhor reconhecer o direito geral à autonomia e respeitá-lo sempre, em vez de nos reservarmos o direito de interferir na vida de outras pessoas sempre que acreditarmos que tenham cometido um erro”⁴⁸.

Nesse sentido, Inês Motta de Moraes leciona:

Sabe-se que o paciente, como pessoa, tem todas as condições para saber o que é melhor para si. O conceito de autonomia na relação médico paciente implica em que ambas as partes são competentes para avaliar as opções possíveis e fazer uma escolha consciente. Ocorre que em certos casos a escolha só poderá ser feita se o paciente for devidamente instruído e, por isso, os procedimentos a serem realizados têm que ser detalhados, de maneira clara e compreensível⁴⁹.

⁴⁶ Ibid. p. 273-274.

⁴⁷ DWORKIN, Ronald; CAMARGO, Jefferson Luiz; VIEIRA, Silvana. op. cit. p. 275

⁴⁸ Ibid. p. 317

⁴⁹ DE MORAIS, Inês Motta. Autonomia pessoal e morte. **Revista Bioética**, Brasília, v. 18, n. 2, 2010. p. 289-309. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/565. Acesso em: 12 jun. 2019.

Portanto, quando o paciente que padece de uma enfermidade incurável ou excessivamente penosa é submetido a um tratamento que prolonga seu processo de morte, causando-lhe sofrimento, tem-se sua desconsideração como pessoa, transformando-o em um homem-objeto, concepção que contraria a dignidade da pessoa humana.

Por essa razão, o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser utilizado pelo Estado como fundamento a fim de promover a descriminalização da eutanásia em casos de pacientes em estado terminal, porquanto “se viver com dignidade é o mesmo de ter uma vida digna, percebe-se desde logo, que morrer com dignidade é consequência de viver dignamente, pois de nada vale ter uma sobrevivência se esta for sofrida”⁵⁰.

Partindo-se dessa premissa, cumpre destacar que é possível a descriminalização da eutanásia e do suicídio assistido, mesmo diante da atual legislação. Para que isso ocorra, o Código Penal Brasileiro deve ser interpretado conforme a dignidade da pessoa humana⁵¹.

Contudo, primeiramente, mostra-se importante realizar uma breve análise do conceito de crime no Direito Penal, predominantemente definido como uma ação típica, antijurídica e culpável⁵².

Para que uma conduta seja típica, ela “precisa adequar-se a um modelo descrito na lei penal, isto é, a conduta praticada pelo agente deve subsumir-se na moldura descrita na lei”⁵³.

A antijuridicidade pode ser concebida como uma qualidade da conduta típica, através de suas excludentes, como

⁵⁰ OLIVEIRA, Franciele de. **Direito à vida ou dever de viver?** 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/direito-%C3%A0-vida-ou-dever-de-viver>. Acesso em: 13 jun.2019.

⁵¹ A solução para a problemática da presente pesquisa se deu por meio da via jurisdicional por se tratar da forma mais imediata de responder a necessidade de quem gostaria de optar pela eutanásia. Todavia, a regulamentação legislativa do tema traria maior segurança jurídica.

⁵² Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*, 1 – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 590.

⁵³ *Ibid.* p. 740.

a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal, o exercício regular de direito e o consentimento do ofendido. Por sua vez, a culpabilidade é o fundamento e o limite para a aplicação de uma pena justa, esse elemento individualiza a responsabilidade penal “e representa uma garantia para o infrator frente aos possíveis excessos do poder punitivo estatal. Essa compreensão provém do princípio de que não há pena sem culpabilidade (*nulla poena sine culpa*)”⁵⁴.

Considerando-se a problemática da presente pesquisa, faz-se importante destacar uma das excludentes de antijuridicidade, o estado de necessidade, “caracterizado pela colisão de bens jurídicos de distinto valor, devendo um deles ser sacrificado em prol da preservação daquele que é reputado como mais valioso”⁵⁵. Dessa forma, há uma ponderação entre os bens conflitantes a fim de determinar qual deles deve ser preservado no caso concreto.

É justamente isso que ocorre no contexto eutanásico, um conflito entre os bens jurídicos vida e autonomia e, tendo em vista que a dignidade da pessoa humana é o cerne interpretativo de todas as leis, a autonomia deve prevalecer em relação à vida nesse caso.

Isso porque, quando se impõe ao doente, que optou pela eutanásia, um tratamento que apenas prolonga seu processo de morrer, causando-lhe um excessivo sofrimento, não há que falar em dignidade da pessoa humana. Por outro lado, quando a decisão do enfermo é respeitada, causar-lhe a morte com o objetivo de evitar que este sofra de maneira exacerbada ou que permaneça em condições de vida consideradas desumanas, significa respeitar a dignidade da pessoa humana em toda a vida do doente, inclusive, em sua morte.

⁵⁴ Ibid. p. 847 e 945.

⁵⁵ Ibid. p. 882.

Portanto, a aplicação do estado de necessidade, no contexto eutanásico segue o entendimento da dignidade da pessoa humana. Nesse caso, “a conduta se justificaria pelo fato de ser necessário evitar um mal maior, isto é, maior do que o oriundo da prática da ação criminosa, o que se daria sempre no caso em que se fizesse um mal para prevenir um mal ainda maior”⁵⁶.

A abreviação da vida, a pedido do enfermo que passa por um sofrimento excessivo, decorrente de uma doença incurável, mostra-se um mal menor em relação ao prolongamento inútil do processo de morrer, tornando a vida do paciente indigna. É justamente por isso que a dignidade da pessoa humana é vista como um critério corretor no conflito existente entre vida e autonomia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base na pesquisa realizada e como resolução para o problema formulado, pode-se concluir a possibilidade da descriminalização da eutanásia em decorrência da proteção constitucional da dignidade da pessoa humana.

Isso porque, não obstante tratar-se de um direito fundamental de grande relevância, o direito à vida não é absoluto, tendo o próprio ordenamento jurídico brasileiro admitido hipóteses para se pôr ao fim ao mesmo.

Com o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, a vida e a morte passaram a ser vistas de maneira diferente, considerando-se que existe a possibilidade de uma pessoa estar viva “artificialmente”, embora esteja em um corpo desanimado, ou seja, passa-se a ter um aumento na quantidade dos dias de vida, mas não há qualquer qualidade nessa vida.

⁵⁶ GUIMARÃES, Marcello Ovídio Lopes; GRECO FILHO, Vicente. Eutanásia: novas considerações penais. 2009. p. 289. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07072010-151229/pt-br.php>. Acesso em: 20 junho 2019.

Nesse viés, a dignidade da pessoa humana ganhou especial atenção, compreendendo-se como um valor supremo que influencia todo o ordenamento jurídico. Além disso, pode ser compreendida como um critério valorativo da condição humana, pois ausente qualquer direito essencial não há dignidade em viver, reduzindo-se a condição humana, ou seja, não há como tutelar qualquer direito subjetivo sem a dignidade humana, inclusive o direito à vida.

Por essa razão, o presente trabalho entende que a eutanásia deve ser descriminalizada, aplicando-se a excludente de ilicitude – estado de necessidade – para que isso ocorra, uma vez que a conduta do agente decorre da necessidade de salvar o enfermo de um sofrimento maior que a própria morte, fazendo prevalecer a dignidade da pessoa humana perante a vida.

Todavia, para que a eutanásia seja legítima, faz-se essencial que estejam presentes a incurabilidade, o móvel humanitário e o consentimento informado e ainda, a sua prática deve ser restrita ao médico.

Por fim, mostra-se que a prática da conduta da eutanásia, é possível no ordenamento jurídico brasileiro atual, desde que o Código Penal Brasileiro seja interpretado em conformidade com a dignidade da pessoa humana, pois tais condutas encontram amparo na excludente de ilicitude do estado de necessidade.

Assim, o presente estudo demonstrou que o direito à vida não deve ser visto como um direito absoluto, mas sim um direito passível de relativização em determinadas situações e é o que deve ocorrer nos casos de colisão entre vida e autonomia no contexto da eutanásia.

Ademais, a vida humana é composto por elementos físicos, psíquicos e metafísicos, sendo todos esses componentes tutelados pela Constituição, o que demonstra que a proteção à vida inclui a noção de bem-estar emocional do indivíduo, logo, a proteção à vida equivale a proteção a uma vida digna e, conseqüentemente, uma morte digna.

De mais a mais, a legalização da eutanásia não a torna obrigatória para ninguém, apenas a disponibiliza como uma escolha legítima e individual, consoante a principiologia constitucional analisada, especificamente o princípio da autonomia e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BODIN DE MORAES. Maria Celina. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo jurídico. *In* SARLET, Ingo W. (Org.), **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 110-112.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. **Código penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13 jun. 2019.

BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 13 maio 2019.

CARVALHO, Gisele Mendes de. **Aspectos jurídico-penais da eutanásia**. São Paulo: IBCCRIM, 2001.

CARVALHO, Gisele Mendes de; KAROLENSKY, Natália Regina. Aspectos bioético-jurídicos da eutanásia: Análise das recentes resoluções do CFM e do Anteprojeto de Código Penal de 2012. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 21., 2012, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: FUNJAB, 2012. p. 1-31. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/livro.php?gt=78>. Acesso em: 12 mai. 2019.

CARVALHO, Gisele Mendes de. Direito de morrer e direito penal: a propósito da Resolução 1.805/2006 do CFM e o novo Código de Ética Médica. *In*: OLIVEIRA, Bruno Queiroz; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. **Direito penal no século XXI: desafios e perspectivas**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

DE MORAIS, Inês Motta. Autonomia pessoal e morte. **Revista Bioética**, Brasília, v. 18, n. 2, 2010. p. 289-309. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/articloe/view/565. Acesso em: 12 jun. 2019.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DURAND, Guy. **Introdução geral a bioética**: história, conceitos e instrumentos. São Paulo: Loyola. 2003.

JUNGES, José Roque. A vida como bem fundamental do homem. **Perspectiva Teológica**, São Paulo, v. 25, n. 67, p. 339 – 345, 1993. Disponível em: <http://faje.edu.br/periodicos/index.php/perspectiva/article/view/1219/1620>. Acesso em: 22 mai. 2019.

JUNGES, José Roque et al. Reflexões legais e éticas sobre o final da vida: uma discussão sobre a ortotanásia. **Revista Bioética**, Brasília, v. 18, n. 2, 2010, p. 278. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/articloe/view/564/537. Acesso em: 19 mai. 2019.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. *In: Os pensadores – Kant (II)*. Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LOPES, Antônio Carlos; LIMA, Carolina Alves de Souza; SANTORO, Luciano de Freitas. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: aspectos médicos e jurídicos**. 2. ed. atual. ampl. São Paulo: Editora Atheneu, 2014.

MABTUM, Matheus Massaro; MARCHETTO, Patrícia Borba. **O debate bioético e jurídico sobre as diretivas antecipadas de vontade**. 2015. p. 89. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qdy26/pdf/mabtum-9788579836602.pdf>. Acesso em: 19 mai. 2019.

MARCHETTO, Patrícia Borba. **A importância da bioética e do biodireito na sociedade atual**. Âmbito Jurídico, 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6606. Acesso em: 11 mai. 2019.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUNES, Rui. **Consentimento informado**, 2014. p. 19. Disponível em: <http://www.academianacionalmedicina.pt/Backoffice/UserFiles/File/Documentos/Consentimento%20Informado-RuiNunes.pdf>. Acesso em 12 mai. 2019.

OLIVEIRA, Franciele de. **Direito à vida ou dever de viver**. 2012. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteúdo/direito-%C3%A0-vida-ou-dever-de-viver>. Acesso em: 13 jun. 2019.

PIOVESAN, F. C. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, São Paulo, n.51-52, dez. 1999. p.81-102.

RAMOS, Augusto Cesar. **Eutanásia**: aspectos éticos e jurídicos da morte. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

ROSEN, Michael. **Dignidade**. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2015.

SAGRADA CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ.
Declaração sobre a eutanásia. [201-]. Disponível em:
http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html.
Acesso em: 12 mai. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade**: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHRAMM, Fermin Roland. A moralidade da biotecnociência: a bioética da proteção pode dar conta do impacto real e potencial das biotecnologias sobre a vida e/ou a qualidade de vida das pessoas humanas? *In*: Schramm FR, Reço S, Braz M, Palácios M, organizadores. **Bioética, riscos e proteção**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ/Editora Fiocruz; 2005. p. 15-28.

SWIDEREK, Laura. **Em busca da morte digna: uma análise jurídico-penal**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto

Alegre, 2007. Disponível em: <http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4990/1/391794.pdf>. Acesso em: 11 junho 2019.

A CONSTITUIÇÃO DE EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA POR PESSOA JURÍDICA: ANÁLISE AO DISPOSTO NO ART. 980-A, CAPUT, DO CÓDIGO CIVIL

Claudinéia Onofre de Assunção Mota¹

RESUMO

O presente artigo visa averiguar aspectos da constituição de empresa individual de responsabilidade limitada por pessoa jurídica, mormente em análise ao art. 980-A, caput, do Código Civil. Busca justificar a inclusão da referida constituição no rol do art. 44 do Código Civil.

Apresenta temas do projeto de lei ensejador da empresa individual de responsabilidade limitada. Sucintamente, expõe avaliação crítica de alguns autores, inclusive no que diz respeito à constituição por advogados. Destaca, por fim, a possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica, superando polêmicas quanto a ser restrita à pessoa física.

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 12.441/2011² inseriu no Código Civil Brasileiro uma nova espécie de pessoa jurídica de direito privado, qual seja a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, com destacada relevância no campo econômico, especialmente pela limitação patrimonial do seu titular na

¹ Assessora Jurídica do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Especialista em direito constitucional. Pós-graduada em direito civil. Professora assistente da disciplina de Direito Civil III, FUCAP.

² BRASIL. **Lei n 12.441, de 11 de julho de 2011**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.html. Acesso em: 11 mar. de 2019.

responsabilização pelas obrigações assumidas pela pessoa jurídica constituída.

Todavia, identifica-se celeuma na sua constituição, mormente considerando a existência de defesa de que somente a pessoa natural pode constituir Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI-, o que, em tese, corresponderia a intenção do legislador. Por outro lado, o dispositivo regulador do tema – art. 980-A, do Código Civil - não aponta para a vedação de constituição por parte de pessoa jurídica.

A divergência vem sendo alvo de debate já no momento do registro da referida espécie, uma vez que, tendo natureza empresarial, havia lançado o Departamento Nacional de Registro do Comércio instrução normativa para as Juntas Comerciais não efetuarem o registro com pedido por parte de pessoas jurídicas, sob o argumento de que a EIRELI é destinada às pessoas naturais.

Desta feita, mesmo de forma simplória, não se pode deixar de concluir que havia iminente possibilidade de ajuizamento de demandas judiciais discutindo a celeuma, inclusive para compelir às Juntas Comerciais a efetuarem o registro almejado.

Procurar-se-á, assim, analisar a eventual possibilidade de constituição de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada por pessoa jurídica, em observância ao disposto no art. 980-A, caput, do Código Civil, numa análise literal, sistemática e teleológica, almejando a solução da controvérsia já em fase embrionária, atentando-se, ainda, à prática das relações jurídicas, já que os titulares desta pessoa jurídica, quando da constituição, não podem ser surpreendidos com negativas de registros decorrente de interpretações do referido dispositivo.

Portanto, o objetivo desta explanação, não exauriente, é analisar alguns aspectos destacados da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, voltada, mormente para a eventual possibilidade de sua constituição por pessoas jurídicas.

O presente Relatório de Pesquisa encerra-se com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Responsabilidade Civil pela Perda de Uma Chance.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação³ foi utilizado o Método Indutivo⁴, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁵, e, o Relatório dos Resultados expresso no presente Artigo é composto na base lógica indutiva. Nas diversas fases da Pesquisa, foram acionadas as Técnicas do Referente⁶, da Categoria⁷, do Conceito Operacional⁸ e da Pesquisa Bibliográfica⁹.

2. A INSERÇÃO DA EIRELI NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: Lei Nº 12.441/2011

Visando atualizar o ordenamento jurídico, em consonância com os anseios da sociedade, sobretudo da população que pretende desempenhar atividade de exploração econômica, identifica-se a EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA - EIRELI como marco na

³ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 10 ed. Florianópolis: OAB-SC editora, 2007. p. 101.

⁴ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁵ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidência, dividir, ordenar e avaliar) veja LEITE, Eduardo de oliveira. **A monografia jurídica**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22

⁶ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 62.

⁷ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 31.

⁸ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 45.

⁹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

proteção do patrimônio pessoal do titular, sem preterimento a característica primordial de unipessoalidade de seu constituidor.

Representa a EIRELI um avanço legislativo já experimentado em diversos países do Primeiro Mundo e, mais recentemente, no Chile.

Com nascedouro, mormente no Projeto de Lei nº 4.605/2009, com contribuições do Projeto de Lei nº 4.953/2009 que tinha o mesmo objetivo, a Lei nº 12.441/2011¹⁰ inseriu no ordenamento jurídico brasileiro uma nova espécie de pessoa jurídica, com contornos especiais, visando fomentar a economia, assim como permitir que sejam desenvolvidas atividades empresariais sem que o patrimônio pessoal do seu titular venha a ser afetado.

Referido projeto motiva a inserção dessa nova pessoa jurídica no “propósito de permitir que o empresário, individualmente, pudesse explorar atividade econômica sem colocar em risco seus bens pessoais, tornando mais claros os limites da garantia oferecida a terceiros”. (BRASIL, 2009).

Fundamenta a EIRELI – Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, ainda, a existência não rara de sociedades limitadas, constituídas por sócios, obviamente, cuja atividade, na verdade, era exercida somente por um deles, que era detentor de esmagador percentual de quotas, restando ao outro, normalmente, o simples papel de coadjuvante numa pessoa jurídica.

Justificou-se o novo modelo de pessoa jurídica em comento, nos termos do Projeto de Lei sob análise:

I – grande parte das sociedades por quotas de responsabilidade limitada são constituídas apenas para o efeito de limitar a responsabilidade do empresário ao valor do capital da empresa,

¹⁰ BRASIL. **Lei n 12.441, de 11 de julho de 2011**. Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm. Acesso em: 11 mar. de 2019.

sendo que, na prática, um único sócio detém a quase totalidade das quotas;

II – exige-se, com isso, uma burocracia exacerbada e inútil, além de custos administrativos adicionais, mormente no caso das micro, pequenas e médias empresas, advindo também, amiúde, desnecessárias pendências judiciais, decorrentes de disputas com sócios com participação insignificante no capital da empresa;

III – quando sociedades limitadas passam a ter um único sócio por motivo de morte ou retirada dos demais (situação que o novo Código Civil limita a seis meses), exige-se a admissão de novo sócio ou a dissolução da sociedade ao fim desse prazo, quando seria solução mais consentânea a transformação da pessoa jurídica em uma empresa individual de responsabilidade limitada.

Comungando da motivação acima exposta, May:

Um mal legalizado no Direito Brasileiro é a manutenção de sociedades limitadas com um sócio atuante, robusto detentor de 99% do capital e um sócio qualquer, com mero 1% apenas para constar o mínimo de duas pessoas. A sociedade não sustenta no *affectio societatis*, pelo qual comungam os sócios do espírito empreendedor por esforço conjunto e prosperidade. É a artimanha com propósito exclusivo de obter a vantagem legal da responsabilidade limitada, recusada há séculos ao empreendedor individual. (Grifo do autor).¹¹

Martins corrobora: “A perspectiva normativa se fez a partir do art. 980-A [previsão legal da EIRELI], para incidência no Código Civil em vigor, deslocando-se a configuração e o espírito empreendedor individual, alimentando-se, com isso, a realidade de uma nova abertura para regularização de empreendimentos ligados à economia informar”.¹²

¹¹ MAY, Yduan de Oliveira. **EIRELI**: o espírito do legislador brasileiro deturpado por sua própria escrita; e comparações com o modelo chileno [2012].

¹² MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 38. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Além da salutar intenção em fomentar a economia com a exploração de atividade por uma única pessoa, com limitação na responsabilidade patrimonial, evitando a constituição de empresas de fachada, como já exposto, a EIRELI representa avanço, ainda, no que diz respeito à facilitação na internalização de capital estrangeiro, tópico a ser tratado em momento oportuno.

Contextualizada a origem da EIRELI, cumpre consignar a previsão do art. 44 do Código Civil, ao tratar das espécies de pessoas jurídicas de direito privado, com destaque para o inciso VI, incluído pela lei em comento.

Art. 44. São pessoas jurídicas de direito privado:

I - as associações;

II - as sociedades;

III - as fundações.

IV - as organizações religiosas;

V - os partidos políticos.

VI - as empresas individuais de responsabilidade limitada.¹³

Mais adiante, ao tratar do Direito de Empresa, sua análise específica está no art. 980, do mesmo ordenamento, *in verbis*:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.

§ 1º O nome empresarial deverá ser formado pela inclusão da expressão "**EIRELI**" após a firma ou a denominação social da empresa individual de responsabilidade limitada.

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.

¹³BRASIL. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 jan. de 2013.

§ 3º A empresa individual de responsabilidade limitada também poderá resultar da concentração das quotas de outra modalidade societária num único sócio, independentemente das razões que motivaram tal concentração.

§ 4º (VETADO).

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.

§ 6º Aplicam-se à empresa individual de responsabilidade limitada, no que couber, as regras previstas para as sociedades limitadas¹⁴.

Referida espécie de pessoa jurídica, com sua previsão normativa, será objeto de exposição mais detalhada no título que segue.

3. EIRELI – EMPRESA INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE LIMITADA

A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, distinguindo-se do Empresário Individual, sobretudo em seu reflexo patrimonial vem atender população empreendedora que visa explorar atividade econômica sem ver em risco seu patrimônio particular, proteção não conferida por esta última espécie.

Na lição de Diniz:

O *empresário individual* é a pessoa natural que, registrando-se na Junta em nome próprio e empregando capital, natureza e insumos, tecnologia e mão de obra, toma com *animus lucrandi* a iniciativa de organizar, com profissionalidade, uma atividade econômica para produção ou circulação de bens ou serviços no

¹⁴BRASIL. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 jan. de 2013.

mercado. É, portanto, titular da empresa (sujeito de direito), ou seja, é o agente de produção e circulação de bens ou serviços por investir capital e por tomar iniciativa no empreendimento por ele dirigido, em busca de lucro ou resultado econômico, assumindo os riscos inerentes à atividade empresarial que sozinho exerce profissionalmente. [...]. (Grifo do autor).¹⁵

Já a EIRELI, entendida como sendo espécie de pessoa jurídica formada por uma única pessoa, se firma “[...] no preceito da limitação de responsabilidade por meio de capital social, desde o início, integralizado, o que permite, emblematicamente, acenar pela natureza do negócio e o alcance da implicação e sua repercussão no contexto das responsabilidades”.¹⁶

Nota-se a sua característica fundamental que é a proteção do patrimônio do titular, já que limitada a responsabilidade.

Merece destaque, sinteticamente, a utilização de “empresa” na designação da EIRELI, que se revela imprópria, porquanto empresa é a atividade desenvolvida, não a pessoa jurídica em si, que é atribuída ao empresário.

Diniz conclui: “A empresa é, portanto, a atividade econômica organizada e desenvolvida pelo empresário; logo, não é sujeito de direito, não tendo personalidade jurídica. Sujeito de direito é o empresário individual ou coletivo, titular da empresa”.¹⁷

Assim, vislumbra-se a impropriedade da legislação, ao constar Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, quando técnica e juridicamente adequado seria Empresário Individual de Responsabilidade Limitada.

Apresenta a EIRELI, de forma não exauriente, considerando o tema proposto, oportuna a análise de aspectos

¹⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.8. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 93.

¹⁶ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 38.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 407.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.8. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 36.

necessários para a sua constituição, tendo-se como referência o art. 980-A, do Código Civil.

Com efeito, o caput do art. 980-A, do Código Civil dispõe:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.¹⁸

De imediato, já se percebe a presença do pressuposto fundamental para a constituição de EIRELI, qual seja, a existência de **uma única pessoa titular da totalidade do capital social**.

Frisa-se que, a natureza da pessoa titular é tema alvo de polêmica.

Neste momento, salutar, tão somente, a identificação no ordenamento jurídico da imprescindibilidade de uma única pessoa como titular da EIRELI, essência da própria espécie de pessoa jurídica em discussão.

Extraí, também, o requisito do *quantum* mínimo de capital social a ser integralizado, qual seja, **equivalente a 100 vezes o maior salário-mínimo vigente no País**, a ser observado no momento da integralização.

Trata-se de um requisito não isento de controvérsia.

May critica a exigência de capital mínimo ao entender que o mesmo redundará em desestímulo aos empreendedores:

[...] É um capital mínimo excessivamente alto. Se levar em conta que é notório que parcela majoritária dos empreendimentos no Brasil é constituída por micro e pequenas empresas, estabelecer um valor tão alto para a desejada autonomia patrimonial da empresa equivale a negá-la ao empreendedor. Quantos desses empreendedores teriam todo este capital disponível para reservar somente à empresa? Vê-se que o legislador não está

¹⁸ BRASIL. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 jan. de 2013.

afinado com a realidade brasileira. [...] não há para sociedade limitada requisito de capital mínimo, mas para uma estrutura supostamente desburocratizante como a EIRELI, há.¹⁹

Noutro viés, Martins defende a fixação do mínimo de capital, rebatendo as críticas de eventual inconstitucionalidade por afronta aos princípios da livre iniciativa e da liberdade de concorrência, ao dizer:

Não se enxerga dessa maneira, isso porque a soma correspondente a 100 salários mínimos para a empresa individual não pode ser considerada elevada, excessiva ou refrataria à concorrência, na medida em que suscita a expressão de responsabilidade limitada.

E, mais adiante:

Folgo em dizer que a repaginação de empresa individual, cujo valor do capital social mínimo será de 100 vezes o salário mínimo vigente, demonstra dupla sintonia, a primeira em torno da transparência da atividade do negócio e a outra de oferecer ao consumidor, fornecedor e terceiros, de maneira geral, segurança no enfrentamento de repercussões advindas.²⁰

O Projeto de Lei ensejador da Lei nº 12.441/2011 justifica a exigência do mínimo do patrimônio na intenção de evitar o desvirtuamento da iniciativa de exploração da atividade econômica por meio de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, nem que essa sirva para dissimular ou ocultar vínculo ou relação diversa, permitindo, por meio do requisito, a suposição de que a empresa reúne os elementos suficientes para funcionamento.

O §1º do art. 980-A, do Código Civil, por sua vez, vem estabelecer a indispensabilidade de constar na firma ou

¹⁹ MAY, Yduan de Oliveira. **EIRELI**: o espírito do legislador brasileiro deturpado por sua própria escrita; e comparações com o modelo chileno [2012].

²⁰ MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 38.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 409-10.

denominação da pessoa jurídica criada da expressão EIRELI, que resume numa sigla com propriedade a Empresa Individual de Responsabilidade Limitada.

Todavia, não é inoportuno constar que, originalmente, a expressão seria ERLI ou EIRL, mudança ocorrida para melhor sonoridade e correspondência entre a sigla e a figura jurídica em foco, conforme se extrai do Projeto de Lei nº 4.605/2009 (BRASIL, 2009).

O §2º do art. 980-A, do Código Civilista dispõe:

§ 2º A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade.²¹

Como se percebe, uma pessoa natural somente poderá constituir uma única EIRELI, disposição legal que nada consigna acerca da pessoa jurídica. Neste ponto, reside um dos argumentos para a vedação da constituição de empresa individual de responsabilidade por pessoa jurídica, cuja análise específica será oportunamente realizada.

Constata-se, ainda, da leitura do dispositivo regulador da EIRELI a possibilidade de surgimento de empresa individual de responsabilidade limitada de forma derivada, no §3º, na hipótese de concentração das quotas de outra modalidade societária na pessoa de um único sócio, como por exemplo, no caso de falecimento de um sócio, numa empresa constituída por dois. É a possibilidade, portanto, de transformação em EIRELI, a critério do sócio no qual se concentraram as cotas.

Referida faculdade, deu nova roupagem ao art. 1.033, parágrafo único, do Código Civil, ao tratar da dissolução da pessoa jurídica.

²¹ BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 jan. de 2013.

Todavia, identificam os doutrinadores impropriedade técnica no dispositivo, já que menciona “quotas”, o que excluiria as sociedades por ações.

May afirma que não acredita na restrição, entendendo como descuido a expressão “quotas”, a qual deve ser entendida como qualquer representação na divisão do capital social, se adequando, então, as sociedades por ações ou comanditas por ações, assim como em todos os demais tipos societários.²²

O §4º, do art. 980-A, do Código Civil, foi vetado, o que foi compreendido pela doutrina como providencial.

Dispunha o citado parágrafo:

Somente o patrimônio social da empresa responderá pelas dívidas da empresa individual de responsabilidade limitada, não se confundindo em qualquer situação com o patrimônio da pessoa natural que a constitui, conforme descrito em sua declaração anual de bens entregue ao órgão competente.²³

Percebe-se a adequação no veto do referido comando, já que, ao parece, impediria o reconhecimento de desconsideração da personalidade jurídica, que possibilita atingir excepcionalmente o patrimônio do titular da empresa de responsabilidade limitada, cumpridos os requisitos legais.

May é incisivo: “Se não fosse vetado, a expressão “em qualquer situação” eliminaria a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, tese construída para prevenir o malfeito, o abuso societário e a vigarice”.²⁴

Na sequência, o §5º prevê:

§ 5º Poderá ser atribuída à empresa individual de responsabilidade limitada constituída para a prestação de serviços de qualquer natureza a remuneração decorrente da

²² MAY, Ydvan de Oliveira. **EIRELI**: o espírito do legislador brasileiro deturpado por sua própria escrita; e comparações com o modelo chileno [2012].

²³ MAY, Ydvan de Oliveira. **EIRELI**: o espírito do legislador brasileiro deturpado por sua própria escrita; e comparações com o modelo chileno [2012].

²⁴ MAY, *ibidem*.

cessão de direitos patrimoniais de autor ou de imagem, nome, marca ou voz de que seja detentor o titular da pessoa jurídica, vinculados à atividade profissional.²⁵

A respeito, Cardoso identifica a necessidade de aclarar que a prestação de serviços mencionada não pode ser aquela vedada pelo art. 966 do Código Civil, mas apenas aquelas atividades que se enquadrem como atividades econômicas organizadas para a produção ou circulação de bens ou serviços.²⁶

Ainda, tem-se a aplicação subsidiária do regramento da sociedade limitada à EIRELI encontra amparo no §6º, do art. 980-A, do Código Civil.

E, por fim, o disposto no § 7º, incluído pela Lei n. 13.874/2019, guardando estreita ligação com o princípio da boa-fé.

3.1 Da constituição de EIRELI por advogados

Tema polêmico é a possibilidade ou a impossibilidade de constituição de EIRELI por profissionais da advocacia.

Reside o problema, mormente na vedação na Lei nº 8.906/1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB que fala somente na sociedade de advogados, o que, em tese, impediria a constituição de pessoa jurídica por uma única pessoa, no caso da EIRELI, assim como na suposta predominância da natureza empresarial da EIRELI, incompatível com a atividade da advocacia.

Do Estatuto da OAB, em seus arts.16 e 17 colhe-se:

²⁵ BRASIL. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 jan. de 2013.

²⁶ CARDOSO, Oscar Valente. Empresa Individual de Responsabilidade Limitada (EIRELI): controvérsias e lacunas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3179, 15 mar. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21285>. Acesso em: 3 jun. 2015.

Art. 16. Não são admitidas a registro, nem podem funcionar, as sociedades de advogados que apresentem forma ou características mercantis, que adotem denominação de fantasia, que realizem atividades estranhas à advocacia, que incluam sócio não inscrito como advogado ou totalmente proibido de advogar.²⁷

Outro ponto de suposto impedimento à EIRELI para o exercício da atividade da advocacia refere-se à responsabilidade ilimitada desses profissionais.

Do Estatuto em destaque: “Art. 17. Além da sociedade, o sócio responde subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados aos clientes por ação ou omissão no exercício da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possa incorrer”.²⁸

Sendo assim, num primeiro momento, não há que se falar em constituição de EIRELI por advogado.

Todavia, trabalhos recentes de juristas apontam pela admissão da possibilidade de constituição de EIRELI por advogados.

Não se desconhece da existência de diversos argumentos pela impossibilidade ou possibilidade de EIRELI por advogados, mas se permite apresentar de forma simplória a questão, especialmente por não ser o foco principal deste trabalho.

Assim, em apertada apresentação, pode-se perceber que a constituição de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada por profissional da advocacia é controverso, sobretudo em razão de legislação específica regulamentadora da profissão, merecendo análise profunda pelos interessados,

²⁷ BRASIL. **Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/estatuto.pdf>. Acesso em 11 mar. 2019.

²⁸ BRASIL. **Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994**. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/estatuto.pdf>. Acesso em 11 mar. 2019.

destacando-se, para tanto, as vantagens e novo estímulo ao advogado.

4. A CONSTITUIÇÃO DE EIRELI POR PESSOA JURÍDICA

A principal discussão encontra-se na possibilidade de constituição de EIRELI por pessoa jurídica, considerando o caput do art. 980-A, do Código Civil, buscando uma interpretação sistemática e teleológica da norma.

Dispõe o art. 980-A, do Código Civil:

Art. 980-A. A empresa individual de responsabilidade limitada será constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, que não será inferior a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo vigente no País.²⁹

Da leitura do dispositivo, a EIRELI poderá ser constituída por uma única pessoa titular da totalidade do capital social, devidamente integralizado, com especificação de um determinado valor de capital social.

Ressalta-se, neste tocante, a constituição por uma única **pessoa**, sem qualquer menção a ser física ou jurídica, desde que preenchidos os demais requisitos.

Todavia, após a entrada em vigência do dispositivo, divergências na interpretação acarretaram discussões, culminando, inclusive, em demandas judiciais para resolver a celeuma.

Isto porque, o Manual de Registro da EIRELI, do Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI, orientava as Juntas Comerciais a não realizarem registros empresariais de EIRELI por pessoa jurídica, em flagrante desrespeito à legislação competente, constando, inclusive como impedimento para ser titular.

²⁹ BRASIL. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 jan. de 2013.

No mesmo caminhar, sob o argumento de que a intenção do legislador era de legitimação apenas à pessoa natural, o Enunciado 468 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: **“A empresa individual de responsabilidade limitada só poderá ser constituída por pessoa natural”**.³⁰

Assim sendo, residia o problema na identificação da possibilidade ou vedação da constituição de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada por pessoa jurídica, numa análise sistemática e teleológica do art. 980-A, caput, do Código Civil, almejando a solução das controvérsias já em fase embrionária, atentando-se, ainda, à prática das relações jurídicas, já que os titulares desta pessoa jurídica, quando da constituição, não podem ser surpreendidos com negativas de registros decorrente de interpretações do referido dispositivo.

Inicialmente, numa análise literal não se pode deixar de concluir que não subsiste legalidade na vedação de constituição de EIRELI por pessoa jurídica, pois a própria lei não faz a restrição.

Martes Filho apresenta:

O conceito jurídico de “pessoa” é largo, de forma que, não havendo menção a qualquer limitação ou restrição, e até considerando a lógica do instituto, entendeu-se desde o princípio que ao mencionar que a Eireli pode ser constituída por uma única pessoa, a lei quis trazer a possibilidade de tanto pessoas naturais quanto jurídicas poderem ser essa “pessoa” a quem a lei se refere, titular da totalidade do capital social.

Tal entendimento é absolutamente lógico, pois se a lei não limitou a propriedade da totalidade do capital social de uma Eireli a uma pessoa física ou jurídica, mas sim trouxe o conceito de “pessoa” de forma ampla, deve-se entender que o sujeito de direitos que se encaixe dentro do conceito jurídico de “pessoa”

³⁰ BRASÍLIA. Jornadas de Direito Civil. Enunciados Aprovados, **Conselho da Justiça Federal**, 2012. Disponível: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2015.

poderia isoladamente constituir uma Eireli. O processo legislativo que deu origem à Lei 12.441/2011, inclusive, é bastante claro nesse sentido.³¹

Não havendo, reveste-se de ilegalidade, respeitosamente, o indeferimento do pedido de registro eventualmente formulado numa Junta Comercial por pessoa jurídica titular de EIRELI, passível, inclusive de impetração de Mandado de Segurança.

Aliás, o Manual de Registro da EIRELI do DREI extrapolava a sua competência, inserindo restrições em dispositivos legais.³²

Há quem advogue, porém, que a limitação de EIRELI ser constituída por pessoa natural pode ser extraída do §2º do art. 980-A, do Código Civil, *in verbis*: “A pessoa natural que constituir empresa individual de responsabilidade limitada somente poderá figurar em uma única empresa dessa modalidade”.³³

Com efeito, sendo possível, pela pessoa natural, por expressa disposição legal, a constituição de uma única empresa individual de responsabilidade limitada, sem qualquer menção à pessoa jurídica, percebe-se que esta nova espécie de empresário é destinada apenas aquela pessoa, já que seria desarrazoada uma restrição deste norte somente para a pessoa natural.

Assim sendo, ao que parece a intenção do legislador era que a constituição de EIRELI fosse feita somente por pessoa natural.

³¹ MARTES FILHO, Georges Louis. Pessoa jurídica também pode constituir uma EIRELI. **Consultor Jurídico**, 29 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-29/georges-martens-filho-pessoa-juridica-tambem-constituir-eireli>. Acesso em: 7 abr. 2015. p. 1-2.

³² MANUAL DE REGISTRO Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI. Disponível: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Manual-Registro-EIRELI.pdf>. Acesso: 11 mar. 2019.

³³ BRASIL. Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 jan. de 2013.

Mas, oportunamente, um importante registro merece ser feito, quanto à possibilidade de constituição por pessoa jurídica, com reflexo na instalação de sociedades estrangeiras no Brasil. Isto porque, segundo May:

[...] não há vedação expressa à pessoa jurídica para formar uma EIRELI. Inclusive, tal raciocínio é muito bem-vindo para a internalização de capitais estrangeiros, pois as sociedades estrangeiras ou transnacionais poderiam constituí-las como assemelhadas à subsidiária integral, sem, todavia, submeter-se ao rígido controle da Lei das Sociedades por Ações.³⁴

E Martens Filho, no mesmo caminhar:

Fundamental mencionar que a possibilidade de constituição de Eireli por pessoas jurídicas vai facilitar de sobremaneira a instalação de sociedades estrangeiras no Brasil. Estas, ao consultarem advogados brasileiros sobre os procedimentos necessários ao início do desenvolvimento de suas atividades no país, invariavelmente surpreendem-se com a quantidade e complexidade dos procedimentos, sendo que dentre eles um que normalmente cria bastante dificuldade é justamente a necessidade de indicação de uma pluralidade de sócios na sociedade brasileira, o que muitas vezes as obriga à indicação de pessoa física com participação apenas simbólica, simplesmente para atender ao formalismo exigido.³⁵

Buscando resolver o problema, a INSTRUÇÃO NORMATIVA DREI Nº 47, DE 3 DE AGOSTO DE 2018, alterou o Manual de Registro de Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI, aprovado pela Instrução Normativa DREI nº 38, de 2 de março de 2017, do Departamento de Registro Empresarial e Integração, e regulamentou:

³⁴ MAY, Yduan de Oliveira. **EIRELI**: o espírito do legislador brasileiro deturpado por sua própria escrita; e comparações com o modelo chileno [2012].

³⁵ MARTES FILHO, Georges Louis. Pessoa jurídica também pode constituir uma EIRELI. **Consultor Jurídico**, 29 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-29/georges-martens-filho-pessoa-juridica-tambem-constituir-eireli>. Acesso em: 7 abr. 2015. p. 2.

“1.2 ORIENTAÇÕES E PROCEDIMENTOS A Empresa Individual de Responsabilidade Limitada - EIRELI poderá ser constituída tanto por pessoa natural quanto por pessoa jurídica, nacional ou estrangeira. Quando o titular da EIRELI for pessoa natural deverá constar do corpo do ato constitutivo cláusula com a declaração de que o seu constituinte não figura em nenhuma outra empresa dessa modalidade. A pessoa jurídica pode figurar em mais de uma EIRELI. (NR).”³⁶

Percebe-se, assim, que a celeuma em torno da pessoa autorizada a constituir Empresa Individual de Responsabilidade Limitada alcançou importante regulamentação, porém, quem sabe deveria haver a alteração legislativa necessária para resolver o problema em definitivo.

Entretanto, com foco no debate atual, sem se desconhecer a provável intenção do legislador de restringir a EIRELI à pessoa natural, não se pode deixar de reconhecer a possibilidade de sua constituição por pessoa jurídica, ante a inexistência de vedação legal.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, imperioso o reconhecimento da importância da EIRELI como nova espécie de pessoa jurídica de direito privado, com natureza unipessoal, com destacada relevância no campo econômico, especialmente pela limitação patrimonial do seu titular na responsabilização pelas obrigações assumidas pela pessoa jurídica constituída.

Porém, pode-se perceber, também, a existência de diversas interpretações acerca da constituição da Empresa Individual de Responsabilidade Limitada, especialmente quanto à eventual restrição às pessoas naturais.

³⁶ Instrução normativa DREI nº 47, de 3 de Agosto de 2018. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN-DREI-47-2018-Altera-Manual-EIRELI.pdf . Acesso em: 18 out. 2019.

Numa análise literal, não é o que se vislumbra, porquanto inexistente vedação legal para a constituição de EIRELI por pessoa jurídica, cuja interpretação restritiva não pode se dar por departamento regulamentar de registros de empresários, como o fez, no passado, o Departamento de Registro Empresarial e Integração – DREI, com o Manual de Registro da EIRELI, orientado as Juntas Comerciais na negativa de registro por pessoa jurídica, considerando impedimento para tanto, extrapolando, assim, sua competência.

Todavia, não se pode desconsiderar a intenção do legislador e a interpretação sistemática do art. 980-A, do Código Civil, que apontam para a limitação da EIRELI à pessoa natural, tratando-se de uma espécie a disposição do empreendedor individual que buscar desenvolver atividade econômica sem afetar seu patrimônio pessoal.

Entretanto, pela legislação existente, reveste-se de ilegalidade a não concessão do registro de uma EIRELI formada por pessoa jurídica, já que não há proibição legal, a qual não se pode presumir, tampouco ser feita sem observância a processo legislativo competente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n. 8.906, de 04 de julho de 1994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB Disponível em: <https://www.oab.org.br/arquivos/pdf/LegislacaoOab/estatuto.pdf>. Acesso em 11 mar. 2019.

BRASIL. **Lei n 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 7 jan. de 2013.

BRASIL. **Lei n 12.441, de 11 de julho de 2011.** Altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para permitir a

constituição de empresa individual de responsabilidade limitada. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12441.htm. Acesso em: 11 mar. de 2019.

BRASÍLIA. Jornadas de Direito Civil. Enunciados Aprovados, **Conselho da Justiça Federal**, 2012. Disponível: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>. Acesso em: 7 abr. 2015.

CARDOSO, Oscar Valente. Empresa individual de responsabilidade limitada (EIRELI) (EIRELI): controvérsias e lacunas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3179, 15 mar. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21285>. Acesso em: 3 jun. 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v.8. São Paulo: Saraiva, 2009.

INSTRUÇÃO NORMATIVA DREI nº 47, de 3 de Agosto de 2018. Disponível em: http://www.mdic.gov.br/images/REPOSITORIO/SEMPE/DREI/INs_EM_VIGOR/IN-DREI-47-2018-Altera-Manual-EIRELI.pdf. Acesso em: 18 out. 2019.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MANUAL DE REGISTRO Empresa Individual de Responsabilidade Limitada – EIRELI. Disponível: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Manual-Registro-EIRELI.pdf>. Acesso: 11 mar. 2019.

MARTES FILHO, Georges Louis. Pessoa jurídica também pode constituir uma EIRELI. **Consultor Jurídico**, 29 de junho de

2012. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-jun-29/georges-martens-filho-pessoa-juridica-tambem-constituir-eireli>. Acesso em: 7 abr. 2015.

MARTINS, Fran. **Curso de direito comercial**. 38.ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MAY, Yduan de Oliveira. **EIRELI**: o espírito do legislador brasileiro deturpado por sua própria escrita; e comparações com o modelo chileno [2012].

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da pesquisa jurídica e metodologia da pesquisa jurídica**. 14. ed. rev. atual. e amp. Florianópolis: Emais, 2018.

USUCAPIÃO DE ÁREA DECORRENTE DE LOTEAMENTO ILEGAL

Cleiton Luiz Neves de Oliveira¹

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo tratar a respeito da problemática prático-jurídica que envolve a usucapião sobre área oriunda de loteamento ilegal, especialmente o manejo da ação como forma transversa de regularização fundiária.

Para o fim proposto, necessárias são breves passagens pela evolução histórica da propriedade, pela concepção moderna da propriedade imobiliária urbana e sua função social, pela forma de aquisição da propriedade pela prescrição aquisitiva, pela adequada forma de parcelamento do solo urbano por meio de loteamento, pelas vicissitudes sociais que envolvem os loteamentos ilegais e pelos posicionamentos jurisdicionais referentes às ações judiciais de usucapião que tenham como objeto lotes ilegais.

1. INTRODUÇÃO

Não raro encontrar loteamentos abandonados pelos loteadores antes da conclusão dos trabalhos, especialmente quando há venda antecipada dos “lotes” e, posteriormente, encontra-se algum entrave administrativo para solução final do parcelamento urbano.

O presente artigo aborda a usucapião como forma de aquisição originária da propriedade e a problemática advinda da sua utilização como meio transversal de regularização de

¹ Especialista em direito penal, em direito processual penal e em direito processual civil. Assessor Jurídico da Magistratura do Estado de Santa Catarina. Professor assistente de direito penal e prática penal na FUCAP Univinte. E-mail: cleiton.luiz@live.com.

loteamentos ilegais, em especial agora com a possibilidade de ser buscada na forma extrajudicial.

Oportuno mencionar, de início, que a usucapião é forma de aquisição originária da propriedade de bens móveis ou imóveis pelo preenchimento de determinadas exigências legais². Dado o objetivo proposto, o foco é na usucapião de bens imóveis.

Já o conceito de loteamento está no artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 6.766/79: “Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes.”

A norma de regência estabelece uma série de requisitos para o parcelamento do solo urbano em forma de loteamento. Numa conclusão lógica, loteamento ilegal é aquele que desrespeita as condições contidas na mencionada Lei n. 6.766/79.

Os loteamentos ilegais têm como resultado inúmeras problemáticas sociais, vez que a área indevidamente loteada não foi preparada para o parcelamento, atingindo os próprios compradores dos lotes irregulares e, também, toda a população circunvizinha.

É justamente aqui que os temas convergem: o possuidor de lote irregular originado de um loteamento ilegal, com o intuito de regularizar a situação das suas terras por meio que não o formal, não poucas vezes recorre ao pedido de usucapião.

A jurisprudência ao que parece majoritária entente, basicamente, que a existência de loteamento ilegal, uma vez presentes os requisitos da Constituição e do Código Civil, dependendo da modalidade, só por si não impede a concessão da usucapião.

² ARAÚJO, Fabio Caldas de. **O usucapião no âmbito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

No entanto, considerando que a função social da propriedade, que é também comando da Carta Constitucional, não se vê cumprida pelos lotes anômalos sem prévia regularização do loteamento como um todo, ousa-se discordar.

2. FUNÇÃO SOCIAL DO IMÓVEL URBANO

A propriedade, pela carga de relevância que exerce sobre a vida humana, é, sem dúvida, um dos assuntos mais fascinantes do direito positivo.

Sem um “Estado” presente, quando o homem vivia em tribos errantes, indispensável era o uso da força para defender com fervor as cavernas, grutas e outros locais que serviam de abrigo, repelindo - ou ao menos tentando repelir - o estranho que porventura ali buscasse refúgio.

A luta pela sobrevivência desencadeou no espírito do humano primitivo a formação de uma consciência primária sobre a propriedade: na batalha incessante pela vida, era necessário “ter” para “sobreviver”³.

Vem daí a ideia de que a propriedade é a matriz dos direitos reais, o chamado “direito real por natureza”. Talvez resida aí um dos motivos para a célebre frase de Maquiavel: “o homem se esquece mais facilmente da morte do pai do que da perda do patrimônio”⁴.

Foi com a Revolução Francesa que a propriedade recebeu uma sólida feição individualista, absoluta e ilimitada, submissa só e tão apenas ao arbítrio do proprietário, características nem mesmo alcançadas pelo saudoso Direito Romano⁵.

Para Araújo (2005):

³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

⁴ MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Legatus, 2010.

⁵ ROSA, Pedro Henrique de Miranda. **Direito civil, direito das coisas**: introdução; posse; da propriedade; dos direitos reais sobre coisas alheias. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

O ordenamento liberal havia criado um liame de soberania entre o proprietário e seus bens, de modo que este exercia seu poder de disposição sobre os mesmo de forma absoluta. O seu patrimônio não estava vinculado a uma aplicação específica, pois a autonomia e a liberdade em sua destinação era plena. Dessa forma, não existia correspondência entre o binômio “direitos e deveres”. Não se nega que existiam previsões de limitação ao uso nocivo da propriedade, como se observa da própria parte final do art. 504 do Código Napoleônico, todavia, o enfoque era absolutamente diverso.

As limitações ao direito de propriedade em face do Estado Liberal caracterizavam-se pela criação de mecanismos de abstenção. Em outras palavras, o gozo e a fruição de um bem não poderiam ser alijados de seu proprietário por interferência de um terceiro. O respeito ao domínio absoluto daquele impunha um dever negativo a este. Esta limitação, de natureza legal, dirigia-se, portanto, a toda conduta que pudesse trazer uma lesão ao titular de um direito de propriedade.⁶

O resultado da ideia de uma propriedade absoluta, espelhada pelo Código Napoleônico, acabou refletindo em terras brasileiras. A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, que remonta aos idos de 1891, assegurava aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a “plenitude” do direito à propriedade⁷.

O Código Civil de 1916, por sua vez, pregava em seus artigos 525 e 527 a “plena propriedade”, presumindo “exclusivo e ilimitado” o domínio “até prova em contrário”.

O cenário hoje é outro. Rejeita-se a propriedade como um direito individual ilimitado e absoluto. Vigora uma limitação sobre o uso da coisa, não mais exclusivamente sujeita ao livre-

⁶ ARAÚJO, Fabio Caldas de. **O usucapião no âmbito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2005

⁷ Art.72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: § 17. O direito de propriedade mantem-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

arbítrio do titular, mirando o uso racional e adequado com vista ao bem comum e aos interesses da coletividade.

A propósito:

O reconhecimento da propriedade privada pelo Direito constituído não exime o proprietário, como tal, de cumprir o papel que lhe cabe na sociedade, já que a extensão do seu direito deve ser determinada pela lei, na medida, e somente na medida, em que ele cumpre sua função social, diga-se, o exercício do seu direito, obedecidas as exigências econômicas e sociais da propriedade.⁸

Predomina atualmente uma finalidade comum à propriedade. Um efetivo encargo coletivo que guarda relação direta com o próprio espírito do bem enquanto matéria da ordem social, censurando as ingerências do titular que venham a se mostrar nocivas à coletividade. Uma genuína “função social”.

O sistema normativo brasileiro acompanhou os novos rumos afetos ao domínio. A atual Constituição da República assegura a propriedade como um direito fundamental e prega, logo na sequência e em idêntico campo valorativo, que o domínio deverá atender sua função social⁹.

A atual perspectiva constitucional evidencia a função social não só como um objetivo, mas também como um elemento do próprio direito à propriedade. N’outras palavras: “A função social da propriedade é um componente do próprio direito de propriedade, fazendo parte da essência deste”¹⁰.

Nas palavras de Araújo: “O dispositivo indica que ultrapassamos o período de direito absolutos, pois todo o direito

⁸ MOREIRA, Aroldo. **A propriedade sob diferentes conceitos**. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

¹⁰ BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano & função social da propriedade**. Curitiba: Juruá, 2008.

subjetivo deve possuir uma limitação, desde o momento em que vivemos em uma sociedade organizada e pluralista.”¹¹

Nos termos do artigo 182, parágrafo 2º, da Carta Constitucional, "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor". O plano diretor, nos moldes do parágrafo 1º, "é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana".

A competência legislativa municipal para elaboração do plano diretor não é plena. Deve ir, pela letra constitucional, "conforme diretrizes gerais fixadas em lei"¹².

A norma que complementa o diploma constitucional é a Lei n. 10.257/01, conhecida como Estatuto da Cidade. Ela "estabeleceu normas de ordem pública e interesse social, que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem estar coletivo, da segurança e do bem estar dos cidadãos e do meio ambiente"¹³.

Destacam-se dentre as diretrizes gerais à política urbana de pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana previstas no artigo 2º da Lei n. 10.257/01:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

¹¹ ARAÚJO, Fabio Caldas de. **O usucapião no âmbito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2005

¹² Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

¹³ PEREIRA, Luís Portella. **Estatuto da cidade: a revolução social na propriedade urbana**. Salvador: Omar G., 2001.

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar:

- a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos;
- b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes;
- c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana;
- d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente;
- e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização;
- f) a deterioração das áreas urbanizadas;
- g) a poluição e a degradação ambiental;
- h) a exposição da população a riscos de desastres.

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

XIV – regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais;

É no artigo 39 da Lei n. 10.257/01 que o legislador esclarece quando e como a propriedade urbana cumpre sua função social: “A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (...), respeitadas as diretrizes previstas no art. 2º desta Lei”.

Há uma ligação lógica: a propriedade urbana cumpre sua função social quando respeita o plano diretor; já o plano diretor deve estar alinhado às diretrizes arroladas pelo artigo 2º da Lei n. 10.257/01.

A propriedade sobre imóvel urbano, portanto, cumpre sua função social quando atende as regras dadas pela Lei n. 10.257/01, dentre elas a “garantia do direito a cidades sustentáveis”, o “planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente”, bem como a “ordenação e controle do uso do solo”.

3. USUCAPIÃO

A usucapião é forma de aquisição originária da propriedade. Diz-se originária porque não há nexos algum entre a propriedade anterior e aquela conquistada via prescrição aquisitiva. O que ocorre, a rigor, é o nascimento de um novo domínio que se sobrepõe ao predecessor; o direito do novo é totalmente independente do antigo e sobre ele prevalece.

A usucapião é também conhecida como prescrição aquisitiva, em contrapartida à prescrição extintiva. Conquanto ambas estejam fundadas no fator tempo, a primeira se refere à *aquisição* de direito e a segunda à *extinção*¹⁴

Diz-se “a” usucapião, embora alguns empreguem o gênero masculino, porque na legislação romana, d’onde vem o instituto, o vocábulo aparece associado *acapio* ou *capionis*, que são expressões femininas e significam “tomada”, “ocupação” e “aquisição”, prefixadas por *usu* (pelo uso)¹⁵. Logo, usucapião, na origem, deve ser lida e entendida como “a” aquisição da coisa pelo seu uso.

¹⁴ ARAÚJO, Fabio Caldas de. **O usucapião no âmbito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

¹⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A usucapião é forma de aquisição originária da propriedade pela posse mansa, pacífica¹⁶ e ininterrupta¹⁷ da coisa, com *animus domini* (ou seja, com o possuidor idealizando-se e agindo como se legítimo dono fosse) durante determinado tempo. Tais requisitos são gerais a toda e qualquer espécie de usucapião.

No caso da usucapião extraordinária prevista no artigo 1.238 do Código Civil, por exemplo, os requisitos *ad usucapionem* são: posse mansa, pacífica e ininterrupta, exercida com *animus domini* e pelo prazo de quinze anos. Já a ordinária, tipificada no artigo 1.242 do mesmo Código, tem o prazo aquisitivo reduzido para dez anos; em contrapartida, exige que o possuidor, além dos requisitos reivindicados pela extraordinária, tenha justo título¹⁸ e boa-fé¹⁹.

Bem verdade que a perda da propriedade imobiliária pela usucapião soa estranho à primeira vista, pois não há transmissão por manifestação de vontade do titular. Porém, pondo-se na balança que a razão prática do instituto é determinada por utilidade pública, vez que não é de interesse coletivo suportar um imóvel abandonado e inútil, há forte presença de equidade jurídica.

A aquisição da propriedade via usucapião funda-se na primazia do bem comum, valorizando o interesse coletivo consubstanciado na efetiva e correta utilização do imóvel. Não é interesse de todos que a coisa fique à mercê do nada, inútil e deteriorada.

A razão de ser da aquisição pela usucapião não é a simples contemplação do interesse particular do possuidor em

¹⁶ Posse mansa e pacífica é aquela estabelecida e exercida sem violência ou contrariedade. Não há hostilidade ou impugnação de outrem. Daí a noção de posse tranquila, imperturbada, seja desde o começo ou a partir do momento que finda a oposição ou violência.

¹⁷ Legalmente, chama-se de ininterrupta ou contínua a posse que corre de modo constante, seguido, sem interrupção na relação entre possuidor e o bem.

¹⁸ Tem-se por justo título todo o ato jurídico teoricamente próprio à transmissão da propriedade, mas que, por vício seu ou inércia de quem com interesse, deixa de produzir tal efeito.

¹⁹ Entende-se por possuidor de boa-fé aquele que ignora vício ou obstáculo que lhe impede a aquisição do domínio, como reza o artigo 1.201 do Código Civil.

lhe ver revertida a propriedade sobre o bem, mas sim a premiação da ordem social com a atribuição do domínio àquele que desfrutar de forma racional e adequada da coisa. O uso é racional e adequado não só quando diretamente favorável à coletividade; assim é, também e simplesmente, quando não traz prejuízo coletivo.

4. LOTEAMENTO

O Brasil passou por uma acelerada urbanização. De acordo com levantamentos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ponderados a partir dos dados obtidos no censo demográfico de 2000, 81,2% da população brasileira vivia em áreas urbanas, enquanto há 40 anos o percentual era de apenas 40%²⁰.

Este vertiginoso êxodo rural, cujas razões são inúmeras, fez inflar as cidades, pondo-as em repentina e atropelada urbanização. Houve súbita e descomunal demanda por moradia. Somando-se o despreparo logístico do Poder Público para lidar com a nova realidade, desaguou na crise habitacional vivenciada por parte dos municípios brasileiros²¹.

Atualmente, o parcelamento do solo urbano é regido pela Lei n. 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Pretende-se, por meio dos procedimentos próprios ao fracionamento dos imóveis urbanos, resguardar o crescimento ordenado das cidades e evitar o caos generalizado na ocupação do solo.

A própria Lei n. 6.766/79, no parágrafo 5º do artigo 2º, prevê que a infraestrutura básica dos parcelamentos deve ser constituída “pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²¹ VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A participação do particular no urbanismo**. [S.l.: s.n.], 1985.

domiciliar e vias de circulação”. O propósito é bastante claro: resguardar o crescimento ordenado da malha urbana.

O loteamento é uma das formas pelas quais se dá o parcelamento do solo urbano, submetido à iniciativa do proprietário do imóvel. Nos termos do artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei de Parcelamento do Solo: “Considera-se loteamento a subdivisão de gleba em lotes destinados a edificação, com abertura de novas vias de circulação, de logradouros públicos ou prolongamento, modificação ou ampliação das vias existentes”.

O loteamento só se efetiva por procedimento voluntário e formal comandado pelo proprietário do imóvel, projetando sua partilha e traçando os moldes urbanísticos das subdivisões, submetendo-a, ao final, à aprovação do município onde situado e posterior inscrição pública no registro de imóveis.

A finalidade do loteamento é a divisão da área de determinado imóvel em porções futuramente autônomas, denominadas *lotes*. De acordo com o artigo 2º, parágrafo 4º, da norma de regência, lote “é o terreno servido de infraestrutura básica cujas dimensões atendam aos índices urbanísticos definidos pelo plano diretor ou lei municipal para a zona em que se situe”.

Não se faz um loteamento da aurora ao crepúsculo. Para que a divisão urbana evolua de modo ordenado, tendente a receber e preservar os elementos básicos de infraestrutura, prevê a norma de regência um criterioso rol de condicionantes e um detalhado procedimento administrativo aos quais deve-se respeito e obediência.

A título exemplificativo, o único parágrafo do artigo 3º da Lei n. 6.766/79 proíbe o parcelamento do solo em áreas urbanas inabitáveis ou cuja habitação se mostre desaconselhável:

I - em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providências para assegurar o escoamento das águas;

- II - em terrenos que tenham sido aterrados com material nocivo à saúde pública, sem que sejam previamente saneados;
- III - em terrenos com declividade igual ou superior a 30% (trinta por cento), salvo se atendidas exigências específicas das autoridades competentes;
- IV - em terrenos onde as condições geológicas não aconselham a edificação;
- V - em áreas de preservação ecológica ou naquelas onde a poluição impeça condições sanitárias suportáveis, até a sua correção.

A Lei de Parcelamento do Solo Urbano, agora no artigo 4º, também elenca um rol de requisitos urbanísticos mínimos ao loteamento:

- I - as áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, serão proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem;
- II - os lotes terão área mínima de 125m² (cento e vinte e cinco metros quadrados) e frente mínima de 5 (cinco) metros, salvo quando o loteamento se destinar a urbanização específica ou edificação de conjuntos habitacionais de interesse social, previamente aprovados pelos órgãos públicos competentes;
- III - ao longo das águas correntes e dormentes e das faixas de domínio público das rodovias e ferrovias, será obrigatória a reserva de uma faixa não-edificável de 15 (quinze) metros de cada lado, salvo maiores exigências da legislação específica;
- IV - as vias de loteamento deverão articular-se com as vias adjacentes oficiais, existentes ou projetadas, e harmonizar-se com a topografia local.

Os sistemas de circulação tratados pelo inciso I significam as vias de trânsito. O equipamento urbano representa os serviços de abastecimento: água, esgoto, energia elétrica, escoamento de águas pluviais, rede telefônica e gás canalizado. O equipamento comunitário abrange locais públicos destinados à educação, cultura, saúde, lazer e similares. Os espaços livres

de uso público compreendem as praças, parques e áreas de passeio.

O já citado inciso IV denota que “o objetivo da lei é impedir o surgimento de conjuntos habitacionais em zonas ainda inóspitas e sem acesso aos meios de comunicação com os centros urbanos”²².

Para Rizzardo, as exigências legais têm propósito prático bastante claro: “Conduzindo a área loteada a um prolongamento da cidade e nela se fixando considerável parcela de população, visa a lei proteger os ocupantes futuros e assegurar-lhes uma vida comunitária com todos os requisitos urbanísticos padronizados para a cidade atual”²³.

Tudo evidencia o espírito legislativo tendente a zelar não só pelo lar de cada um, como também - e principalmente - pelo crescimento ordenado das cidades com vistas ao bem comum.

Num raciocínio lógico, ilegais são os loteamentos que ignoram os preceitos que regem tal forma de parcelamento. Neles são encontrados, por exemplo, lotes sem o devido registro, lotes com metragem inferior à mínima estabelecida, lotes localizados em áreas de inundação, lotes localizados em áreas com excessivo declive, vias de trânsito abertas sem autorização e conhecimento do ente público, ligações indevidas de esgoto, água e luz, etc.

A prática, para infelicidade geral, é corriqueira em solo nacional. Dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, que remontam a 2011, revelam que 3.025 dos 5.565 municípios brasileiros existentes à época apresentavam a existência de loteamentos ilegais em seus territórios²⁴. Algo em torno de 54,3% das cidades brasileiras, portanto, eram castigadas por parcelamentos indevidos do solo urbano.

²² RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

²³ RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

²⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Perfil dos municípios brasileiros**. 2011. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv62479.pdf>. Acesso em 16 de outubro 2019.

Os loteamentos ilegais acontecem à revelia da lei. O ilegítimo loteador costuma retalhar o imóvel de modo totalmente informal. Daí originam-se lotes e vias de circulação absolutamente ilegais, sem o devido preparo prático e sem o necessário respaldo jurídico.

O imóvel ilicitamente loteado, ao não seguir o procedimento próprio ao parcelamento, não gera novas matrículas dos lotes; tudo permanece sob um único registro, como pertencentes ao mesmo ou mesmos donos. Transfere-se aos adquirentes, quando muito, nada além da faculdade de exercer posse sobre os terrenos ilegais.

Frise-se: não há, em casos tais, subdivisão do imóvel-matriz em tantas outras matrículas independentes, permanecendo todos os lotes ilegais sob um único registro no fôlio real.

Tão danosa é que a Lei de Parcelamento do Solo Urbano, em seu artigo 50, demonstra manifesta aversão à conduta de lotear ilicitamente, tipificando-a como crime contra a Administração Pública. A pena vai de um a quatro anos de reclusão, mais multa de cinco a cinquenta vezes o maior salário mínimo vigente no Brasil.

O loteamento ilícito, em razão dos inúmeros corolários daninhos, resulta sempre em ônus ao Poder Público e, por consequência lógica, à sociedade em geral.

Nas palavras de Rizzardo:

A expansão desordenada dos povoamentos, carentes de condições mínimas de infra-estrutura, mormente quanto ao sistema de água, esgoto, vias públicas e áreas verdes, transformou as periferias das cidades em problema crônico para as municipalidades. Não raras vezes, viram-se obrigadas a encampar tais serviços, implantando-os desde o seu início, suportando pesados ônus, por conta da impune irresponsabilidade dos loteadores, que fracionaram área em milhares de porções, à revelia das normas urbanísticas e das exigências sanitárias mínimas.

Irregulares despontavam os desdobramentos e irregulares prosseguiram, até a venda total das unidades, convertendo belas paisagens naturais em descampados mortos e poluídos, repletos de cortiços e favelas.²⁵

A prática não se limita aos legítimos proprietários dos bens. Por vezes nem mesmo indefinições na titularidade do imóvel-mãe, geralmente derivadas de sucessões hereditárias, têm afugentado os loteamentos ilegais. Não é incomum encontrar afoitos herdeiros que, mesmo pendente o inventário, demarcam suas imaginárias frações, decorridas de uma partilha irreal, e desde logo promovem a alienação das partes geradas como se lotes regulares fossem, transmitindo aos adquirentes não mais que a possibilidade de algum exercício possessório.

Nem de longe se pode ignorar as inseguranças jurídicas suportadas pelos adquirentes dos lotes ilícitos. Há que se ter em mente, contudo, que o universo urbanístico da cidade é o mais afetado pelos loteamentos ilegais. A razão é bastante simplória: nesses parcelamentos, o solo urbano é comumente retalhado sem qualquer planejamento ou preocupação com o meio físico vizinho; os movimentos de terra, cortes e aterros são feitos em desatenção às normas e técnicas de engenharia; a cobertura vegetal é removida à revelia da lei, prejudicando a estabilidade do solo e o regular córrego de eventuais cursos d'água.

Raros são os espaços reservados às áreas públicas; raros são os recuos que garantem a saudável aeração e insolação das residências; raras são as ligações de rede de esgoto; raras são as instalações de sistemas de drenagem das águas pluviais.

A comum ausência de áreas institucionais nesses loteamentos, que poderiam ser empregadas na instalação creches ou postos de saúde, ocasiona a saturação dos equipamentos públicos dos bairros vizinhos, dando margem à

²⁵ RIZZARDO, Arnaldo. **Promessa de compra e venda e parcelamento do solo urbano**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

superlotação de seus centros ambulatoriais e academias de ensino.

E não só sobre direitos urbanísticos a funesta e serrateira prática provoca males. Como escreve Carvalho:

Com efeito, as consequências das obras de implantação de parcelamentos irregulares do solo têm causado, em alguns casos, graves danos ao meio ambiente, dada a execução de todo tipo de terraplanagem e congêneres sem o inafastável e prévio licenciamento ambiental, além da inexistência de condições mínimas sanitárias, o que incentiva o lançamento de detritos sólidos e esgotos nos rios e lagos naturais, sem mencionar a falta de rede de coleta de águas pluviais e o correlato risco de enchentes e desabamentos nesses locais, cujas atividades, em geral, representam prejuízos à fauna, à flora e a toda a biota ali existente, às vezes de forma irreparável.²⁶

Não é incomum o parcelamento ilegal de imóveis localizados em áreas de proteção ambiental, como as que se referem aos cursos d'água. Em casos tais, costuma ocorrer o indevido desmatamento da vegetação ciliar que garante os fluxos, como também o depósito de detritos residenciais em seus leitos, causando prejuízos ao abastecimento hídrico da cidade e, por decorrência lógica, à população munícipe como um todo.

A implantação de um loteamento tem direta influência no meio ambiente urbano ou artificial, provocando efeitos sobre toda a coletividade. A desatenção às normas urbanísticas gera transtornos que afetam a segurança, a salubridade e o conforto dos cidadãos e transeuntes, bem assim à serventia pública e à estética da cidade.

Vê-se que não são pequenos os estragos que os loteamentos clandestinos causam à sociedade em geral. Por

²⁶ CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. **Anotações sobre os loteamentos irregulares**. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/583/anotacoes-sobre-os-loteamentos-irregulares>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

toda a problemática descrita, não é demais considerar o parcelamento ilegal do solo urbano, por intermédio de transviado loteamento, um dos mais inquietantes e embaraçosos impasses de desenvolvimento urbano da atualidade.

O loteamento clandestino é costumeiramente abandonado pelo loteador após a venda dos lotes irregulares. O espertalhão embolsa o valor arrecadado e vai-se ao mundo, dando as costas aos compradores. Não se pode ignorar, lado outro, a falta de cautela de quem adquire lote sem antes verificar as jurídicas condições que o envolvem. Num mundo onde a desonestidade está longe da extinção, lamentável realidade é a existência de pouco espaço para o descuido.

Ocorre que o adquirente do lote, mesmo abandonado pelo loteador clandestino, tem meios legais para buscar a regularização do loteamento diante das autoridades competentes. Programas de regularização fundiária são comuns em municípios que enfrentam o problema. Mesmo o auxílio do Ministério Público tem se mostrado vezes eficiente no campo coletivo de solução. No entanto, vale-se por vezes da usucapião o comprador do lote para adquirir a propriedade da unidade irregular que comprou.

Firme é a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina reconhecendo que a irregularidade do loteamento não é, só por si, jurídico impedimento à aquisição da propriedade de lote via usucapião.

A propósito, para fins de amostra, colhe-se do acervo decisório da Corte Catarinense:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE USUCAPIÃO ORDINÁRIA. PROCEDÊNCIA NA ORIGEM. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. TESE REJEITADA. ÁREAS USUCAPIENDAS SITUADAS EM LOTEAMENTO CLANDESTINO. AUSÊNCIA DE ÔBICE PARA AQUISIÇÃO DA PROPRIEDADE PELA USUCAPIÃO. PREVALÊNCIA DO DIREITO À MORADIA E FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE. CASO CONCRETO EM QUE OS

AUTORES DEMOSTRARAM O ATENDIMENTO AOS REQUISITOS PREVISTOS NO CAPUT DO ARTIGO 1.242 DO CÓDIGO CIVIL OS QUAIS, SEQUER FORAM OBJETO DE INSURGÊNCIA. PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.²⁷

Viu-se que a Constituição da República pôs a função social da propriedade em pé de igualdade com o próprio direito à propriedade, tornando-a, a bem da verdade, um elemento intrínseco ao próprio domínio.

Já se falou, ademais, que "a propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor", bem assim que o plano diretor, por sua vez, deve seguir as diretrizes urbanísticas gerais fixadas pelo Estatuto da Cidade.

Revelou-se, ainda, que os lotes oriundos de imóvel indevidamente loteado não cumprem sua função social, principalmente – mas não somente - por caracterizarem descontrolado uso do solo do urbano.

Com as devidas vênias às respeitáveis posições diversas, difícil declarar a propriedade sobre terreno urbano ilegal via usucapião mesmo sabendo que não cumpre – nem cumprirá – sua função social; há, de certo modo, chancela do interesse individual à propriedade mesmo indo de encontro ao interesse coletivo de vê-la cumprir sua social função.

No conflito entre interesses individual e coletivo, a melhor resposta parece ser aquela voltada à coletividade. É de interesse coletivo a regularização do lote clandestino, pelos meios jurídicos que lhe são próprios, notadamente a fim de que as normas urbanísticas e ambientais sejam resguardadas.

Nas palavras de Meirelles: “Quem constrói a casa está construindo a cidade. Mas a cidade não é do proprietário da

²⁷ TJSC, Apelação Cível n. 0000131-77.2010.8.24.0002, de Anchieta, rel. Des. Bettina Maria Maresch de Moura, 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos, j. 08-11-2018.

casa; é de todos. E sendo de todos, há de predominar na sua ordenação o interesse da coletividade sobre o do particular”²⁸.

Passagem interessante retira-se do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 25.284, de relatoria do Min. Marco Aurélio:

De qualquer modo, a proteção à propriedade não se sobrepõe ao interesse comum. Tanto é assim que a garantia constitucional respectiva está condicionada à função social (...). Em síntese, a propriedade, de nítido caráter individual, não é um direito absoluto. Está condicionada a valor maior presente o interesse coletivo.

O interesse de propriedade que move o particular não deve e não pode prevalecer sobre o interesse coletivo da função social. Manifestação de prevalência do interesse individual frente ao coletivo é atribuir domínio sobre terrenos tais pela ocorrência da prescrição aquisitiva.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A comum prática do loteamento ilegal reclama resistência não só porque vai de encontro à função social da propriedade urbana e à legalidade do procedimento de parcelamento do solo urbano, mas também – e principalmente - porque colide com a própria harmonia do bem-comum, o crescimento urbano ordenado, o meio ambiente e, por consequência direta, a coletividade como um todo.

Disse-se que a Constituição Republicana de 1988 assegura a propriedade como um direito fundamental e reza, logo na sequência e em idêntico âmbito valorativo, que o domínio deverá atender à social função.

Atualmente, também como já narrado, rejeita-se a propriedade enquanto propósito de quem postula a usucapião

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

como um direito individual ilimitado e absoluto. Vigora a ideia de limitação sobre o uso da coisa, voltada ao uso racional e adequado, não mais sujeitando a coisa ao imperialismo descontrolado de seu titular.

A força legal então emprestada à função social a entrelaça ao próprio direito de propriedade, não afastando os direitos atestados ao proprietário (usar, gozar, dispor e reaver o bem de quem quer que injustamente o possua ou detenha) quando desempenhados de forma a não contrariar o bem-estar público e social, cuja supremacia, bom reforçar, é posta à frente dos interesses privados do titular.

Logo, a genuína função social da propriedade, nos termos da própria Constituição, é um direito fundamental da coletividade, uma garantia constitucional assegurada ao povo brasileiro, de sorte que sua observância se mostra imprescindível tanto à racional evolução da urbanização quanto à própria harmonia da vida em sociedade.

A área objeto da usucapião, mesmo que adquirida a propriedade e destacada do imóvel-mãe, é órfã das condições mínimas à urbanização (do contrário já estaria regularizada ou poderia ser facilmente regularizada pelas vias legais adequadas) e, portanto, não atenderá sua função social.

A ocupação do solo urbano, a fim de garantir o crescimento racional e adequado das cidades, não pode se dar à revelia da legalidade. Observou-se que existe todo um procedimento próprio para o loteamento, rogando respeito e obediência, caso seja a vontade do titular subdividir seu bem. A pena pelo descumprimento, aqui, não se restringe à pessoa do agente, transcendendo à coletividade e atingindo todos que se colocam em vida urbana.

Não se pode fechar os olhos diante desta problemática, pois o resultado do crescimento desordenado há muito já não está restrito às megalópoles brasileiras. O caos na ocupação do solo, fácil notar, também atinge os centros menores. A diferença reside na ação que se tem à disposição: nas maiores, o distúrbio

generalizado está instalado a ponto de restar pouco ou nada a se fazer além da franca repressão à prática; nas menores, porém, ainda há solução preventiva viável.

A informalidade e a confusão na desenfreada ocupação do solo não podem mais ser toleradas. Findou-se o tempo de condescendência com a desordem no crescimento urbano, até porque o desenvolvimento social chegou ao ponto de não mais suportar a passividade de outrora. Reclama-se, aqui e agora, vigorosa intervenção do Estado, por todas as autoridades que o integram, para assegurar a interminável busca pela ordem e pelo progresso. O caos urbano não pode reinar, máxime sob os olhares daqueles que têm o poder-dever de combatê-lo.

O propósito não é mitigar o direito à propriedade dos particulares ocupantes dos lotes ilegais. É também em nome e interesse deles próprios que a infeliz situação seja resolvida da maneira correta. Ora, a infraestrutura básica, de responsabilidade primária do loteador e subsidiária do município, como se tem entendido, poderá ser implementada de modo mais célere e eficaz se todos os interessados na regularização do imóvel-mãe chegarem a um denominador comum, quiçá evitando uma desgastante ação civil pública ou mesmo acionamentos judiciais individuais.

O que se pretende, a bem verdade, é justamente evitar que a propriedade urbana deixe de cumprir sua função social, tanto em relação aos titulares quanto - e principalmente - à coletividade. Certo é que atribuir domínio sobre áreas irregulares não resolve o problema da infraestrutura básica e serviços públicos essenciais, findando por reduzir as hipóteses de solução conjunta.

Oportuno redizer, mais, que não se defende a socialização da propriedade privada. O pensamento é muito, muito distante disso! Roga-se a defesa do bem-comum sim, mas só e tão somente a partir do momento em que as gerências do titular mostrem-se nocivas à coletividade. Enquanto os poderes inerentes à propriedade forem exercidos dentro dos razoáveis

limites da legalidade, descabido a quem quer que seja, inclusive ao Estado, insurgir-se às rédeas da coisa particular.

De mais a mais, em que pese o Código Civil ser claro ao dispor os requisitos *ad usucapionem*, assim como o faz o texto constitucional quanto à usucapião especial urbana²⁹, a própria Lei Maior, como se viu, cataloga a função social como um elemento do próprio direito de propriedade. Evidente, portanto, que as normas jurídicas formadoras do ordenamento não devem ser interpretadas de forma autônoma, vez que existente vínculo sistemático que as interliga.

Com nova licença a entendimentos diversos, não se vê sentido prático ou jurídico na declaração de aquisição de propriedade sobre imóvel urbano mesmo sabendo que não cumprirá sua função social. É, de certo modo, uma manifestação de prevalência do interesse individual diante do coletivo, com o que não se pode nem de longe concordar.

Os problemas devem ser enfrentados; as irregularidades, quando possível, sanadas. A ilegalidade no parcelamento do solo urbano deve ser vencida pelos jurídicos meios próprios e regulares, com todas as providências cabíveis à espécie, em nada confundível com o transversal manejo da usucapião (que não se destina à regularização de loteamentos, frise-se).

Ressalta-se que não se está ignorando a situação dos ocupantes dos lotes clandestinos. O objetivo é justamente regularizar de forma correta os lotes, adequando o loteamento à legalidade para que tenha êxito na instalação de toda a infraestrutura básica destinada à urbanização e, assim preserve o sustentável crescimento urbano.

Todos têm direito à água potável, rede de esgoto e sistema de energia elétrica. Todos têm direito a vias de

²⁹ Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

circulação aptas a suportar o transcurso de um veículo do corpo de bombeiros, uma ambulância ou mesmo um ônibus. Todos têm direito à vida íntegra e cidadã. Todos, porém, têm o dever de buscar referidos direitos pelas vias próprias e sem prejuízo a outrem.

Bastante improvável, para dizer o mínimo, a conquista dos citados direitos com o acolhimento da usucapião sobre lotes decorrentes de parcelamento indevido. Embora possam os possuidores lograr êxito em obter a propriedade sobre o lote individualizado, por certo não obterão sucesso na conquista do suporte urbanístico capital ao digno exercício do domínio. A propriedade irregular, legitimando-se, certamente trará óbice às adequações necessárias para eventual regularização do loteamento (como a dimensão mínima dos lotes e das vias públicas, por exemplo).

Não é de interesse do possuidor que tão somente a propriedade lhe seja atribuída; o interesse dele está em receber o domínio com condições de propiciar o mínimo necessário à vida digna. Importante reiterar: a usucapião, extrajudicial ou não, não é a via adequada para regularização de loteamento ilícito. O acolhimento não passa de uma fumaça que por algum tempo atrapalha a visão do verdadeiro problema.

A declaração da aquisição da propriedade de lote ilegal via usucapião representa, no íntimo, a chancela do “jeitinho brasileiro”. Fere de morte o crescimento ordenado do tecido urbano, sem a infraestrutura básica e sem respeito ao meio ambiente, com prejuízos à presente e, principalmente, às futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fabio Caldas de. **O usucapião no âmbito material e processual**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de segurança n. 25.284**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 17 de junho de 2010.

CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. **Anotações sobre os loteamentos irregulares**. 1999. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/583/anotacoes-sobre-os-loteamentos-irregulares>. Acesso em 12 de outubro de 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: direito das coisas**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O príncipe**. São Paulo: Legatus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito de construir**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

PEREIRA, Luís Portella. **A função social da propriedade urbana**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de usucapião**. 6. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das coisas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSA, Pedro Henrique de Miranda. **Direito civil, direito das coisas: introdução; posse; da propriedade; dos direitos reais sobre coisas alheias**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. 2ª Câmara de Enfrentamento de Acervos. **Apelação Cível n. 0000131-77.2010.8.24.0002, de Anchieta**. Relatora: Desembargadora Bettina Maria Maresch de Moura. Julgada em 08 de novembro de 2018.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. **A participação do particular no urbanismo.** [S.l.: s.n.], 1985.

A “TAXATIVIDADE MITIGADA” DO AGRAVO DE INSTRUMENTO NO CPC/2015: UMA BREVE ANÁLISE DA DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA

Fernanda Mallmann¹

Valdomiro Ribeiro da Silva Neto²

RESUMO

O Código de Processo Civil de 2015 – CPC, implementou uma nova sistemática ao Direito Processual Brasileiro, trazendo inúmeras novidades que vão desde a Teoria dos Precedentes Judiciais, muito debatida até os dias de hoje, até o aparente retrocesso quando da taxaço das hipóteses de impugnação das decisões interlocutórias no processo, objeto do presente estudo.

A problemática passa pela evolução histórica do recurso de Agravo de Instrumento, analisando-se os posicionamentos doutrinários acerca da nova legislação e, por fim, objetiva esclarecer os principais pontos trazidos pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ, para definir o que seria a “Taxatividade Mitigada” do rol do art. 1.015 do CPC.

Em relação aos procedimentos técnicos, a pesquisa é bibliográfica, documental e jurisprudencial, sendo de natureza exploratória e descritiva e tendo como objetivo principal a compreensão da natureza jurídica proposta pela legislação, das dificuldades e inseguranças de sua aplicação e das propostas

¹ Doutora em qualidade ambiental. Especialista em direito civil e processual civil. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina. Professora titular das disciplinas de direito civil I e VI e direito ambiental da FUCAP Univinte. E-mail: fernandamallmann2@gmail.com

² Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Advogado Inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seção de Santa Catarina. Gerente Jurídico da SCPAr Porto de Imbituba S.A., Membro do Conselho de Administração da SCPAr Porto de Imbituba S.A., Vice-Presidente da Comissão Estadual de Direito Marítimo e Portuário da OAB/SC. E-mail: valdorsn@yahoo.com.br.

doutrinárias e jurisprudenciais para consolidação do sistema recursal das decisões interlocutórias no processo civil brasileiro.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015, instituiu o Novo Código de Processo Civil, alterando-se diversos preceitos do instrumento processual base do ordenamento jurídico brasileiro.

Dentre as discussões inerentes à uma inovação legislativa deste porte, está o Recurso de Agravo de Instrumento, que traz, no art. 1.015 do código, um rol de situações jurídicas de cabimento do referido recurso.

A questão basilar gira em torno da dúvida sobre este rol ser taxativo, como se entendeu em um primeiro momento; meramente exemplificativo, abarcando, desta forma, situações de cabimento não previstas na norma contida no artigo citado; ou taxativo com possibilidade de se aplicar interpretação extensiva ou analógica aos incisos do art. 1.015 do CPC.

Utilizou-se da metodologia descritiva e explicativa, através de pesquisa documental, bibliográfica e jurisprudencial.

2. BREVE ESCORÇO HISTÓRICO ACERCA DO PROCESSO E DA RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES

O Direito Português do Século XII, segundo José Carlos Barbosa Moreira, determinava que as petições fossem dirigidas ao Rei. Estas eram chamadas de querimas ou querimônias e objetivavam a concessão de uma “carta de justiça”, subordinada ao exame de veracidade da alegação do requerente. Após o aperfeiçoamento processual, esta petição passou a ser analisada pelo Rei em conjunto com a resposta do juiz prolator

da decisão, quando passou a se chamar “carta testemunhável” ou “instrumento de agravo”³.

As legislações que se sucederam (Ordenações Manuelinas e Filipinas, Regulamento 737 de 1850, Decreto 763 de 1890 e os códigos de processo estaduais que vigoraram entre a Constituição de 1891 e a de 1937) previram diversas formas de impugnação às decisões interlocutórias, variando-se quanto ao cabimento ou forma recursal, unificando-se a norma recursal somente quando da retomada da competência legislativa pela União, quando foi promulgado o Código de Processo Civil de 1939⁴, cuja exposição de motivos foi elaborada por Francisco Campos, vejamos:

Aqui devem ser feitas algumas distinções que não são necessárias quando a decisão diz respeito à simples determinação dos fatos. A primeira distinção é entre as falhas de processo que afetam materialmente os direitos das partes, isto é, que pela sua natureza hajam influído realmente no julgamento proferido, e aquelas que são de uma natureza menos importante ou puramente técnica, as quais, ainda que admitidas como erros, não dão motivos razoáveis para se acreditar que tenham impedido a parte agravada de apresentar inteiramente o seu interesse ou que tenham influído sobre o juiz, ou o juri, no proferir suas decisões. Manifestamente, nos argumentos em favor da permissão de uma reforma da decisão, no caso de erros da primeira categoria, são mais fortes que no caso dos da segunda. Permitir os recursos em todos os casos em que se alege estar errado o julgamento com relação à aplicação de regras, sejam ou não tais erros de natureza a se supôr que tenham afetado o julgamento, acarretará males desproporcionados aos benefícios que se podem verificar em casos relativamente raros. Abre a porta ao uso do direito de recorrer simplesmente com propósitos protelatórios, e aumenta as despesas do pleito, o que tudo trabalha em desfavor da parte fraca.⁵

³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao código de processo civil**. vol. 5. Arts. 476 a 565. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 482/483. Apud BRASIL, 2018, p. 21.

⁴ BRASIL, 2018, loc. cit.

⁵ BRASIL, 2018, p. 21-22.

Na citação, é possível verificar a preocupação em se permitir recorribilidade das decisões que pudessem comprometer o mérito do processo e, em formato semelhante ao que adotou o CPC/2015, elegeu-se um rol pretensamente exaustivo de situações que seriam capazes de atingir os direitos das partes, elencando-se os competentes recursos⁶.

Esta limitação, já naquela época, podia causar prejuízos às partes ou comprometer o adequado exame de mérito da controvérsia, pois questões que não se enquadrassem às hipóteses de cabimento do agravo de petição ou do Agravo de Instrumento ficariam relegadas ao agravo no auto do processo ou, até mesmo, à própria irrecorribilidade. Tal fato fez com que advogados da época acabassem por se valer de outros meios, que não os recursais, para modificar estas decisões, como o pedido de reconsideração, a correção parcial ou reclamação, o conflito de competência, a ação rescisória e o mandado de segurança⁷.

Quando da vigência do Código de Processo Civil de 1973, buscou-se um modelo substancialmente distinto daquele existente no sistema anterior, fundindo-se alguns recursos de impugnação das decisões interlocutórias e extinguindo-se outros. As hipóteses de cabimento se davam por exclusão, ou seja, se não se tratasse de despacho (irrecorrível) ou de sentença (recorrível por Apelação), seria cabível por instrumento, facultando-se à parte se este tramitaria de imediato ou se ficaria retido nos autos para julgamento como Preliminar no Recurso de Apelação, como o Recurso de Agravo no Auto do Processo do CPC/1939⁸.

Inicialmente interposto no primeiro grau, com a obrigatoriedade da formação do instrumento pelo ofício judicial e rol taxativo para concessão do efeito suspensivo, reviveu o manejo de mandado de segurança para concessão do efeito

⁶ BRASIL, op. cit., p. 22.

⁷ BRASIL, op. cit., p. 23.

⁸ BRASIL, op. cit., p. 24.

suspensivo fora do rol legalmente estabelecido ou em razão da demora de análise do recurso pelo segundo grau. Assim, este recurso sofreu a primeira reforma em 1995, para atribuir a competência de processamento ao segundo grau, acrescentando-se a possibilidade de concessão do efeito suspensivo a qualquer caso que pudesse resultar lesão grave ou de difícil reparação⁹.

Em 2005, nova reforma tornou regra a modalidade retida e excepcional a modalidade instrumental, sendo cabível somente quando a decisão impugnada fosse suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação¹⁰.

3. O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A RECORRIBILIDADE DAS DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS

A mudança de paradigma trazida pela vigência do Código de Processo Civil de 2015¹¹ conferiu especial atenção quanto à recorribilidade das decisões interlocutórias.

A norma revogada (CPC/1973)¹² permitia a recorribilidade irrestrita das decisões, fosse por meio do Agravo de Instrumento ou pelo Agravo Retido, este último extinto no *novel codex*.

O Agravo Retido nada mais era do que a possibilidade de se impugnar a decisão jurisdicional que não fosse suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão de Recurso de Apelação, conforme art. 522 daquela norma, vejamos:

Art. 522. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da Apelação e

⁹ BRASIL, 2018, p. 25.

¹⁰ BRASIL, op. cit., loc. cit.

¹¹ BRASIL, 2015.

¹² BRASIL, 1973.

nos relativos aos efeitos em que a Apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento. (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005) Parágrafo único. O agravo retido independe de preparo. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

Outro detalhe, a parte recorrente deveria requerer ao Tribunal que dele conhecesse, preliminarmente, por ocasião do julgamento do Recurso de Apelação, nos termos do art. 523, vejamos:

Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da Apelação. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

§ 1o Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da Apelação, sua apreciação pelo Tribunal. (Incluído pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

§ 2o Interposto o agravo, e ouvido o agravado no prazo de 10 (dez) dias, o juiz poderá reformar sua decisão. (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

§ 3o Das decisões interlocutórias proferidas na audiência de instrução e julgamento caberá agravo na forma retida, devendo ser interposto oral e imediatamente, bem como constar do respectivo termo (art. 457), nele expostas sucintamente as razões do agravante (Redação dada pela Lei nº 11.187, de 2005)

§ 4o (Revogado pela Lei nº 11.187, de 2005).

Conforme se observa, a diferença residia na forma de reexame (imediato ou diferido) pelo segundo grau, sendo a retenção a regra geral e cuja primeira função era evitar a preclusão das matérias veiculadas na decisão interlocutória impugnada¹³.

A apreciação pelo Poder Judiciário se dava de forma diferida, ou seja, somente era apreciado quando de sua

¹³ ROCHA, 2018, p. 44.

reiteração em sede de Apelação. Já o Agravo de Instrumento era (e é) imediatamente analisado pelo 2º grau de jurisdição, pois interposto diretamente no órgão jurisdicional superior.

Esta forma de impugnação, Agravo Retido, foi extinta, porém sua essência está prevista no §1º do art. 1.009 do CPC/2015, onde, para se evitar a preclusão da decisão “sua impugnação há de ser feita na Apelação (ou nas Contrarrazões); se não for feita neste momento, haverá, evidentemente, preclusão”¹⁴.

Neste ponto, destaca-se ser possível a interposição de Apelação sem impugnar diretamente a Sentença, atribuindo-se às razões do apelo irresignação unicamente acerca de decisão interlocutória não agravável. Esta hipótese pauta-se na possibilidade jurídica de ocorrência de decisão interlocutória não agravável que resolva questão prejudicial ou preliminar de mérito que, desta forma, traria sérios prejuízos à parte no caso de não se admitir a interposição de Recurso de Apelação¹⁵.

Há de se observar, ainda, a alteração substancial da peça de Contrarrazões ao Recurso de Apelação. Nos termos do §1º, do art. 1.009, CPC/2015, deverá a parte recorrida suscitar em preliminar nas Contrarrazões as questões resolvidas na fase de conhecimento quando nela houver decisões que não comportam Agravo de Instrumento.

Esta preliminar em Contrarrazões, para alguns autores, é: “instrumento de dois atos jurídicos processuais: (a) a resposta à Apelação da parte adversária; (b) o recurso contra as decisões interlocutórias não agraváveis proferidas ao longo do procedimento”¹⁶.

Trata-se de verdadeira “Apelação contrarrecursal” (ou subordinada) que não se confunde com a Apelação adesiva, pois (a) a Apelação subordinada é cabível apenas nas Contrarrazões, no Recurso Extraordinário e no Recurso

¹⁴ DIDIER JR., 2016, p. 165.

¹⁵ CÂMARA, 2016, p. 532-533.

¹⁶ DIDIER JR., 2016, p. 169.

Especial; e (b) apenas o Recurso Adesivo exige sucumbência recíproca, pois impugna a sentença, sendo que a Apelação contrarrecursal enfrenta decisões interlocutórias ainda sem definição de sucumbência¹⁷.

Além da extinção do Agravo Retido, houve o estabelecimento de um rol, aparentemente taxativo, de decisões interlocutórias agraváveis. Vejamos a norma disposta no art. 1.015, CPC/2015:

Art. 1.015. Cabe Agravo de Instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

- I - tutelas provisórias;
- II - mérito do processo;
- III - rejeição da alegação de convenção de arbitragem;
- IV - incidente de desconconsideração da personalidade jurídica;
- V - rejeição do pedido de gratuidade da justiça ou acolhimento do pedido de sua revogação;
- VI - exibição ou posse de documento ou coisa;
- VII - exclusão de litisconsorte;
- VIII - rejeição do pedido de limitação do litisconsórcio;
- IX - admissão ou inadmissão de intervenção de terceiros;
- X - concessão, modificação ou revogação do efeito suspensivo aos embargos à execução;
- XI - redistribuição do ônus da prova nos termos do art. 373, § 1º;
- XII - (VETADO);
- XIII - outros casos expressamente referidos em lei.

Sobre esta limitação de hipóteses de cabimento, Cassio Scarpinella Bueno¹⁸ destaca que: “O objetivo expresso, e isto desde a Exposição de Motivos do Anteprojeto, é o de reduzir os casos em que aquele recurso pode ser interposto, o que ganha ainda mais significado com a proposta de extinção do agravo retido”.

No entanto, há hipóteses não previstas na norma que podem gerar transtornos às partes ou mesmo tumultuar o processo, como decisões sobre valor da causa, declínio de

¹⁷ DIDIER JR., op. cit., p. 170.

¹⁸ BUENO, 2014, p. 653.

competência, deferimento ou indeferimento de provas na fase de conhecimento ou aquelas que afastem a aplicação de negócio jurídico processual.

Neste sentido, DIDIER e CUNHA (2015)¹⁹ expõem a necessidade de enfrentamento da questão pelos Tribunais:

Não sendo cabível o Agravo de Instrumento, haverá casos em que a decisão será efetivamente irrecurável, não havendo qualquer meio adequado de impugnação. Imagine-se a hipótese de decisão que declina a competência para a Justiça do Trabalho. Caso não seja possível impugná-la imediatamente pelo Agravo de Instrumento, a decisão se tornaria rigorosamente irrecurável, já que o TRT, ao julgar o recurso ordinário contra a futura sentença do juiz trabalhista, não poderia rever a decisão proferida no juízo comum – o TRT somente tem competência derivada para rever decisões de juízos do trabalho a ele vinculados.

Entretanto, no mesmo estudo os autores afirmam²⁰ que “o elenco do art. 1.015 é *taxativo*. As decisões interlocutórias agraváveis, na fase de conhecimento, sujeitam-se a uma *taxatividade legal*.”

A lógica da conclusão dos autores é a de que no sistema normativo brasileiro somente a lei pode criar hipóteses de decisões agraváveis na fase de conhecimento, não sendo possível nem mesmo o uso do instrumento de convenção das partes (art. 190, CPC) para a criação de modalidade de decisão interlocutória agravável²¹.

Sobre as decisões que prorrogam ou alteram o juiz natural do processo, também ressaltou BONDIOLI²²:

[...] a primeira coisa que se deve definir no processo é o juízo competente para conduzi-lo e julga-lo. Não interessa postergar debates a esse respeito; o tardio pronunciamento de

¹⁹ DIDIER JR. e CUNHA, 2015, p. 3.

²⁰ *Ibid.*, loc. cit.

²¹ *Ibid.*, loc. cit.

²² BONDIOLI, 2016, p. 120.

incompetência produz sensível retrocesso procedimental. Ademais, o trâmite do feito numa comarca longínqua pode gerar efetivos entraves para a defesa do réu.

Com efeito, a problemática ganha corpo no momento em que, quando da definição da competência e julgamento do mérito do processo, sendo a decisão sobre competência irrecurável pelo manejo de Agravo de Instrumento, resta como única hipótese a ferramenta prevista no §1º do art. 1.009, CPC, a fim de se evitar a preclusão diferida, vejamos:

Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

§ 1º As questões resolvidas na fase de conhecimento, se a decisão a seu respeito não comportar agravo de instrumento, não são cobertas pela preclusão e devem ser suscitadas em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas Contrarrazões.

§ 2º Se as questões referidas no § 1o forem suscitadas em Contrarrazões, o recorrente será intimado para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se a respeito delas.

§ 3º O disposto no caput deste artigo aplica-se mesmo quando as questões mencionadas no art. 1.015 integrem capítulo da sentença.

Ocorre que tal instrumento processual se torna inútil na medida em que, havendo anulação da Sentença pelo Tribunal, alterando-se a competência, haverá considerável implemento do tempo de tramitação do processo, quando poderia esta situação ser facilmente prevenida se oportunizada a interposição de Agravo de Instrumento a combater a decisão interlocutória.

Outra questão a ser considerada é a de que, em se admitindo outras hipóteses de interposição do Recurso de Agravo de Instrumento que não as descritas no art. 1.015 do CPC, necessariamente haveria novas hipóteses de preclusão imediata, forte nos chamados “efeitos colaterais” da interpretação extensiva dos incisos daquele artigo²³.

²³ ROQUE, *et al.*, 2016.

Isto porque, sobrevindo decisão acerca de hipótese constante do rol taxativo, só haveria preclusão temporal se a parte não interpusesse o recurso logo após a prolação judicial.

Em não sendo hipótese do rol, a parte deveria se pronunciar quando da interposição do Recurso de Apelação ou da apresentação de suas Contrarrazões.

Havendo um rol a ser seguido, essa segurança jurídica é necessária a orientar a parte acerca das decisões que ela deve, necessariamente, se pronunciar, sob pena destas serem acobertadas pela preclusão.

Em estudo sobre a preclusão da recorribilidade das decisões agraváveis e não agraváveis no novo CPC, Vinicius Silva Lemos²⁴ destaca:

Com a não recorribilidade imediata da maioria das espécies das decisões interlocutórias, uma escolha legislativa foi feita, optando, mesmo com o fim do agravo retido, por impedir o Agravo de Instrumento para todas as decisões, com uma evidente limitação. Por outro lado, as decisões que não se enquadram nestas determinadas hipóteses legais, também merecem a possibilidade de impugnação, porém, para isto, o CPC/2015 optou por extinguir “o agravo retido, tendo, correlatamente, alterando-se o regime das preclusões.”

O autor se refere às “exposições de motivos” do anteprojeto de lei, expondo ainda que o momento de impugnação das decisões interlocutórias não previstas no art. 1.015 foi transferido para o momento pós-sentença. Porém, estas não podem estar cobertas pela preclusão imediata²⁵.

O efeito prático desta análise é o de se verificar em quais situações a parte terá oportunidade de impugnar, quando da interposição ou apresentação de Contrarrazões do Recurso de Apelação, e quais situações estarão cobertas pela preclusão,

²⁴ LEMOS, 2018, p. 7.

²⁵ Ibidem, p. 7-8.

analisando-se, ainda, as hipóteses de nulidade relativa ou absoluta a incidirem a norma do art. 278 do CPC²⁶, vejamos:

Art. 278. A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão.

Parágrafo único. Não se aplica o disposto no caput às nulidades que o juiz deva decretar de ofício, nem prevalece a preclusão provando a parte legítimo impedimento.

Todas estas questões se interligam, pois as hipóteses de cabimento do Agravo de Instrumento (rol exemplificativo, taxativo ou taxativo com possibilidade de interpretação extensiva) implicam na análise das nulidades e preclusões daí decorrentes para, só então, concluirmos pelo remédio processual competente.

4. A TAXATIVIDADE MITIGADA / INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO ART. 1.015 DO CPC/2015

Com a promulgação do novo código, implementou-se uma nova sistemática de impugnação das decisões interlocutórias, desaparecendo-se o agravo retido e, assim, alterando-se a regra de preclusão. Destarte, o momento do julgamento será o mesmo, porém não o da impugnação, que se dará em sede de preliminar no Recurso de Apelação ou em suas Contrarrazões, na forma do §1º do art. 1.009, CPC.

Em 05 de dezembro de 2018 o Superior Tribunal de Justiça julgou os Recursos Especiais nº REsp 1.696.396 e REsp 1.704.520, afetados ao rito dos Recursos Repetitivos sob o Tema nº 988, sendo representativos da controvérsia acerca da “Taxatividade do Rol do art. 1.015 do CPC/2015”, com acórdãos publicados em 18/12/2018, que buscaram esclarecer se o rol seria taxativo com interpretação restritiva, taxativo comportando

²⁶ Ibidem, p. 9-11.

interpretações extensivas ou analógicas ou se o rol seria exemplificativo.

Nestes recursos o STJ buscou definir a natureza jurídica do rol do art. 1.015 do CPC, bem como verificar a possibilidade de sua interpretação extensiva, analógica ou exemplificativa a fim de admitir a interposição de Agravo de Instrumento contra decisão interlocutória que verse sobre hipóteses não expressamente previstas nos incisos do referido dispositivo legal²⁷.

Para compreensão do tema, faz-se necessário o estudo das razões de decidir (*ratio decidendi*) contidas no julgado, bem como analisar a doutrina recente acerca da possibilidade de se conferir interpretações ampliativas ou extensivas às normas positivas.

Sobre o tema, DIDIER e CUNHA (2015) expõem que, embora o rol seja taxativo, esta *taxatividade* não seria incompatível com a interpretação extensiva em cada um dos tipos agraváveis expostos nos incisos do art. 1.015. Destacam, ainda, os autores que o Superior Tribunal de Justiça já vinha, desde ao menos o ano de 2008, quando do julgamento do AgRg no REsp 1.089.914/RJ, de relatoria do Ministro Castro Meira, aplicando entendimento semelhante à lista de serviços tributáveis para permissão de incidência do Imposto Sobre Serviços – ISS a serviços correlatos àquele previstos expressamente na norma²⁸.

Nas palavras contidas nos Acórdãos citados no estudo²⁹:

“[n]ão se pode confundir (a) a interpretação extensiva que importa a ampliação do rol de serviços, com inclusão de outros de natureza diferente dos indicados, com (b) a interpretação extensiva da qual resulta simplesmente a inclusão, nos itens já constantes da lista, de serviços congêneres de mesma natureza, distintos em geral apenas por sua denominação. A primeira é

²⁷ BRASIL, 2018, p. 10-11.

²⁸ DIDIER JR. e CUNHA, 2015, p. 4-5.

²⁹ Ibidem, loc. cit.

que ofende o princípio da legalidade estrita. A segunda forma interpretativa é legítima.” - STJ, 1ª Turma, REsp 920.386/SC, rel. Min. Teori Albino Zavascki, j. 17/2/2009, DJe 4/3/2009.

“[a] 1a. Seção desta Corte já orientou que a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68 é taxativa quanto à incidência de ISS, admitindo-se, em ampliação aos já existentes, apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva.” - STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 109.763/GO, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 25/11/2014, DJe 4/12/2014.

Desta forma, consolidou-se o entendimento acerca da interpretação extensiva sobre o ISS quando da edição da Súmula 424 do STJ que firmou o entendimento de que “é legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987”.

No âmbito do processo penal, há o entendimento de que a taxatividade não seria incompatível com a interpretação extensiva. Sendo taxativo o rol das hipóteses de cabimento do Recurso em Sentido Estrito, art. 581 do Código de Processo Penal, este não comporta ampliação por analogia, no entanto não estaria vedada a interpretação extensiva, admitindo-se que determinada situação é regida pelo conteúdo da norma interpretada³⁰.

Quando da pretensa pacificação social pelo Superior Tribunal de Justiça, elegeu-se 3 (três) posicionamentos possíveis.

O primeiro seria o de que o rol seria absolutamente taxativo, devendo ser interpretado restritivamente, vejamos:

A) O ROL DO ART. 1.015 DO CPC É ABSOLUTAMENTE TAXATIVO E DEVE SER INTERPRETADO RESTRITIVAMENTE.

(...) absoluta taxatividade do rol do art. 1.015 do CPC recebeu o amparo desta Corte em recente julgado, oportunidade em que se consignou que “considera-se que a interpretação do art.

³⁰ DIDIER JR. e CUNHA, 2015, p. 5-6.

1.015 do Novo CPC deve ser restritiva, para entender que não é possível o alargamento das hipóteses para contemplar situações não previstas taxativamente na lista estabelecida para o cabimento do Agravo de Instrumento”, uma vez que “as decisões relativas à competência, temática discutida nos presentes autos, bem como discussões em torno da produção probatória, estão fora do rol taxativo do art. 1.015 do CPC/2015”. (REsp 1.700.308/PB, 2ª Turma, DJe 23/05/2018)³¹.

Como já referido neste estudo, esta corrente entendeu que a pretensão legislativa foi a de voltar ao regime de recorribilidade do CPC de 1939, que, por razão de ser juridicamente inadequado, sofreu diversas reformas. O principal ponto defendido nesta tese é o de que a ampliação do rol comprometeria todo o sistema preclusivo do código.

O segundo posicionamento seria o de que o rol seria taxativo, porém admitiria interpretações extensivas ou analógicas, vejamos:

B) O ROL DO ART. 1.015 DO CPC É TAXATIVO, MAS ADMITE INTERPRETAÇÕES EXTENSIVAS OU ANALÓGICAS.

(...)

Essa corrente, reconhecendo também a insuficiência do rol para adequadamente tutelar as diversas questões que o fenômeno jurídico apresenta na realidade, propõe que cada um dos incisos do art. 1.015 seja interpretado de forma não literal, de modo a acomodar situações semelhantes ou próximas àquelas expressamente mencionadas no respectivo inciso.

(...)

No mesmo sentido, há recentes julgados desta Corte: REsp 1.695.936/MG, 2ª Turma, DJe 19/12/2017 (que aponta ser cabível o recurso da decisão que afasta o reconhecimento de prescrição e decadência), REsp 1.694.667/PR, 2ª Turma, DJe 18/12/2017 (que sinaliza a possibilidade de recorrer desde logo na hipótese de indeferimento de pedido de concessão de efeito suspensivo a embargos à execução) e, finalmente, REsp 1.679.909/RS, 4ª Turma, DJe 01/02/2018 (por meio do qual se admitiu o processamento de Agravo de Instrumento contra

³¹ BRASIL, 2018, p. 30-31.

decisão que versava sobre competência, ao fundamento de que se trataria de hipótese similar àquela que rejeita a alegação de convenção de arbitragem).

Aliás, esse foi o entendimento defendido pela maioria das entidades que ingressaram nesse recurso como amici curiae, como a Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO, a União e a Defensoria Pública da União, assim como, no mesmo sentido, opinou o Ministério Público Federal.³²

Neste ponto, a proposta seria que os incisos constantes do rol fossem analisados e interpretados de forma a se adequar a situações semelhantes ou próximas a cada situação jurídica lá tuteladas.

O terceiro e último posicionamento defende que o rol seria exemplificativo, ou seja, admitir-se-ia hipóteses de cabimento fora do dispositivo legal, vejamos:

C) O ROL DO ART. 1.015 É EXEMPLIFICATIVO, ADMITINDO-SE O RECURSO FORA DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO PREVISTAS NO DISPOSITIVO.

Finalmente, outra parte da doutrina defende que não há que se falar em rol taxativo combinado com interpretação restritiva, nem tampouco em rol taxativo combinado com interpretação extensiva ou analógica, mas, sim, em um rol puramente exemplificativo, de modo que, em determinadas situações, a recorribilidade da interlocutória deve ser imediata, ainda que a matéria não conste expressamente do rol ou que não seja possível dele extrair a questão por meio de interpretação extensiva ou analógica.

(...)

Na mesma linha de raciocínio, leciona José Rogério Cruz e Tucci que há situações que, a despeito de não catalogadas no rol do art. 1.015 do CPC/15, necessitam obrigatoriamente ser examinadas de imediato, especialmente as questões de ordem pública, as nulidades absolutas e aquelas que conduzem à extinção do processo, sob pena de ofensa ao princípio da razoável duração do processo e ao devido processo legal. (TUCCI, José Rogério Cruz e. Ampliação do cabimento do

³² BRASIL, 2018, p. 31-33.

recurso de Agravo de Instrumento in Portal Consultor Jurídico, 18/07/2017. Acesso realizado em 07/06/2018)³³.

Aqui, entende-se que o sistema processual é o da recorribilidade integral das decisões interlocutórias, sendo que em não havendo hipótese para Agravo de Instrumento será mediante preliminar em Recurso de Apelação (ou Contrarrazões).

Contudo, forte no binômio utilidade/necessidade que formam o interesse recursal, em determinadas situações que a lei não previu, haveria flagrante inutilidade em se impugnar decisão interlocutória somente quando da interposição do Recurso de Apelação. Desta forma, em se demonstrando que “é necessário o Agravo de Instrumento em razão da inutilidade de interposição e julgamento futuros de Apelação”³⁴, será legítima esta hipótese recursal.

Para se chegar à conclusão, a nobre Relatora fundamentou que a norma do art. 1.015 do CPC não pode ser interpretada isoladamente, mas sim como inserida no sistema normativo. Citando o professor Juarez Freitas³⁵, expôs que o sistema deve ser compreendido como:

“(…)sendo uma rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Lei Maior”

Nesse contexto, a norma deverá ser interpretada de acordo com outras dispostas na lei e nas “Normas Fundamentais

³³ BRASIL, 2018, p. 33-35.

³⁴ FERREIRA, William Santos. Cabimento do agravo de instrumento e a ótica prospectiva da utilidade. O direito ao interesse na recorribilidade de decisões interlocutórias. *In Revista de Processo* nº 263, São Paulo: RT, jan. 2017, p. 193/203, apud BRASIL, 2018, p. 34-35.

³⁵ FREITAS, Juarez. **Interpretação sistemática do direito em face das antinomias normativas, axiológicas e principiológicas**. 1994. 234 f. Tese de Doutorado em Direito – Faculdade de Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis. Apud BRASIL, 2018, p. 38.

do Processo Civil”, sendo, portanto, inadequada a interpretação restritiva do rol, pois incapaz de “tutelar adequadamente todas as questões em que pronunciamentos judiciais poderão causar sérios prejuízos e que, por isso, deverão ser imediatamente reexaminadas pelo 2º grau de jurisdição.”³⁶

Da mesma forma, entendeu-se por afastar a “possibilidade de interpretação extensiva ou analógica das hipóteses listadas no art. 1.015 do CPC”, pois não haverá parâmetros quanto aos limites de interpretação ou certeza do alcance à todas as situações em que a questão deverá ser analisada imediatamente³⁷, ou seja:

“o alargamento das hipóteses de cabimento do agravo pela via da interpretação extensiva ou analógica implicaria significativo rompimento com o modelo de preclusões inaugurado pelo CPC/15, com potenciais e nefastos prejuízos às partes, pois, se porventura fosse adotada essa interpretação, a conclusão seria de que o Agravo de Instrumento era interponível desde logo até mesmo para as hipóteses não literalmente previstas no rol do art. 1.015, de modo que o jurisdicionado que, confiando na taxatividade restritiva e literal do referido rol, não impugnou a decisão cujo conteúdo seria dedutível por extensão ou analogia teria sido atingido pela preclusão temporal.”³⁸

A tese de que o rol seria meramente exemplificativo também foi afastada, “pois essa interpretação conduzia à repristinação do art. 522, *caput*, do CPC/73, contrariando frontalmente o desejo manifestado pelo legislador de restringir o cabimento do recurso”³⁹.

Com efeito, concluiu-se pela fixação da tese que, em princípio, cumpriria com a lógica do sistema processual e manteria hígido o entendimento hermenêutico dado pelo

³⁶ BRASIL, 2018, p. 47.

³⁷ BRASIL, 2018, p. 48.

³⁸ BRASIL, 2018, p. 51-52

³⁹ *Ibid.*, p. 48.

legislador, restringindo-se as hipóteses de cabimento do Recurso de Agravo de Instrumento.

A tese fixada foi: “O rol do art. 1.015 do CPC é de taxatividade mitigada, por isso admite a interposição de Agravo de Instrumento quando verificada a urgência decorrente da inutilidade do julgamento da questão no Recurso de Apelação.”⁴⁰

Desta feita, para a interposição da pretendida impugnação, seria necessário que o requisito urgência – decorrente da inutilidade futura do julgamento do recurso diferido da Apelação – estivesse presente, independentemente da interpretação extensiva ou analógica dos incisos do art. 1.015 do CPC⁴¹.

Assim, a única hipótese encontrada foi a de que o rol possuiria “uma singular espécie de taxatividade mitigada por uma cláusula adicional de cabimento, sem a qual haveria desrespeito às normas fundamentais do próprio CPC e grave prejuízo às partes ou ao próprio processo.”⁴²

Esta cláusula adicional seria a “urgência decorrente da inutilidade futura do julgamento diferido da Apelação”. E para completar a análise, o Tribunal ainda concluiu que “evidentemente não haverá que se falar em preclusão”⁴³.

Neste ponto, preclusão, entendeu que a única hipótese de sua incidência será quando a parte interpuser o Agravo de Instrumento e o tribunal o conhecer, julgando o seu mérito, momento em que a questão estará acobertada pela preclusão consumativa⁴⁴.

Destarte, concluiu aquela Corte Superior que não se trata simplesmente de interpretação extensiva ou analógica das hipóteses legais de cabimento do Recurso de Agravo de

⁴⁰ Ibid., p. 58.

⁴¹ Ibid., p. 48.

⁴² Ibid., p. 48-49.

⁴³ Ibid., p. 52.

⁴⁴ Ibid., p. 52-53.

Instrumento, mas sim de “taxatividade mitigada por cláusula adicional de cabimento”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A intenção do legislador pátrio foi, sem dúvidas, limitar os meios de impugnação das decisões interlocutórias no processo civil pelos jurisdicionados.

Entendeu-se, em um primeiro momento, serem as hipóteses legais contidas no art. 1.015 do código, um rol taxativo e imutável a não ser pela sobreposição de reforma legislativa.

Ocorre que, como se pode inferir do estudo, a operacionalização deve se dar na forma de sistema, integrando-se o rol às normas contidas no próprio código e também às contidas na Constituição Federal, além de, obrigatoriamente manter a lógica do interesse recursal (utilidade/necessidade).

Acreditava-se existir apenas 3 (três) hipóteses à solucionar a questão, no entanto, o Superior Tribunal de Justiça inovou, aperfeiçoando a prestação jurisdicional e concluindo ser hipótese de “taxatividade mitigada” sem interpretação extensiva das hipóteses legais, devendo a parte, desta forma, comprovar que é hipótese de urgência decorrente da inutilidade futura do julgamento diferido da Apelação para ter conhecido e provido o seu Recurso de Agravo de Instrumento fora das hipóteses do rol do art. 1.015 do CPC.

A solução apresentada está longe de estar pacificada na doutrina, pois, como visto, a simplicidade com que o STJ tratou o instituto da preclusão pode acarretar decisões contraditórias nas diversas instâncias do Poder Judiciário.

Com efeito, entendemos que houve diversas evoluções positivas no sistema processual. No entanto, a falta de amadurecimento dos principais institutos recursais por parte do Poder Legislativo ocasionará, provavelmente, nova reforma ao novíssimo código de processo civil.

REFERÊNCIAS

BONDIOLI, Luis Guilherme Adair. **Comentários ao Código de Processo Civil**: dos Recursos. Saraiva, 2016.

BRASIL. **Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de processo civil**, Brasília, DF, mar 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASIL. **Lei Federal nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o código de processo civil**, Brasília, DF, jan 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869i.mpresao.htm. Acesso em: 08 abr. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso especial nº 1.704.520 - MT**. Relator: Min. Nancy Andrighi, DF, 05 de dez. de 2018. Publicado no Diário da Justiça Eletrônico de 19 de dez. de 2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1731786&num_registro=201702719246&data=20181219&formato=PDF. Acessado em 13 de abr. de 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 5ª ed. Vol. 5. São Paulo: Saraiva, 2014.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro** [livro eletrônico]. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; DIDIER JR, Fredie. **Agravo de Instrumento contra decisão que versa sobre competência e a decisão que nega eficácia a negócio jurídico processual na fase de conhecimento**: uma interpretação sobre o Agravo de Instrumento previsto no CPC- 2015. Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco, n. 8, p. 177-186, 2015.

Disponível em: <https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/131/124> Acesso em: 13 abr. 2019

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal.** 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LEMOS, Vinicius Silva. A regra da não preclusão imediata do art. 1.009, §1º e a conjunção com o art. 278: protesto antipreclusivo no CPC/2015? **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP.** Rio de Janeiro. Ano 12. Volume 19. Número 1. jan. a abr. de 2018. ISSN 1982-7636. pp. 267-294. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/download/29312/23730> Acesso em 14 de abr. de 2019.

ROCHA, G. D. da. **A recorribilidade das decisões interlocutórias no novo código de processo civil.** [s. l.], 2018. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/174554>. Acesso em: 7 abr. 2019.

ROQUE, Andre Vasconcelos, *et al.* **Hipóteses de agravo de instrumento no novo CPC: os efeitos colaterais da interpretação extensiva,** 2016. Disponível em: https://jota.info/colunas/novo-cpc/hipotesesde-agravo-de-instrumento-no-novo-cpc-os-efeitos-colaterais-da-interpretacao-extensiva-04042016#_ftn6. Acesso em: 13 abr. 2019.

RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL FUTURO: UMA ALTERNATIVA DE CONTROLE DAS CONSEQUÊNCIAS DOS DANOS AMBIENTAIS QUE ESTÃO POR VIR

Gilse Pickler Bratti¹

RESUMO

O presente artigo versa sobre a possibilidade, com base no ordenamento jurídico brasileiro, de responsabilização civil por danos ambientais futuros, ou seja, em casos em que não haja um dano concreto atual e tão somente uma probabilidade de dano, como uma forma de gestão dos riscos ambientais e com o intuito de minimizar riscos desconhecidos e incertos, a fim de garantir às futuras gerações um meio ambiente sadio e equilibrado conforme prevê a Carta Magna.

Percebe-se que o ordenamento jurídico brasileiro tem se mostrado em consonância com os novos desafios produzidos pela Sociedade de Risco, em especial, no tocante a possibilidade de responsabilização civil sem a ocorrência de um dano ambiental, fundamentado no princípio básico do direito ambiental que é o princípio da precaução.

1. INTRODUÇÃO

Dada a importância da preservação do meio ambiente, a Carta Magna de 1988 foi a primeira Constituição Brasileira a dispor sobre o meio ambiente em um capítulo específico. Além disso, a Constituição Federal eleva o meio ambiente como um

¹ Servidora pública do Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Especialista em direito processual penal. Professora assistente das disciplinas de direito penal I e direito processual penal II na FUCAP Univinte. E-mail: gilse_bratti@hotmail.com.br.

direito fundamental no momento em que dispõe que é necessária sua preservação para a presente e futuras gerações.

Em virtude do crescimento desenfreado das cidades e a busca inconsequente pelo lucro, a sociedade vem vivenciando graves danos ambientais, muitas vezes invisíveis e imperceptíveis ao homem. Em razão disso, torna-se necessário que o Direito, como ciência, encontre soluções de gestão para tais riscos e, nesse viés, uma das alternativas é a responsabilização civil.

Dessa forma, propõe-se com o presente artigo averiguar se o ordenamento jurídico brasileiro possibilita a responsabilidade civil por dano ambiental futuro como forma de gestão dos riscos ambientais e com o intuito de antever e minimizar os riscos desconhecidos e incertos.

A importância do presente tema se justifica na necessidade de encontrar soluções que antecipem o risco de dano ao meio ambiente, a fim de garantir a sua preservação para as futuras gerações, fazendo-se cumprir o que dispõe a Carta Magna.

2. O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal de 1988 tutelou o meio ambiente reconhecendo-o como um direito fundamental, com o objetivo de que as gerações presentes e futuras possam usufruir de um ambiente equilibrado que promova a vida digna. A Carta Magna considera o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental, na medida em que ele se torna imprescindível para a promoção da dignidade da pessoa humana.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, na Declaração de Estocolmo de 1972, consignou que o homem tem direito fundamental a “adequadas condições de vida em um meio ambiente de qualidade” (Princípio I). Ainda, na

Declaração do Rio de Janeiro, em 1992, afirmou-se que os seres humanos “têm direito a uma vida saudável” (Princípio I). Em virtude dessa ótica, da preocupação não só com a vida, mas com a qualidade de vida, é que muitas Constituições de diversos países passaram a dispor sobre o direito a um ambiente sadio e equilibrado.

Diferentemente da Carta Magna Brasileira e com um viés biocentrista, a Constituição do Equador, aprovada mediante referendo popular, com sua entrada em vigor em 2008, elevou a natureza como sujeito de direitos, reconhecendo à “Pacha Mama” (termo indígena que significa Mãe Terra), a titularidade de direitos. Esse é o teor do disposto no art. 71, ao afirmar que “a natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.” (Tradução livre).

No mesmo sentido, a Constituição da Bolívia, promulgada em 2009, faz referência às garantias dos seres humanos ou não humanos. Além disso, em 2010 foi publicada a Lei Madre Tierra que adota a teoria da ecologia profunda que tem como objetivo “reconhecer os direitos da mãe terra, assim como as obrigações e deveres do estado plurinacional e da sociedade para garantir o respeito dos seus direitos”. Prevê ainda, a existência de um Tribunal Agroambiental, além da estipulação do direito ao meio ambiente sadio e equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Assim, percebe-se que a legislação brasileira ainda adota um posicionamento antropocêntrico, pondo apenas o homem como sujeito de direitos, sendo o meio ambiente um dos meios de garantia da vida digna, motivo pelo qual se reconhece a tese de que o direito a um meio ambiente sadio é uma extensão do direito à vida, conforme explica Édis Milaré²:

² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1065.

O meio ambiente, por conta mesmo do progressivo quadro de degradação a que se assiste em todo o mundo, ascendeu ao posto de valor supremo das sociedades contemporâneas, passando a compor o quadro de direitos fundamentais ditos de terceira geração incorporados nos textos constitucionais dos Estados Democráticos de Direito.

Por outro lado, além de um direito, o meio ambiente também se constitui num dever fundamental, tendo em vista que o próprio artigo 225 da CF impõe expressamente, não só ao poder público, mas a todos, o dever de preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O Poder Público assume um importante papel na busca pela preservação do meio ambiente com a função de legislar, executar, julgar, defender, enfim, praticar todos os atos para atingir os objetivos sociais de proteção ao meio ambiente.

Também cabe aos cidadãos a tutela do meio ambiente por meio dos instrumentos colocados à sua disposição pela Constituição Federal e pela legislação infraconstitucional. Um dos principais marcos da proteção ambiental surgiu com a edição da Lei n. 7.347/85 que disciplinou a ação civil pública, possibilitando que a agressão ao meio ambiente pudesse ser objeto de um processo judicial.

3. A POSSIBILIDADE DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANO AMBIENTAL FUTURO – TEORIA DO RISCO ABSTRATO

A responsabilidade civil ambiental é regulada pelos meios e normas de responsabilidade civil como qualquer outro caso em que ocorra dano, porém, nesta esfera, há dificuldade em caracterizar a culpa ou localizar o autor do dano, assim, de acordo com a Política Nacional do Meio Ambiente adota-se a responsabilidade do tipo objetiva (artigo 14, §1º), independentemente, portanto, de culpa do agente, basta a ocorrência do fato e o nexo causal para que haja responsabilidade na esfera civil. Além

disso, a responsabilidade civil é integral e solidária (artigo 3º, inciso IV, da Lei nº 6.938/81).

No ramo do direito ambiental é compreendida como a obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente, sendo as principais medidas utilizadas a ação civil pública, a ação popular, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção.

Ocorrendo qualquer lesão ao meio ambiente, evidente a necessidade de responsabilização do seu agente causador e, um dos elementos essenciais da responsabilidade civil ambiental é o nexo de causalidade que compreende a ligação entre o dano e ação que o provocou. Portanto, a fim de que se possa responsabilizar o agente, é necessário que se prove que o dano causal decorreu da conduta do agente. Para Ari Alves Filho³:

Não existe a responsabilidade sem o elo entre o fato danoso e o prejuízo causado a terceiros, mesmo em se tratando de responsabilidade objetiva, onde prevalece a teoria do risco integral; portanto, o nexo causal é fundamental para que se

Vê-se que a responsabilidade hoje em dia funda-se na ocorrência de um dano concreto, que decorre de uma lesão aos recursos ambientais, com conseqüente degradação e alteração do equilíbrio ecológico. Não obstante, no domínio do direito ambiental a prevenção e a precaução faz muito mais sentido do que a reparação do dano já causado que, muitas vezes é impossível retornar ao seu *status quo*, sendo a ótica do direito ambiental a utilização de remédios ressarcitório. Assim, os legitimados para ajuizamento de ação não estão obrigados a aguardar a consumação do dano ambiental para agir, basta

³ OLIVEIRA FILHO, Ari Alves de. **Responsabilidade civil em face dos danos ambientais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p 116.

utilizarem-se de remédios processuais para coibir práticas que apresentem mera potencialidade dano⁴.

Com a evolução da sociedade industrial e o surgimento de riscos de nova dimensão, surgiu, na segunda metade do século XIX, a Teoria do Risco Concreto, que consiste na responsabilidade civil sem culpa, ou seja, objetiva, bastando a comprovação da conduta, do dano e do nexo causal. Não obstante, exige-se a ocorrência concreta do dano.

Com a produção de riscos globais, invisíveis e de consequências ambientais, a sociedade evoluiu para uma sociedade de risco, surgindo uma nova noção do risco, voltado para a previsão e controle das consequências futuras da ação humana. A partir disso nasce a Teoria do Risco Abstrato, consistente na responsabilidade civil sem um dano concretizado, com a finalidade e a função sistêmica de permitir a tomada de decisão antes da concretização dos danos.

A teoria da sociedade de risco foi inicialmente fundamentada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck com a publicação da obra “La sociedade del riesgo”, em meados da década de 80. Segundo Beck⁵, a sociedade de risco designa uma fase no desenvolvimento da sociedade moderna, em que os riscos sociais, políticos, econômicos e individuais tendem cada vez mais a escapar das instituições para o controle e a proteção da sociedade industrial.

Em virtude do surgimento de novos riscos, mais complexos e abstratos, não apenas é necessária a utilização da responsabilidade civil como instrumento de reparação de danos (Teoria do Risco Concreto), mas também como elemento jurídico de gestão de riscos ecológicos (Teoria do Risco Abstrato), com incidência anterior à ocorrência e efetivação dos danos ambientais, impondo o cumprimento de medidas

⁴ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina – prática – jurisprudência – glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 898.

⁵ BECK, Ulrich. **La sociedade del riesgo global**. Madrid: Siglo Vientiuno, 2002.

preventivas ao agente, seja por obrigações de fazer, seja por obrigação de não fazer.

A partir desse viés é possível se pensar na responsabilidade por dano futuro, ou seja, ter um controle dos danos ambientais que estão por vir, aplicando-se os princípios da prevenção e precaução. Édis Milaré⁶ exemplifica a aplicação dos referidos princípios na hipótese da possibilidade de um dano ambiental ainda não concretizado:

Assim, por exemplo, os legitimados para o ajuizamento de ação civil pública não estão obrigado a aguardar a consumação do dano ambiental para agir, ao contrário, o remédio processual pode e deve ser usado para coibir práticas que apresentam mera potencialidade de dano, obrigando os responsáveis por essas atividades ajustarem-se às normas técnicas aplicáveis, de modo a mitigar o risco a elas inerentes. Do mesmo modo, quando houver descumprimento das regras jurídicas tutelares do patrimônio ambiental, os órgãos do SISNAMA podem aplicar sanções administrativas independentemente da ocorrência efetiva de lesão, uma vez que, por óbvio, a inobservância de tais normas eleva significativamente o risco envolvido no desenvolvimento da atividade.

Vive-se hoje em um contexto de incertezas científicas e de ausência de conhecimento da totalidade dos riscos, o que faz com que seja obrigatoriamente aplicado o Princípio da Precaução como meio de punição aos comportamentos imprudentes. Porém, como visto anteriormente, a responsabilidade ambiental funda-se na teoria da responsabilidade objetiva, em que é necessário demonstrar a relação de causalidade entre o dano, esse concreto e atual, e a conduta do agente. Assim, indaga-se se o ordenamento jurídico brasileiro admite a responsabilização do agente por um potencial risco de dano.

⁶ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: doutrina – prática – jurisprudência – glossário. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 898.

O risco mereceu uma atenção especial da Constituição da República, que fixou em seu artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, previsão esta que fundamenta as tutelas de emergência muito utilizadas no âmbito ambiental.

Além disso, a Carta Magna protegeu o mero risco de dano ao defender o meio ambiente para as futuras gerações, exigir estudos prévios de impacto ambiental, controlar a produção e comercialização de substâncias que comportem riscos para o meio ambiente e vedar práticas que coloquem em risco a fauna e a flora⁷.

O artigo 927 do Código Civil admite que a responsabilidade possa ser imposta em função do risco da atividade. As tutelas jurisdicionais preventivas também mereceram atenção quando da edição da Lei de Ação Civil Pública⁸ e do Código de Defesa do Consumidor⁹, ambos considerados fontes normativas-processuais do plano coletivo, bem como no Código de Processo Civil (art. 536), prevendo a tutela preventiva individual.

Percebe-se, assim, que o risco ambiental está plasmado em diversas passagens do texto constitucional, podendo ser caracterizado como uma fonte autônoma da responsabilidade civil, plenamente aplicável no âmbito ambiental. Mais do que ressarcir um dano já causado ou reparar o, muitas vezes, irreparável, deve-se dar origem a deveres prévios que evitem ocorrer a lesão ambiental. Portanto, a existência de uma probabilidade relevante de concretização de um dano ambiental

⁷ BAHIA, Carolina Medeiros. Noção jurídica de risco ao meio ambiente e sua proteção no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental. *Revista de Direito Ambiental*. Ano 19. Vol. 73 – jan-mar/2014.

⁸ Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

⁹ Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

deve ensejar a imposição de sanções civis àqueles que ameaçam o meio ambiente e, para a aferição da intolerabilidade do risco ambiental, Carvalho¹⁰ propõe como critério de avaliação: a alta probabilidade de sua concretização futura em dano; e a sua magnitude, considerando a gravidade e o grau de reversibilidade.

Não se pode viver tão vulnerável aos riscos e às incertezas que cercam a humanidade cada vez com maior intensidade, motivo pelo qual o Direito, como ciência, precisa abrir espaço para discussões e pensamentos que ampliam a proteção aos bens necessários à manutenção da vida, como no presente caso, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, por meio da criação de instrumentos jurídicos que gerenciem de modo preventivo o risco, baseado nos princípios da precaução e da prevenção.

Conforme referido anteriormente, o instituto da responsabilidade civil tem evoluído conforme o avanço da sociedade, inicialmente com a superação da culpa, e depois a possibilidade de reconhecimento de responsabilidade por danos extrapatrimoniais, da mesma maneira que atualmente, em razão das novas situações sociais, evidencia-se a necessidade de superação do requisito dano, caminhando-se para uma relação de risco, desvinculando-se o dano como pressuposto configurador do ilícito sujeito à sanção civil.

Em razão da existência do dever preventivo, disposto no artigo 225 da Constituição Federal, o dano ambiental futuro é verdadeira fonte de obrigação civil que pode embasar não somente a mera tutela de indenização/reparação, como também ensejar medidas preventivas por meio de imposição judicial, de caráter inibitório ou mandamental.

Assim, vê-se que o ordenamento jurídico brasileiro tem se mostrado em consonância com os novos desafios produzidos

¹⁰ CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro**: a responsabilização civil pelo risco ambiental. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 154.

pela Sociedade de Risco, em especial, no tocante a possibilidade de responsabilização civil sem a ocorrência de um dano ambiental, fundamentado no princípio básico do direito ambiental que é o princípio da precaução.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerado um direito fundamental previsto na Constituição Federal, o meio ambiente assume importante papel na qualidade de vida humana, devendo ser preservado também para que as futuras gerações possam usufruir de um meio ambiente sadio e equilibrado. Como visto, no Brasil ainda se adota uma visão antropocêntrica, na medida em que considera a natureza um meio para a promoção da vida digna, diferentemente de países como a Bolívia e Equador que consideram a natureza um sujeito de direitos, adotando uma visão biocêntrica.

Em razão desta fundamentalidade do direito ambiental é que a responsabilidade civil assume um papel importante na busca pela sua preservação, impondo sanções àqueles causadores de dano ambiental. A responsabilidade civil pelo dano ambiental exige a ocorrência concreta do dano para a imputação objetiva, sendo necessário demonstrar o elo entre conduta e nexa causal. Registra-se que a evolução da sociedade, ao longo dos séculos, serviu como motivo determinante para a ampliação do conceito de responsabilidade civil, adaptando-se o direito às necessidades econômicas e sociais.

Assim, ante as novas peculiaridades que envolvem os riscos descobertos com a evolução da sociedade, surge a necessidade de uma nova evolução do instituto da responsabilidade civil, adotando-se a Teoria do Risco Abstrato para a verificação, avaliação e gestão dos riscos antes mesmo que aconteçam.

A Constituição Federal apresenta previsão normativa de tutela das futuras gerações. Além disso, o ordenamento jurídico apresenta condições para a caracterização da ilicitude sem a necessidade da concretização do dano que, aliados aos princípios da prevenção e da precaução, se tornam grandes fundamentos para a responsabilização do agente que expôs o meio ambiente a um risco.

Portanto, para a ampla proteção dos direitos ambientais e com o intuito de assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações, é preciso que a responsabilidade civil baseada na Teoria do Risco Abstrato seja vista pelos julgadores brasileiros como um meio de gestão dos riscos ecológicos e precaução dos danos que estão por vir, já que, como visto, admitida no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Carolina Medeiros. Noção jurídica de risco ao meio ambiente e sua proteção no sistema brasileiro de responsabilidade civil ambiental. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 19. Vol. 73 – jan-mar/2014.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo Vientiuno, 2002.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 6.9.2019.

BRASIL. Lei Federal n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o código civil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.html. Acesso em: 5.9.2019.

BRASIL. Lei Federal nº 6.938 de 31 de agosto de 1931. **Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.** Brasília, DF: Senado Federal, 1931. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 6.9.2019.

BRASIL. Lei Federal n. 13.105 de 16 de março de 2015. **Código de processo civil.** Brasília, DF: Senado Federal, 2015. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 6.9.2019.

BRASIL. Lei Federal n. 7.347 de 24 de julho de 1985. **Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.** Brasília, DF: Senado Federal, 1985. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7347orig.htm. Acesso em 6.9.2019.

BRASIL. Lei Federal n. 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.** Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em 6.9.2019.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2007.

CANOTILHO. José Joaquim Gomes. **Proteção do ambiente e direito de propriedade** (Crítica de Jurisprudência Ambiental). Coimbra: Coimbra, 1995.

CARVALHO, Délton Winter de. **Dano ambiental futuro: a responsabilização civil pelo risco ambiental**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 12. ed. rev., atual e ampl. — São Paulo: Saraiva, 2011.

FIORILLO. O bem ambiental criado pela Constituição Federal de 1988 como terceiro gênero de bem e a contribuição dada pela doutrina italiana em face da análise dos Direitos Metaindividuais. São Paulo: **Revista Brasileira de Direito Ambiental**, Fiuza, 2007.

LEITE, Rubens Morato; VENÂNCIO, Marina Demaria. O dano moral ambiental na perspectiva da jurisprudência do STJ: uma nova hermenêutica ambiental na sociedade de risco. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 19. Vol. 75 – jul-set/2014.

LEITE, José Rubens Morato; AYLA, Patryck de Araújo; SILVEIRA, Paula Galbiatti. Estado de direito ambiental e sensibilidade ecológica: os novos desafios à proteção da natureza em um direito ambiental de segunda geração. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato. **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas; uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina – prática – jurisprudência – glossário**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ROCHA, Thalyson Inácio de Araújo. Responsabilidade civil ambiental: críticas à aplicação da teoria do risco integral. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 19. Vol 74 – abril-jun/2014.

RODRIGUES, Eveline de Magalhães Werner. Direito ao Bem Viver: Contribuições para uma concepção integradora de direito ao meio ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. Ano 19. Vol. 73 – jan-mar/2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SIRVINKSAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SIRVINKSAS, Luís Paulo. **Tutela constitucional do meio ambiente**: interpretação e aplicação das normas constitucionais ambientais no âmbito dos direitos e garantias fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

OLIVEIRA FILHO, Ari Alves de. **Responsabilidade civil em face dos danos ambientais**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

A REFORMA TRABALHISTA OPERADA PELA LEI 13.467/2017 - UM BREVE RELATO SOBRE A REFORMA TRABALHISTA.

Juliana Carara Soares Ramos¹

RESUMO

O presente artigo tem como objeto tratar de algumas novidades advindas com a reforma trabalhista operada pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017.

Esta Lei altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

A CLT - Consolidação das Leis do Trabalho - é de 1943 e estava realmente precisando ser atualizada para acompanhar as mudanças nas relações de trabalho, nas relações de emprego, bem como nas relações econômicas e sociais.

Quando foi promulgada a Constituição Federal em 1988 alguns artigos da Consolidação das Leis do Trabalho perderam a eficácia e vigência uma vez que não foram recepcionados pela nova ordem constitucional.

Desde 1943 a legislação trabalhista sofreu inúmeras alterações pontuais, mas em 2017 com o intuito de tornar a CLT atual, foi sancionada pelo, então, Presidente da República, Michel Temer, a Reforma Trabalhista advinda da Lei 13.467/2017, a qual representa um avanço para a modernização das relações de trabalho.

¹ Especialista em direito do trabalho pela Amatra XII/UNIVALI. Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina. Professora assistente da disciplina de direito do trabalho II na FUCAP Univinte. E-mail:julianacararasoes@hotmail.com.

Com a reforma trabalhista, dos 922 artigos da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, foram alterados 54, inseridos 43 novos artigos e revogados 9 (nove), totalizando 106 novas regras para estudar.

Este artigo visa apresentar as principais mudanças advindas com a reforma trabalhista operada pela Lei 13.467/2017 e não tem o intuito de esgotar a análise deste tema.

1. INTRODUÇÃO

Primeiramente, importante relembrar que o Direito é uma ciência que visa a Justiça, por intermédio da pacificação social. A divisão do Direito em ramos como o Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito Constitucional entre outros ocorre, apenas, para facilitar a didática do estudo e da pesquisa.

Como parte de um todo, o direito do trabalho é o conjunto de normas que regulam as relações de trabalho entre empregado e empregador, com o intuito de assegurar melhores condições de trabalho. Sendo que as regras atinentes à relação de emprego estão previstas na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, na Constituição Federal - CF e em normas especiais.

Sérgio Pinto Martins conceitua Direito de Trabalho de forma mais ampla:

“Direito do Trabalho é o conjunto de princípios, regras e instituições atinentes à relação de trabalho subordinado e situações análogas visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas.

O uso da palavra conjunto quer dizer que o Direito do Trabalho é composto de várias partes organizadas, formando um sistema.

Tem o direito do Trabalho princípios próprios, diferentes dos previstos para o Direito Civil, que informam a matéria e orientam o legislador, justificando, também, sua autonomia.

Possui o Direito do Trabalho várias regras que versam sobre a matéria. A principal delas, que reúne vários temas, é a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)”²

O objetivo do Direito do Trabalho é explicitado pelo Professor Sérgio Pinto Martins:

“Objetiva o Direito do Trabalho assegurar melhores condições de trabalho, porém não só essas condições, mas também condições sociais ao trabalhador, garantido que o trabalhador possa prestar seus serviços num ambiente salubre, podendo, por meio de seu salário, ter uma vida digna para que possa desempenhar o seu papel na sociedade. O Direito do Trabalho pretende corrigir as deficiências encontradas no âmbito da empresa, não só no que diz respeito às condições de trabalho, mas também no sentido de assegurar uma remuneração condigna para que o operário possa suprir as necessidades de sua família na sociedade.

A legislação é que vai melhorar as condições de trabalho do trabalhador, protegendo-o, limitando, por exemplo, a jornada de trabalho, assegurando férias ao trabalhador depois de certo tempo, determinando intervalos nas jornadas de trabalho, estabelecendo o menor salário que o empregado pode receber etc.”³

A matéria possui natureza jurídica de direito privado, em que as partes são livres para pactuar o que desejarem, desde que respeitadas às normas de proteção mínima ao trabalhador.

Neste sentido, aduz Sérgio Pinto Martins:

“Penso que o Direito do Trabalho pertence ao ramo de Direito Privado. Não nego a existência de normas de Direito público e provado no âmbito do Direito do Trabalho, mas estas não chegam a se constituir num *tertium genus*, nem há a criação de um Direito Unitário ou misto. Há, sim, uma preponderância de regras de Direito Privado, como se verifica no contrato de

² MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 38.

³ MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 39.

trabalho, ante as regras de Direito público, o que também se observa no Direito Civil, que nem por isso deixam de ser parte do ramo do Direito Provado. As regras de direito coletivo do trabalho, que tratam das convenções e dos acordos coletivos, tem natureza provada e não pública”⁴.

Importante frisar que, a relação de trabalho é gênero da qual a relação de emprego é espécie. Feitas estas observações vamos falar sobre a reforma da legislação ocorrida no ano de 2017.

2. A REFORMA TRABALHISTA

Carlos Henrique Bezerra Leite não visualiza a reforma trabalhista de forma positiva, senão vejamos o que o ilustre autor afirma:

“A chamada reforma Trabalhista foi iniciada em 22.12.2016 com o envio do Projeto de Lei encaminhado pelo Presidente da República Michel Temer à Câmara dos Deputados, recebendo o número PL 6.787/2016, a qual alterava apenas as redações ou inseria disposições concernentes aos seguintes artigos da CLT: 47, 47-A, 58-A, 523-A, 611-A, 634 e 775. Ou seja, o referido PL 6.787 tratava tão somente de 7 (sete) artigos que alterariam a CLT, com ênfase para a introdução do art. 611 – A, que institui a supremacia das normas oriundas de negociação coletiva sobre as leis editadas pelo Estado. O Presidente da República discursou no dia 22.12.2016, alegando que estava encaminhando um projeto de lei, oriundo da ampla discussão do Ministro do Trabalho com os representantes dos empregadores e dos trabalhadores.

Estranhamente, porém, o referido PL foi substancial e antidemocraticamente ampliado pelo Substitutivo apresentado pelo relator, Deputado Rogério Marinho (PSDB-PE), que acrescentou e/ou modificou 97 (noventa e sete) artigos da CLT, 3 (três) artigos da Lei 6.019/74, 1 (um) artigo da Lei 8.036/90, 1 (um) artigo da Lei 8.213/91 e 1 (um) artigo da MP 2.226/2001.

⁴ MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 47.

Essa proposta legislativa de reforma não se limita apenas a alterar o texto da CLT. Na verdade, sob o argumento da necessidade da “modernização” das relações trabalhistas, ela instituiu três princípios de proteção ao Capital (liberdade, segurança jurídica e simplificação), invertendo os valores, os princípios e as regras de proteção ao trabalhador consagrados em diversas normas internacionais e constitucionais”.⁵

Dentre as principais novidades destaca-se a regulamentação do teletrabalho, as novas regras de flexibilização da jornada do trabalho, nova definição de salário, a prevalência do negociado sobre o legislado, o fim da ultratividade dos instrumentos coletivos, possibilidades mais flexíveis de terceirizar atividades determinadas e específicas, entre outros.

O art. 75-A da CLT passa a considerar como teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo.

Antes mesmo desta inovação legal, já existiam empregados trabalhando em casa, mas com a reforma trabalhista esta inovação restou disciplinada em lei. Este tipo de trabalho favorece a produtividade do empregado que não precisa perder tempo com o trânsito, cada vez mais lento nas grandes cidades, podendo gerar qualidade de vida e maior contato com a família do empregado, principalmente se possui filhos pequenos.

Vejamos como ficou disposto o teletrabalho na Consolidação das Leis do Trabalho:

“Art. 75-A. A prestação de serviços pelo empregado em regime de teletrabalho observará o disposto neste Capítulo.

⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 36-37.

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

Parágrafo único. O comparecimento às dependências do empregador para a realização de atividades específicas que exijam a presença do empregado no estabelecimento não descaracteriza o regime de teletrabalho.

Art. 75-C. A prestação de serviços na modalidade de teletrabalho deverá constar expressamente do contrato individual de trabalho, que especificará as atividades que serão realizadas pelo empregado.

§ 1o Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.

§ 2o Poderá ser realizada a alteração do regime de teletrabalho para o presencial por determinação do empregador, garantido prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual.

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Parágrafo único. As utilidades mencionadas no caput deste artigo não integram a remuneração do empregado.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador⁶

Eduardo Carrion comenta sobre esta inovação da CLT –
Consolidação das Leis do Trabalho:

1 Teletrabalho. É uma forma de trabalho, subordinado, exercida à distância, utilizando ferramentas telecomunicacionais,

⁶ BRASIL. **Consolidação das leis trabalhistas.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em 10 de set. 2019.

mecanismos digitais (*softwares*), eletrônicos (computadores) e de comunicação (telefone, videoconferência, *e-mails*, mensagem de texto, sms, torpedos, sites de relacionamentos, *blogs*), existindo um compromisso entre empregador e empregado. O trabalho será exercido, na maior parte do tempo, fora das dependências do empregador. A lei não delimita sua jornada, se este fica obrigado ou não a acessar os meios digitais em horários definidos ou não, se poderá trabalhar com jornada flexível ou não. Mas permite que o empregado execute de qualquer lugar ser “trabalho”, podendo até ser obrigado a trabalhar na própria empresa. E, desta forma, não existe como mensurar o tempo gasto no trabalho.

2 Trabalho externo. O trabalho executado longe da supervisão do empregador.

3 Comparecimento às dependências do empregador. Mesmo que o empregado tenha que executar certas tarefas ou parte das mesmas na empresa, não descaracteriza o contrato de teletrabalho (meios digitais)

4 Deverá constar expressamente do contrato individual. Por ser um contrato de características específicas, o contrato de trabalho tem que estar expresso, como e em que lugar as atividades serão desenvolvidas.

5 A alteração do regime presencial para teletrabalho poderá ser realizada de comum acordo, já a alteração contrária do teletrabalho para o presencial, depende da vontade do empregador, assim a Lei. O empregado tem quinze dias para se adaptar. Nas duas situações é uma alteração contratual. Na primeira o empregado deixa de ir ao trabalho para trabalhar em casa, uma situação que muda a rotina e tem que criar um ambiente para o trabalho. Na segunda, optou por trabalhar em casa para ter mais contato com a família, não perder tempo em deslocamentos, trabalhar em horários alternativos. A Lei, não permitindo a negativa do empregado, fere seu direito.

6. A responsabilidade sobre a aquisição, manutenção e despesas sobre os equipamentos e serviços necessários para o trabalho remoto será prevista em contrato escrito. Valores estes que não integram a remuneração do empregado, são ferramentas de trabalho”⁷

⁷ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis trabalhistas**: legislação complementar, jurisprudência/ Valentin Carrion; atualizada por Eduardo Carrion. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.166.

O art. 59, §6º da CLT prevê a licitude da compensação da jornada estabelecida por acordo individual tácito ou escrito, desde que a compensação ocorra no mesmo mês.

Observa-se que houve flexibilização da jornada de trabalho dos obreiros, podendo trazer benefícios às duas partes da relação empregatícia, pois o empregado por sair mais cedo em alguns dias por motivo pessoal, podendo compensar as horas faltantes. Bem como o patrão, poderá exigir que seus empregados permaneçam mais tempo na empresa, nos dias de maior demanda, compensando com outro dia de menos movimento, desde que esteja acordado entre as partes.

No entanto, Eduardo Carrion, nos Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas, entende que a inovação prevista no §6º do art. 59 da CLT é inconstitucional porque permite que o acordo de compensação de jornada seja feito de forma individual, quando o art. 7º, XIII da Constituição Federal prevê a compensação da jornada de trabalho mediante acordo ou convenção coletiva⁸.

Outra importante alteração trazida pela reforma trabalhista, é que a prestação de horas habituais não mais descaracteriza o acordo de compensação de jornada, nos termos do parágrafo único do art. 59-B, parágrafo único da CLT, ou seja, mesmo que os empregados trabalhem habitualmente em horas extras, podem fazer parte da compensação mensal.

O art. 457 da CLT conceitua o salário como a contraprestação devida ao empregado pela prestação de serviços, em decorrência do contrato de trabalho, inclusive as gorjetas que receber.

Já a remuneração é a soma do salário contratualmente estipulado com outras vantagens percebidas na vigência do contrato de trabalho como horas extras, adicional noturno,

⁸ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis trabalhistas**: legislação complementar, jurisprudência/ Valentin Cariron; atualizada por Eduardo Carrion. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 138.

adicional de periculosidade, insalubridade, comissões, percentagens, gratificações, diárias para viagem entre outros.

Assim, pode-se afirmar que a remuneração é o gênero e salário a espécie desse gênero. As verbas consideradas como remuneração e que fazem parte da base de cálculo do 13º salário, férias, rescisões entre outras são: horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade, descanso semanal remunerado, comissões, gratificação, quebra de caixa e gorjetas.

Segundo Eduardo Carrion, a reforma trabalhista não alterou o conceito de salário (*caput* do art. 457 da CLT), mas sim o §2º do referido artigo ao prever que a partir de 11/11/2017, ainda que habituais, não integram a remuneração do empregado os abonos, prêmios (assiduidade, triênio), ajuda de custos (qualquer valor), abonos habituais (aluguel de casa, carro, escola de filhos...), diárias para viagem, ainda que excedam 50% do salário recebido pelo empregado⁹

Outra inovação advinda com a reforma trabalhista foi o art. 611-A da CLT, o qual prevê a prevalência do negociado sobre o legislado, ou seja, o referido artigo possibilita que a convenção coletiva de trabalho e o acordo coletivo do trabalho tem prevalência sobre a lei, senão vejamos:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - banco de horas anual;
- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015

⁹ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis trabalhistas**: legislação complementar, jurisprudência/ Valentin Cariron; atualizada por Eduardo Carrion. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 359-363

V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI - regulamento empresarial;

VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII - teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X - modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI - troca do dia de feriado;

XII - enquadramento do grau de insalubridade;

XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3º do art. 8º desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.¹⁰

¹⁰ BRASIL. **Consolidação das leis trabalhistas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm Acesso em 10 de set. 2019.

É claro que os acordos e convenções coletivas não podem reduzir direitos relacionados com a saúde do trabalhador, nem os direitos mínimos dos trabalhadores estabelecidos na Constituição Federal.

Eduardo Carrion alerta, nos Comentários a Consolidação das Leis Trabalhistas, que não é possível à prevalência de acordo sobre legislação vigente, quando ele é menos benéfico do que a própria lei, porquanto o caráter imperativo dessa última restringe o campo de atuação da vontade das partes, nos termos da Orientação Jurisprudencial 31 do Tribunal Superior do Trabalho da Seção de Dissídios Coletivos¹¹.

O §3º do art. 614 da CLT foi alterado com a reforma trabalhista e aduz que não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.

Desta forma, a ultratividade do acordo ou convenção coletiva deixa de ser aplicada por força de lei e, portanto, a rigor, neste momento voltam as regras convencionais a ter validade de 2 (dois) anos não aderindo ao contrato de trabalho.

A ausência de ultratividade deve gerar por parte das empresas e, mesmo dos empregados, estratégias para lidar com a demora na negociação coletiva e a vigência de regras contidas na convenção finda. A negociação coletiva precisa ser vista como instrumento de gerenciamento das relações de emprego e não como ingerência na vida empresarial ou como redução dos direitos.

Como a reforma a trabalhista acabou com a contribuição sindical obrigatória dos empregados e patrões e, como a mesma reforma determina que prevalece o negociado sobre o legislado, entendo que cai por terra as críticas com relação ao enfraquecimento dos sindicatos. Entendo que em momentos de crise os sindicatos terão que se reinventar e passar a negociar

¹¹ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis trabalhistas**: legislação complementar, jurisprudência/ Valentin Carrion; atualizada por Eduardo Carrion. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 521.

mais com as categorias que representam e cobrar por tal negociação para se manterem ativos na defesa dos direitos dos trabalhadores, bem como dos patrões.

Antes da reforma trabalhista, os empregadores eram obrigados a efetuar o desconto na folha dos empregados, no valor de um dia de trabalho, a título de contribuição sindical no mês de março de cada ano (art. 579 da CLT) e agora não mais. Os patrões, também, deveriam contribuir obrigatoriamente para os sindicatos patronais, cujo valor se calculava com base no capital social em janeiro de cada ano (art. 587 da CLT), sendo que hoje não mais.

Outra novidade advinda com a reforma trabalhista e comemorada pelos patrões é de que os §1º e §3º do art. 477 da CLT foram revogados e diante desta revogação desobriga a empresa a fazer homologação da rescisão junto ao sindicato da categoria ou no Ministério do Trabalho para empregado com mais de 1 (um) ano de serviço.

Todavia, devemos ficar atentos aos acordos e convenções coletivos, pois podem prever que as rescisões para empregados com mais de 1 (um) ano de serviço seja feita no sindicato da categoria, o que é perfeitamente possível, uma vez que o art. 611-B da CLT não vedou este tipo de acordo ou convenção coletiva.

Na esfera da terceirização, ocorreu significativa mudança por meio da reforma trabalhista, que passou a regulamentar os direitos dos empregados terceirizados, bem como a responsabilidade da empresa contratante e contratada de serviços terceirizados. Foi permitida, inclusive, a terceirização da atividade fim.

A Lei 13.467/2017 acrescentou os artigos 4ºA, 4ºC, 5ºA, 5ºC, 5º D à Lei 6.019/74, a qual dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas e dá outras providências. Percebe-se que a Reforma Trabalhista, além de alterar a Lei 12.429/2017, ampliou consideravelmente as hipóteses de terceirização.

Carlos Henrique Bezerra Leite conceitua a terceirização no Curso de Direito do Trabalho:

“Terceirização para nós, é um procedimento adotado por uma empresa que, no intuito de reduzir os seus custos aumentar a sua lucratividade e, em consequência, sua competitividade no mercado, contrata outra empresa que, possuindo pessoal próprio, passará a prestar aqueles serviços que seriam realizados normalmente pelos seus empregados”¹².

Segundo Carlos Henrique Bezerra Leite, no Curso de Direito do Trabalho, esses novos dispositivos devem ser interpretados com a ordem constitucional vigente:

“Parece-nos, contudo que esses novos dispositivos devem ser interpretados em sintonia com a ordem constitucional vigente que, como se sabe, tem por princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, estabelecendo como direitos sociais o primado do trabalho, a busca do pleno emprego e a função social da propriedade, além de conferir aos trabalhadores o direito à proteção do emprego, bem como outros direitos que visem à melhoria de sua condição social (art. 1, III e IV, art. 7, I, art. 170, III e VIII e art. 193 da CF). Por tais razões, recomenda-se a máxima cautela quando se está diante da prática empresarial de dispensar empregados e contratar pessoa (física ou jurídica) interposta que irá, com pessoal próprio, prestar os mesmos serviços que normalmente seriam ou poderiam ser realizados pelos primeiros”¹³.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal acaba com a controvérsia sobre a terceirização, pois noticia em seu site, no dia 30 de agosto de 2018, que é lícita a terceirização da atividade fim ao julgar a Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e Recurso Extraordinário (RE) 958252, vejamos:

¹² LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 362.

¹³ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 370.

STF decide que é lícita a terceirização em todas as atividades empresariais

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu nesta quinta-feira (30) que é lícita a terceirização em todas as etapas do processo produtivo, seja meio ou fim. Ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 324 e o Recurso Extraordinário (RE) 958252, com repercussão geral reconhecida, sete ministros votaram a favor da terceirização de atividade-fim e quatro contra.

A tese de repercussão geral aprovada no RE foi a seguinte: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.

Na sessão desta quinta-feira votaram o ministro Celso de Mello e a presidente do STF, ministra Cármen Lúcia. Para o decano, os eventuais abusos cometidos na terceirização devem ser reprimidos pontualmente, “sendo inadmissível a criação de obstáculos genéricos a partir da interpretação inadequada da legislação constitucional e infraconstitucional em vigor, que resulte na obrigatoriedade de empresas estabelecidas assumirem a responsabilidade por todas as atividades que façam parte de sua estrutura empresarial”.

O ministro Celso de Mello apontou que o movimento na Justiça Trabalhista, sobretudo com a proliferação de demandas coletivas para discutir a legalidade da terceirização, implica redução das condições de competitividade das empresas. “O custo da estruturação de sua atividade empresarial aumenta e, por consequência, o preço praticado no mercado de consumo também é majorado, disso resultando prejuízo para sociedade como um todo, inclusive do ponto de vista da qualidade dos produtos e serviços disponibilizados”, ponderou.

O decano citou ainda dados estatísticos que comprovam o aumento de vagas no mercado formal em decorrência do aumento da terceirização em empresas dos mais diversos segmentos econômicos. “O impedimento absoluto da terceirização trará prejuízos ao trabalhador, pois certamente implicará a redução dos postos de trabalho formal criados em

decorrência da ampliação da terceirização nos últimos anos”, destacou¹⁴.

A reforma trabalhista reconheceu aos advogados particulares, advogados fazendários e advogados sindicais o direito à percepção de honorários advocatícios na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 791-A da CLT.

O reconhecimento ao direito aos honorários advocatícios sucumbenciais na Justiça do Trabalho é um avanço sem dúvida alguma, entretanto, a condenação aos trabalhadores que padecem de hipossuficiência financeira me parece demasiado e de certa forma inconstitucional que não cabe aqui dissertar com maiores detalhes. Entretanto, diante desta alteração, vem reduzindo desde 2017 o ingresso de ações trabalhistas por receio de condenação.

Mesmo me considerando uma entusiasta com as reformas operadas na legislação do trabalho, informo que não concordo com todas as alterações. Registro meu inconformismo com relação à previsão legal de impor limites às indenizações trabalhistas, pois leva em conta o salário contratual do trabalhador, nos termos do §1º Art. 223-G da CLT, provocando desigualdade de tratamento com base no valor do salário, a qual vem sendo muito criticada pela doutrina.

Vejamos a redação do art. 223 - A ao art. 223-G G da CLT – Consolidação das Leis do Trabalho que tratam da indenização por dano extrapatrimonial:

Art. 223-A. Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título.

Art. 223-B. Causa dano de natureza extrapatrimonial a ação ou omissão que ofenda a esfera moral ou existencial da pessoa

¹⁴ STF. **STF decide que é ilícita a terceirização em todas as atividades empresariais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>. Acesso em: 5 setembro de 2019.

física ou jurídica, as quais são as titulares exclusivas do direito à reparação.

Art. 223-C. A honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física.

Art. 223-D. A imagem, a marca, o nome, o segredo empresarial e o sigilo da correspondência são bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa jurídica.

Art. 223-E. São responsáveis pelo dano extrapatrimonial todos os que tenham colaborado para a ofensa ao bem jurídico tutelado, na proporção da ação ou da omissão.

Art. 223-F. A reparação por danos extrapatrimoniais pode ser pedida cumulativamente com a indenização por danos materiais decorrentes do mesmo ato lesivo.

§ 1º-Se houver cumulação de pedidos, o juízo, ao proferir a decisão, discriminará os valores das indenizações a título de danos patrimoniais e das reparações por danos de natureza extrapatrimonial.

§ 2ºA composição das perdas e danos, assim compreendidos os lucros cessantes e os danos emergentes, não interfere na avaliação dos danos extrapatrimoniais.

Art. 223-G. Ao apreciar o pedido, o juízo considerará:

- I - a natureza do bem jurídico tutelado;
- II - a intensidade do sofrimento ou da humilhação;
- III - a possibilidade de superação física ou psicológica;
- IV - os reflexos pessoais e sociais da ação ou da omissão;
- V - a extensão e a duração dos efeitos da ofensa;
- VI - as condições em que ocorreu a ofensa ou o prejuízo moral;
- VII - o grau de dolo ou culpa;
- VIII - a ocorrência de retratação espontânea;
- IX - o esforço efetivo para minimizar a ofensa;
- X - o perdão, tácito ou expresso;
- XI - a situação social e econômica das partes envolvidas;
- XII - o grau de publicidade da ofensa.

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

- I - ofensa de natureza leve, **até três vezes o último salário contratual do ofendido;**
- II - ofensa de natureza média, **até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;**

III - ofensa de natureza grave, **até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;**

IV - ofensa de natureza gravíssima, **até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.**

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização¹⁵.

Neste sentido, Eduardo Carrion aduz ser inconstitucional a indenização inserida pela reforma trabalhista ao prever valores diferentes, com base no salário contratual do trabalhador, ferindo a igualdade perante a lei conforme determinado expressamente na Constituição Federal. Para o autor, a indenização só poderia variar de acordo com o dano sofrido:

Indenização. O art. 223 – G traz várias ponderações para o Juiz calcular o tamanho do dano extrapatrimonial causado, analisando o dano em si, a situação em que os fatos ocorreram, a situação do agressor e do agredido, a reação de cada um após o ato, a extensão. No §1º, definido pelo juiz o grau de ofensa (leve média, grave, gravíssima), a indenização será calculada com base no salário contratual do ofendido. O cálculo anterior levava em consideração o valor do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social. Fato que tratava com maior igualdade aos ofendidos, a indenização dependia do grau do dano sofrido (leve, média, grave, gravíssima). Na redação atual a vida de cada um terá valor diferente, ferindo a CF/88, art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. A indenização tem que ser igual para todos, só pode variar de acordo com o dano sofrido. A indenização varia de 3 (leve) a 50 (gravíssima) salários contratuais. Em caso de morte não se aplicam os parâmetros do art. 223-G, §1º¹⁶.

¹⁵ BRASIL. **Consolidação das leis trabalhistas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 10 de set. 2019.

¹⁶ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis trabalhistas**: legislação complementar, jurisprudência/ Valentin Carrion; atualizada por Eduardo Carrion. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 229.

Outra alteração da legislação trabalhista que vem recebendo críticas é a introdução do parágrafo único, ao artigo 444, da CLT, permitindo que a livre estipulação das condições contratuais do empregado, portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, tenha a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos.

Vejamos a redação do parágrafo único do art. 444 da CLT – Consolidação das leis do Trabalho:

Art. 444 – As relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhe sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes.

Parágrafo único. A livre estipulação a que se refere o *caput* deste artigo aplica-se as hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior que receba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social¹⁷.

Eduardo Carrion crítica esta inovação inserida pela reforma trabalhista nos Comentários a Consolidação das Trabalhistas:

A legislação do trabalho não se limita simplesmente a regular as relações entre empregados e empregadores, disciplinando economia; tem a conotação teleológica de proteger o hipossuficiente, o empregado. Por isso, as normas laborais são um mínimo; impedem; impedem se conceda menos ao trabalhador; o que pactuarem a mais terá eficácia entre as partes e será exigível. Nessa ordem protecionista é que devem ser entendido os dispositivos que constituem as fontes

¹⁷ BRASIL. **Consolidação das leis trabalhistas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 10 de set. 2019.

formais do Direito, na ordem de sua hierarquia: a Constituição Federal, depois as leis (ou decretos-leis), normas coletivas (em sentenças ou contratos coletivos), contratos individuais; as fontes inferiores não podem conceder menos do que as superiores determinam; em nosso sistema o regulamento da empresa integra-se ao contrato individual, desde que não seja afastado pelas partes; o empregador poderá tirar-lhe sua vigência nos casos futuros, mas será intocável para os anteriores¹⁸.

A reforma trabalhista também acrescentou o artigo 507-A ao antigo texto da CLT, para permitir a estipulação de cláusula compromissória de arbitragem, para solução de conflitos oriundos da relação de emprego de empregado, cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, desde que por iniciativa do empregado ou sua expressa concordância.

Previsão esta que, também, vem recebendo inúmeras críticas por ser considerada inconstitucional, uma vez que o nosso ordenamento jurídico, mais precisamente o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, consagra que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, portanto não será uma norma que impedirá essa apreciação.

Neste sentido Eduardo Carrion menciona nos Comentários à Consolidação das leis trabalhistas:

O art. 507 já trata de forma diferente os profissionais liberais, não por discriminação, mas por terem diploma de ensino superior e exercerem suas profissões de maneira mais independente. Podem negociar de forma mais próxima com o empregador. O art. 507-A segue nessa linha, permitindo que na rescisão do contrato de trabalho que envolva trabalhadores com o nível salarial maior (duas vezes o limite máximo do Regime Geral da Previdência Social) e não diploma, possam, caso haja conflito, buscar a solução por arbitragem. Desde

¹⁸ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis trabalhistas**: legislação complementar, jurisprudência. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 336.

que o empregado não seja obrigado a aceitar a arbitragem por imposição do empregador no ato da contratação. O nosso ordenamento jurídico, CF/88, art. 5º, XXXV, consagra que, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”; não é uma norma que impedirá essa apreciação”¹⁹.

Registra-se que, de todas as alterações advindas da reforma trabalhista mantêm-se os direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como férias, 13º salário, licença-maternidade e paternidade, seguro desemprego, FGTS, aposentadoria, entre outros estabelecidos no art. 7º da Constituição Federal.

Posso afirmar que a reforma trabalhista abrirá um horizonte de mais segurança jurídica e cooperação, proporcionando melhoria no ambiente de negócios, o que contribuirá para o desenvolvimento econômico, beneficiando as empresas, os empregados, enfim o mercado de trabalho.

2.1 Da declaração de inconstitucionalidade dos artigos da Reforma Trabalhista.

O STF – Supremo Tribunal Federal – guardião da Constituição Federal, já declarou a inconstitucionalidade de trechos de dispositivos da CLT inseridos pela Reforma Trabalhista:

“O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), por maioria de votos, julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5938 para declarar inconstitucionais trechos de dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) inseridos pela Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017) que admitiam a possibilidade de trabalhadoras grávidas e lactantes desempenharem atividades insalubres em algumas hipóteses. Para a corrente majoritária, a expressão “quando apresentar

¹⁹ CARRION, Valentin. **Comentários à consolidação das leis trabalhistas**: legislação complementar, jurisprudência. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 468.

atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher”, contida nos incisos II e III do artigo 394-A da CLT, afronta a proteção constitucional à maternidade e à criança²⁰.

Vejamos detalhadamente os votos:

Proteção à maternidade

O relator iniciou seu voto observando que, após a alteração legal, a norma passou a impor às grávidas e às lactantes o ônus de apresentar atestado de saúde como condição para o afastamento. Esse ônus, segundo o ministro, sujeita a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos, sobretudo para aquelas que não têm acesso à saúde básica para conseguir o atestado.

Na avaliação do ministro, a norma está em desacordo com diversos direitos consagrados na Constituição Federal e deles derivados, entre eles a proteção à maternidade, o direito à licença-maternidade e a segurança no emprego assegurada à gestante, além de normas de saúde, higiene e segurança. Sob essa ótica, a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como direito social protetivo tanto da mulher quanto da criança. “A razão das normas não é só salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever também da sociedade e do empregador”, assinalou.

Dessa forma, o ministro destacou que a alteração deste ponto da CLT feriu direito de dupla titularidade – da mãe e da criança. A seu ver, a previsão de afastamento automático da gestante ou da lactante do ambiente insalubre está absolutamente de acordo com o entendimento do Supremo de integral proteção à maternidade e à saúde da criança. “A proteção à maternidade e a integral proteção à criança são direitos irrenunciáveis e não podem ser afastados pelo desconhecimento, pela

²⁰ STF. **STF invalida norma da reforma trabalhista que permitia trabalho de grávidas e lactantes em atividades insalubres**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412571>. Acesso em: 5 setembro de 2019.

impossibilidade ou pela eventual negligência da gestante ou da lactante em juntar um atestado médico, sob pena de prejudicá-la e prejudicar o recém-nascido”, afirmou.

Não procede, segundo o relator, o argumento de que a declaração de inconstitucionalidade poderia acarretar retração da participação da mulher no mercado de trabalho. “Eventuais discriminações serão punidas nos termos da lei, e o próprio texto constitucional determina de maneira impositiva a proteção ao mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos”, ressaltou. Para o ministro, também não procede o argumento do ônus excessivo ao empregador, pois a norma isenta o tomador de serviço do ônus financeiro referente ao adicional de insalubridade da empregada afastada. Com esses fundamentos, o relator votou pela confirmação da liminar deferida e pela procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da expressão dos incisos II e III.

Retrocesso social

Em seu voto, a ministra Rosa Weber apresentou apanhado histórico legislativo dos direitos trabalhistas das mulheres no Brasil e no mundo. Segundo a ministra, contam-se 96 anos desde a primeira norma de proteção ao trabalho da gestante no país. Isso revela, a seu ver, quase um século de “afirmação histórica do compromisso da nação com a salvaguarda das futuras gerações”. A Constituição de 1988, por sua vez, priorizou a higidez física e mental do trabalhador ao exigir, no inciso XXII do artigo 7º, a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

A ministra afirmou ainda que a maternidade representa para a trabalhadora um período de maior vulnerabilidade devido às contingências próprias de conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral. Dessa forma, os direitos fundamentais do trabalhador elencados no artigo 7º “impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar, para a empregada mãe, merecida segurança do exercício do direito ao equilíbrio entre trabalho e família”. A alteração promovida pela Reforma Trabalhista, concluiu a ministra, implicou “inegável retrocesso social”.

Também votaram pela procedência da ação os ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Carmen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Celso de Mello e o presidente da Corte, ministro Dias Toffoli.

Divergência

Único a divergir, o ministro Marco Aurélio votou pela improcedência da ação ao argumento de que os preceitos que regulam o trabalho masculino são aplicáveis ao trabalho feminino. “Toda proteção alargada ao gênero feminino acaba prejudicando o gênero”, disse. Para ele, é razoável a exigência de um pronunciamento técnico de profissional da medicina sobre a conveniência do afastamento da trabalhadora. “Os preceitos encerram a liberdade da prestadora de serviços e visam atender às exigências do mercado de trabalho, para não se criar óbice à contratação de mão de obra feminina”, afirmou²¹.

A ação foi ajuizada no Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos. A norma questionada admitia que gestantes exercessem atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo e que lactantes desempenhassem atividades insalubres em qualquer grau, exceto quando apresentassem atestado de saúde que recomende o afastamento.

Tal previsão legal, segundo a entidade autora, afronta a proteção que a Constituição Federal atribui à maternidade, à gestação, à saúde, à mulher, ao nascituro, aos recém-nascidos, ao trabalho e ao meio ambiente de trabalho equilibrado. A eficácia dos dispositivos estava suspensa desde o fim do mês de abril de 2019, por liminar deferida pelo relator, ministro Alexandre de Moraes.

A referida norma passou a impor às grávidas e às lactantes o ônus de apresentar atestado de saúde como condição para o afastamento. Esse ônus sujeita a trabalhadora a maior embaraço para o exercício de seus direitos, sobretudo para aquelas que não têm acesso à saúde básica para conseguir o atestado.

Esta inovação estava em desacordo com diversos direitos consagrados na Constituição Federal e deles derivados,

²¹ STF. **STF invalida norma da reforma trabalhista que permitia trabalho de grávidas e lactantes em atividades insalubres**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia_Detalhe.asp?idConteudo=412571. Acesso em: 5 setembro de 2019.

entre eles a proteção à maternidade, o direito à licença-maternidade e a segurança no emprego assegurado à gestante, além de normas de saúde, higiene e segurança. Sob essa ótica, a proteção da mulher grávida ou da lactante em relação ao trabalho insalubre caracteriza-se como direito social protetivo tanto da mulher quanto da criança.

A razão das normas não é só salvaguardar direitos sociais da mulher, mas também efetivar a integral proteção ao recém-nascido, possibilitando sua convivência integral com a mãe nos primeiros meses de vida, de maneira harmônica e segura e sem os perigos de um ambiente insalubre, consagrada com absoluta prioridade, no artigo 227 do texto constitucional, como dever também da sociedade e do empregador.

Eventuais discriminações com relação às mulheres grávidas e lactantes serão punidas nos termos da lei, e o próprio texto constitucional determina de maneira impositiva a proteção ao mercado de trabalho da mulher mediante incentivos específicos.

A Constituição de 1988, por sua vez, priorizou a higidez física e mental do trabalhador ao exigir, no inciso XXII do artigo 7º, a redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

A maternidade representa para a trabalhadora um período de maior vulnerabilidade devido às contingências próprias de conciliação dos projetos de vida pessoal, familiar e laboral.

Dessa forma, os direitos fundamentais do trabalhador elencados no artigo 7º da Constituição Federal impõem limites à liberdade de organização e administração do empregador de forma a concretizar, para a empregada mãe, merecida segurança do exercício do direito ao equilíbrio entre trabalho e família. A alteração promovida pela Reforma Trabalhista, neste aspecto implicava inegável retrocesso social.

Diante deste novo cenário no âmbito das relações de trabalho devemos ficar atentos às decisões judiciais com relação às novidades trazidas pela Reforma Trabalhista.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentre as principais novidades advindas com a reforma trabalhista operada em 2017 pela Lei 13.467 destaca-se a regulamentação do teletrabalho, as novas regras de flexibilização da jornada do trabalho, nova definição de salário, a prevalência do negociado sobre o legislado, o fim da ultratividade dos instrumentos coletivos e possibilidades mais flexíveis de terceirizar atividades determinadas e específicas.

Mesmo me considerando uma entusiasta com as reformas operadas na legislação do trabalho, informo que, de todas as alterações advindas da reforma trabalhista mantêm-se os direitos fundamentais dos trabalhadores, tais como férias, 13º salário, licença-maternidade e paternidade, seguro desemprego, FGTS, aposentadoria, entre outros estabelecidos no art. 7º da Constituição Federal.

Diante deste novo cenário no âmbito das relações de trabalho devemos ficar atentos às decisões judiciais com relação às novidades trazidas pela Reforma Trabalhista.

Por fim, gostaria de informar que mesmo após a reforma trabalhista de 2017, a legislação do trabalho continua sendo alterada, e a mais recente foi promovida pela Lei da Liberdade Econômica – Lei 13.874/2019, a qual já está em vigor desde 20/09/2019 e alterou alguns artigos da CLT. Mas, com relação a esta novidade tratarei num próximo artigo, até porque esta nova Lei ainda não foi regulamentada pelo Governo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Consolidação das leis trabalhistas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm
Acesso em 10 de set. 2019.

CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis Trabalhistas: legislação complementar, jurisprudência/ Valentin Cariron; atualizada por Eduardo Carrion**. 43. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Manual do Direito do Trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STF. **STF decide que é ilícita a terceirização em todas as atividades empresariais**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=388429>
Acesso em: 5 setembro de 2019.

STF. **STF invalida norma da reforma trabalhista que permitia trabalho de grávidas e lactantes em atividades insalubres**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=412571> Acesso em: 5 setembro de 2019.

DA PENHORA DE VERBA ALIMENTAR EM EXECUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS: UMA ANÁLISE AOS LIMITES E CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO E COBRANÇA DA VERBA HONORÁRIA

Maria Helena Backes¹

Mônica Guerreiros Fernandes²

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo ponderar os limites da fixação de honorários advocatícios contratuais, bem como sobre o entendimento dos Tribunais Superiores no que tange ao caráter alimentar da verba honorária, discorrendo sobre a possibilidade de penhora de verbas alimentares nos casos de execução de honorários advocatícios contratuais.

Há, no Brasil, diante de dispositivo da lei 9.806/94³, espécies de honorários advocatícios classificados de acordo com a sua natureza. Dentre elas, os honorários contratuais, que possuem limites de fixação estipulados por tabelas das seccionais da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB, dentre estes os honorários contratuais. Independentemente da origem e do valor, os honorários contratuais são considerados verba de natureza alimentar. No mesmo sentido, dispõe entendimento firmado em Tribunal Superior.

¹ Orientadora: Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (Capes 6). Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, seção Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Professora titular das disciplinas de Processo Civil e Prática Cível do Curso de Direito na FUCAP Univinte. E-mail: profmariahelenabackes@gmail.com.

² Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito da ESUCRI (Escola Superior de Criciúma. E-mail: monica.fernandes3158@gmail.com.

³ BRASIL. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.html. Acesso em: 10/10/2019.

No entanto, há que se debater acerca dos critérios de fixação e do caráter alimentar nos casos de honorários contratuais, eis que, havendo possibilidade de penhora de verba alimentar nos casos de execução de honorários convencionados, há possibilidade de onerosidade excessiva do executado em detrimento da relação contratual.

1. INTRODUÇÃO

O artigo 22 da Lei 8.906/94 ⁴(Estatuto da Advocacia) estabelece que “A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência”.

Muito se discutiu, na vigência do Código de Processo Civil de 1973⁵, acerca da natureza dos honorários advocatícios.

Com o advento da legislação processual civil de 2015, o dispositivo legal tornou expressa a natureza alimentar da verba honorária.

Em contrapartida, o artigo 833 do referido diploma legal passou a estabelecer que as verbas de caráter alimentar são impenhoráveis, não podendo, portanto, serem alvo de atos expropriatórios. Entretanto, o §2º do artigo mencionado traz exceções à impenhorabilidade de verba alimentar, mormente quando o débito a ser adimplido advier de prestação alimentícia, ou quando os valores percebidos superarem certo limite estipulado.⁶

⁴ BRASIL. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.html. Acesso em: 10/10/2019.

⁵ BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991publicacaoorigin-al-1-pl.html>. Acesso em: 20/09/2019.

⁶ O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º.

O Superior Tribunal de Justiça, em posicionamento anterior, entendeu que “embora os honorários advocatícios tenham natureza alimentar, não se confundem com a prestação de alimentos (...).”⁷

Não obstante à pretérita manifestação do Superior Tribunal de Justiça acerca da diferenciação entre verba alimentar e a prestação de alimentos mencionada no artigo 833, §2º do CPC, a corte firmou posteriormente entendimento acerca da possibilidade da referida penhora.

Nessa toada, o presente artigo pretende dispor acerca de três pontos principais: os critérios de fixação e cobrança de honorários contratuais de acordo com os parâmetros determinados pela OAB; a natureza alimentar dos honorários advocatícios contratuais e; a possibilidade de penhora de verba alimentar nos casos de execução de honorários.

2. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

“A valorização da advocacia é fundamental para o fortalecimento da sociedade. Essa valorização passa (...) por uma remuneração justa”.⁸

Segundo José Miguel Garcia Medina, os honorários são a remuneração do advogado, qualquer que seja a modalidade da origem da verba.

Assim, pode-se afirmar que os honorários constituem o “salário” no âmbito da advocacia, sendo a fonte de subsistência dos operadores do direito que exercem a profissão de advogado.⁹

Importante destacar, consoante menciona José Garcia Medina, que as verbas honorárias são consideradas um direito

⁷ REsp 1.619.868-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, por unanimidade, julgado em 24/10/2017, DJe 30/10/2017.

⁸ COELHO, Marcus Vinicius Furtado; *et al.* **O novo CPC: as conquistas da advocacia**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015, p. 45.

⁹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

autônomo do advogado, podendo ser cobradas de forma independente pelo causídico credor.¹⁰

O art. 22 da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) estabelece que “A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.”¹¹

No Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105/2015), as disposições acerca dos honorários de sucumbência foram expressas de forma específica, dispondo o artigo 85 que “a sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor”. Ou seja, aquele que sucumbe (perde) na ação, pagará honorários de sucumbência ao causídico do vencedor.¹²

A referida lei estabelece também como função dos honorários de sucumbência, o desestímulo à prática de atos infundados, visando garantir o bom andamento da relação processual, sendo tal verba fixada pelo juiz conforme parâmetros determinados.¹³

Ressalta-se que os honorários de sucumbência serão fixados entre 10% e 20% do valor da causa, levando-se em consideração determinados fatores, como o trabalho do advogado a natureza da causa e o tempo despendido para solucioná-la¹⁴.

À despeito dos honorários fixados por arbitramento judicial, a fixação de honorários deverá levar em consideração o trabalho realizado pelo advogado, observada a tabela de honorários do respectivo Conselho Seccional da OAB.¹⁵

¹⁰ MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

¹¹ BRASIL. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.html. Acesso em: 13/05/2019.

¹² BRASIL. **Código de processo civil**. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.html. Acesso em: 13/05/2019.

¹³ MOUZALAS, Rinaldo; OTÁVIO TERCEIRO NETO, João; MADRUGA, Eduardo. **Processo civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

¹⁴ DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2017.

¹⁵ MOUZALAS, Rinaldo; OTÁVIO TERCEIRO NETO, João; MADRUGA, Eduardo. **Processo civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

Quanto aos honorários contratuais (convencionados), no âmbito do direito civil, segundo Maria Helena Diniz (2008), um contrato é um acordo de vontades a fim de adquirir, resguardar, estabelecer ou modificar direitos, estabelecendo-se as condições para tanto.¹⁶

Neste sentido, entende-se por honorários advocatícios convencionados ou contratuais aqueles advindos de pacto (contrato) - negócio jurídico - realizado cliente e advogado, que patrocinará os interesses daquele através do mandato judicial.¹⁷

3. DOS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO E COBRANÇA DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS CONTRATUAIS

Em relação aos honorários advocatícios contratuais:

(...) constituem a retribuição paga pelo cliente em virtude dos serviços intelectuais que lhe foram prestados (que decorrem do contrato) (...) estão precipuamente ligados à atuação jurídica em si mesma e, na maioria das vezes, remuneram o trabalho independentemente do resultado da atuação, fixados de comum acordo entre o advogado e aquele que o contrata;¹⁸

Assim, compreende-se que não há intervenção do poder judiciário quando do estabelecimento de honorários advocatícios contratuais, incumbindo às partes, quando da celebração do negócio jurídico (contrato), a fixação dos valores dos serviços a serem prestados.

Quanto ao pagamento, na ausência de estipulação em contrário, o art. 22, § 3 da Lei 8906/94 dispõe que um terço do valor é devido no início da prestação do serviço, um terço até a sentença e um terço no término da demanda.¹⁹

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁷ MOUZALAS, Rinaldo; OTÁVIO TERCEIRO NETO; João. MADRUGA, Eduardo. **Processo civil**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

¹⁸ VIEIRA, Helio; CERNOV, Zênia. **Honorários advocatícios**. São Paulo: LTr, 2018, p. 15.

¹⁹ Art. 22, § 3º da Lei 8.906/94 Salvo estipulação em contrário, um terço dos honorários é devido no início do serviço, outro terço até a decisão de primeira instância e o restante no final.

Em relação ao valor a ser pactuado, o Estatuto da Advocacia dispõe que, em caso de necessidade de arbitramento judicial, é necessária a observância, como limite mínimo, dos valores estabelecidos por tabela organizada pela OAB, no âmbito de cada seccional, presumindo-se, portanto, que deve o advogado observar a tabela da OAB quando da proposta de valor de honorários ao cliente, a fim de evitar possível aviltamento ou excessiva onerosidade.²⁰

Há, no Código de ética, advertência a fim de que os honorários advocatícios sejam estipulados com moderação, considerando que, de acordo com o art. 133 da Constituição Federal²¹, a advocacia elemento essencial à administração da justiça.²²

A fim de salvaguardar os direitos do advogado advindos da relação de prestação de serviços, o art. 24, §4º do Estatuto da OAB dispõe que o acordo realizado pelo cliente e a parte contrária não prejudicará os honorários do advogado²³.

De mesmo modo, a fim de facilitar o recebimento dos honorários pelo causídico, o Estatuto da OAB dispõe que o contrato de honorários possui natureza de título executivo extrajudicial, não havendo a necessidade do processo de conhecimento para garantir a liquidez e exigibilidade do crédito²⁴.

²⁰ Art 22, § 2º da Lei 8.906/94 Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários são fixados por arbitramento judicial, em remuneração compatível com o trabalho e o valor econômico da questão, não podendo ser inferiores aos estabelecidos na tabela organizada pelo Conselho Seccional da OAB.

²¹ O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

²² COSTA, Elcias Ferreira da. **A ética dos honorários advocatícios**. São Paulo: FAAP, 2008.

²³ Art. 24, § 4º da Lei 8.906/94 O acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convencionados, quer os concedidos por sentença.

²⁴ Art. 24 da Lei 8906/94 - A decisão judicial que fixar ou arbitrar honorários e o contrato escrito que os estipular são títulos executivos(...).

4. DO CARÁTER ALIMENTAR DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E DA POSSIBILIDADE DE PENHORA NOS CASOS DE EXECUÇÃO

Segundo Cassio Scarpinella Bueno,

o entendimento, em tempo pretérito, limitava-se a manifestar a natureza alimentar dos honorários contratuais, sob alegação de que o advogado sempre poderia contar com honorários sucumbenciais.²⁵

Entretanto, com o advento do CPC/2015, o reconhecimento da verba alimentar passou a ser expresso. Em seu artigo 85, §14, o CPC/2015 dispõe que “Os honorários constituem direito do advogado e têm natureza alimentar, com os mesmos privilégios dos créditos oriundos da legislação do trabalho”.

No mesmo sentido, o rol de bens impenhoráveis do CPC (artigo 833), dispõe, em seu inciso IV, que são impenhoráveis, dentre outros bens “os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal (...)”. Diante destes dispositivos, cessam quaisquer dúvidas acerca do caráter alimentar da verba honorária, independentemente da origem.

Frise-se que a natureza alimentar da verba honorária é discutida há tempos nos tribunais superiores, inclusive na vigência do Código de Processo Civil de 1973, tendo as câmaras se posicionado com o passar do tempo de forma a considerar o entendimento já mencionado. Neste sentido, importante destacar da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

O Advogado conta com os honorários de sucumbência como forma de retribuição pecuniária, para além dos valores que venha a convencionar com a parte que patrocina, ambos que

²⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **A natureza alimentar dos honorários advocatícios sucumbenciais**. 2015, p.4. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/para-ler.html>. Acesso em 20/09/2019.

integram a sua verba de irretorquível caráter alimentar, conforme bem estatuiu o eminente Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, em voto no REsp. 706.331/PR, DJ 31.3.2008.²⁶

Diante do posicionamento da jurisprudência, a doutrina manifesta-se em mesmo sentido. Segundo Humberto Teodoro Júnior, em interpretação do ao artigo 833, IV do CPC, a impenhorabilidade da verba alimentar de honorários - e outras verbas advindas de trabalho autônomo - agora é manifestada de forma explícita, em face de antiga divergência jurisprudencial acerca do tema, considerando ainda que, em precatórios judiciais, a Lei 11.033/2004 já reconhecia o caráter alimentar dos honorários do advogado.²⁷

Os honorários são, inegavelmente, a remuneração do advogado, sendo sua fonte de subsistência.²⁸

Ante às conjecturas aduzidas, discute-se acerca da possibilidade de penhora de verbas alimentares - aquelas apresentadas no rol de impenhoráveis do CPC - em casos cujo débito se trate de honorário advocatício contratual.

Não obstante à pretérita manifestação do Superior Tribunal de Justiça acerca da diferenciação entre verba alimentar e a prestação de alimentos mencionada no artigo 833, §2º do CPC, a corte firmou posteriormente entendimento acerca da possibilidade da referida penhora. Entretanto, é necessária a aferição em cada caso concreto a fim de estabelecer limites à constrição. Vejamos:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. (...) PENHORA INCIDENTE SOBRE VERBA SALARIAL. POSSIBILIDADE. AVALIAÇÃO DO LIMITE DA CONSTRIÇÃO EM CADA CASO,

²⁶ AREsp 1438183-SP, Rel. Min Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Publicado em 07/05/2019.

²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil. Vol III.** 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

²⁸ COELHO, Marcus Vinicius Furtado *et al.* **O novo CPC: as conquistas da advocacia.** Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

SOB PENA DE SE COMPROMETER A SUBSISTÊNCIA DO EXECUTADO. AGRAVO INTERNO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A legislação processual civil (...)contempla, de forma ampla, a prestação alimentícia, como apta a superar a impenhorabilidade de salários, soldos, pensões e remunerações. A referência ao gênero prestação alimentícia alcança os honorários advocatícios(...), que são espécies daquele gênero. É de se permitir, portanto, que pelo menos uma parte do salário possa ser atingida pela penhora para pagamento de prestação alimentícia, incluindo-se os créditos de honorários advocatícios, contratuais ou sucumbenciais, os quais têm inequívoca natureza alimentar (CPC/2015, art. 85, § 14). 2. (...)para uma família de baixa renda, qualquer percentual de constrição sobre os proventos do arrimo pode vir a comprometer gravemente o sustento do núcleo essencial, ao passo que o mesmo não necessariamente ocorre quanto à vida(...) daquele que recebe elevada remuneração. Assim, a penhora de verbas de natureza remuneratória deve ser determinada com zelo, em atenta e criteriosa análise de cada situação (...) 4. Agravo interno parcialmente provido para dar parcial provimento ao recurso especial.²⁹

No entanto, de análise à jurisprudência, destoa o entendimento em relação à penhora de outros bens constantes do rol do artigo 833 do CPC. Cite-se, o bem de família:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRÉDITO DECORRENTE DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PENHORA DE BEM DE FAMÍLIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 83 DO STJ. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. O crédito resultante de contrato de honorários advocatícios (art.24 da Lei n. 8.906/1994), não se assemelha à pensão alimentícia, de sorte que não se encontra entre as exceções à benesse da Lei n. 8.009/1990, de modo a preservar-se a impenhorabilidade do bem de família. 2. Agravo interno não provido³⁰.

²⁹ AgInt no REsp 1732927/DF, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 12/02/2019, DJe 22/03/2019.

³⁰ AgInt no AREsp 1246675/ES, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 16/10/2018, DJe 22/10/2018.

Em mesmo sentido, Misael Montenegro Filho menciona que ocorre o afastamento da impenhorabilidade da verba alimentar quando o débito a ser adimplido também possui natureza alimentar, independentemente de sua origem.³¹

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreende-se que, diante da legislação vigente, bem como do entendimento dos Tribunais Superiores, os honorários advocatícios contratuais (pactuados) devem ser fixados com observância à natureza e dificuldade do serviço, tendo por parâmetro tabela fixada por cada Seccional da OAB.

Salienta-se ainda, que a verba honorária é considerada de natureza alimentar, independentemente de sua origem, de acordo com o código de Processo Civil, não tendo a legislação – nem os tribunais – fixado limites em relação aos valores a serem considerados de tal natureza.

Ademais, diante do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, há de se reconhecer a possibilidade de penhora de verba alimentar em execução de honorário advocatício contratual, cujo instrumento é título executivo extrajudicial.

Para tanto, verifica-se que, quanto à possibilidade de penhor de verbas de natureza alimentar nos casos de execução de honorários, não há critério puramente objetivo a fim de que se proceda penhora de um percentual fixo e unânime, sendo a análise realizada por cada detentor da jurisdição, a fim de que se possa garantir a subsistência do executado, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, cabendo ao magistrado, utilizando da razoabilidade, definir o *quantum* a ser abrangido pela constrição.

³¹ MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código de processo civil**. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/19701979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1pl.html> Acesso em: 20/09/2019.

BRASIL. **Código de processo civil**. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.html. Acesso em: 10/10/2019.

BRASIL. **Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil**. Lei 8.906 de 4 de julho de 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.html. Acesso em: 10/10/2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A natureza alimentar dos honorários advocatícios sucumbenciais**. 2015, p.4. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/para-ler.html> Acesso em 20/09/2019.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado *et al.* **O novo CPC: as conquistas da advocacia**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2015.

COSTA, Elcias Ferreira da. **A ética dos honorários advocatícios**. São Paulo: FAAP, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Curso de direito processual civil moderno**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MOUZALAS, Rinaldo; OTÁVIO TERCEIRO NETO, João; MADRUGA, Eduardo. **Processo civil. Vol. único**. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Novo código de processo civil comentado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

VIEIRA, Helio; CERNOV, Zênia. **Honorários advocatícios**. São Paulo: LTr, 2018, p. 15.

STJ. Agravo em recurso especial nº 1.438.183-SP. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. DJE: 11/10/2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1438183&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11/10/2019.

STJ. Agravo interno no recurso especial 1.246.675/ES. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, DJE:22/03/2019. Disponível em: www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1246675&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 01/06/2019.

STJ. Agravo interno no recurso especial 1.732.927/DF. Relator: Min. Raul Araújo, DJE:22/03/2019. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1732927&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 11/10/2019.

STJ. Recurso especial nº 1.619.868-SP, Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. DJE: 30/10/2017. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=161986>

8&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em:
20/05/2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil. Vol. III.** 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DESAPOSENTAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A PERSPECTIVA CONTIDA NA REFORMA DA PREVIDÊNCIA.

Rafael Leandro¹

RESUMO

Neste artigo é realizado um estudo acerca da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) que pôs fim a uma controvérsia jurídica que se estendia nos tribunais nacionais: a desaposentação. A fim de desenvolver o estudo, realizou-se uma pesquisa qualitativa, exploratória, bibliográfica e documental.

Entre os resultados alcançados, destaca-se o esclarecimento quanto à constitucionalidade da regra prevista no artigo 18, parágrafo 2º, da Lei 8.213/91, que gerou a demanda junto à Suprema Corte. A proposta do artigo é analisar o cenário no qual a questão está posta e indicar qual será o caminho para a tese, considerando as alterações previdenciárias vindouras, pois se entende que o fato de o STF ter apreciado a matéria não põe fim, por si só, as discussões acerca do tema.

1. INTRODUÇÃO

Todos os brasileiros sonham com o dia que conseguirão auferir a tão esperada aposentadoria. Tal perspectiva é

¹ Mestrando em direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (Linha de Pesquisa: Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos). Especialista em direito previdenciário e direito e processo do trabalho pela Estácio de Sá. Servidor Público Federal - Assessor de Juiz Federal na 2ª Vara da Subseção Judiciária de Santa Catarina. Professor assistente das disciplinas de direito da segurança social e teoria geral do processo na FUCAP Univinte. E-mail: rafah21@gmail.com.

garantida pela Constituição Federal de 1988 como um direito fundamental (artigo 7º, XXIV).

Sabe-se que a previdência social é apenas um dos ramos do gênero seguridade social, previsto pela Carta Magna de 1988, em seu artigo 194, que dispõe:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.²

Segundo Fábio Zambitte Ibrahim:

A seguridade social pode ser conceituada como a rede protetiva formada pelos Estados e particulares, com contribuições de todos, incluindo parte dos beneficiários dos direitos, no sentido de estabelecer ações para o sustento de pessoas carentes, trabalhadores em geral e seus dependentes, providenciando a manutenção de um padrão mínimo de vida digna.³

Para José Afonso da Silva⁴ “a Seguridade Social constitui instrumento mais eficiente da liberação das necessidades sociais, para garantir o bem-estar material, moral e espiritual de todos os indivíduos da população”.

Não poderia ser diferente, haja vista a seguridade social ser uma conquista advinda da evolução dos direitos sociais, desde os primórdios de 1600, com a criação da Assistência Pública até a publicação da Lei do Seguro Doença, em 1883, por Otto von Bismarck, na Alemanha⁵.

Pode-se afirmar, portanto, que a previdência é uma

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

³ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 14.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009. p.3.

⁴ SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.759.

⁵ SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

espécie de seguro, que pode ser conceituada como

o segmento da Seguridade Social, composta de um conjunto de princípios, de regras e de instituições destinado a estabelecer um sistema de proteção social, mediante contribuição, que tem por objetivo proporcionar meios indispensáveis de subsistência ao segurado e a sua família, contra contingências de perda ou redução de sua remuneração, de forma temporária ou permanente, de acordo com a previsão da lei.⁶

Porém, diferente dos outros ramos da seguridade (assistência social e saúde), a previdência tem caráter contributivo, necessitando que àqueles que desejem auferir proveito da proteção disponibilizada, recolham a respectiva contribuição, de forma real ou presumida⁷. Essa é a previsão contida no artigo 201 da Constituição Federal de 1988:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei (...).⁸

A contributividade é inspirada no modelo bismarkiano, que pressupõe a existência de uma fonte de custeio para o sistema, mantida pelos próprios segurados. Porém, o sistema brasileiro de previdência, conforme explica Frederico Amado, é

contributivo de repartição e não de capitalização, pois restou instituído um fundo único para o pagamento dos benefícios previdenciários, sendo possível que determinados benefícios sejam concedidos mesmo que ainda não haja uma contribuição sequer ao sistema, no interstício entre a filiação e o primeiro pagamento, a exemplo do salário-família e do auxílio-acidente,

⁶ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 25.ed. São Paulo: Atlas. 2008. p.276.

⁷ AMADO, Frederico. **Legislação previdenciária para concursos**: LPREV. 4. ed. Salvador: Juspodvum, 2016. p.177.

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucaoacompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

prestações que dispensam a carência.⁹

Das coberturas disponibilizadas por este seguro, também chamadas de benefícios – elencados nos incisos do artigo 201 e demais parágrafos, da CRFB/88¹⁰, há a previsão de aposentadoria por tempo de contribuição ou por idade. Os benefícios se encontram regulamentados pela Lei 8.213, de 24 de julho de 1991¹¹.

A aposentadoria por tempo de contribuição, em regra, é alcançada por aquele que completar trinta e cinco anos de contribuição, se homem, e trinta anos de contribuição, se mulher (artigo 201, § 7º, inciso I, da CRFB/1988¹²). Por sua vez, a aposentadoria por idade, em regra, é alcançada aos sessenta e cinco anos de idade, se homem, e sessenta anos de idade, se mulher, reduzido em cinco anos o limite para os trabalhadores rurais de ambos os sexos e para os que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, nestes incluídos o produtor rural, o garimpeiro e o pescador artesanal (artigo 201, § 7º, inciso II, da CRFB/1988¹³).

Diferente dos benefícios por incapacidade (aposentadoria por invalidez e auxílio doença, por exemplo) que impedem que o segurado, a partir do início do recebimento da prestação, cesse qualquer atividade laboral (artigo 46 da Lei 8.213/91), nas aposentadorias por tempo de contribuição e por idade há a possibilidade de permanecer na atividade. Nesse

⁹ AMADO, Frederico. **Legislação previdenciária para concursos**: LPREV. 4. ed. Salvador: Juspodvum, 2016. p.176.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. emendas constitucionais de revisão. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹¹ BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, em 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. emendas constitucionais de revisão. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

sentido, existe a ressalva acerca da aposentadoria especial, prevista no artigo 57 da Lei 8.213/91, espécie de aposentadoria por tempo de contribuição – concedida àqueles que desempenham suas atividades em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, com redução do tempo necessário ao gozo da aposentadoria –, em razão de não poder continuar no exercício de função que o exponha aos agentes nocivos (artigo 57, § 8º, da Lei 8.213/91), em face do caráter protetivo ao bem estar do segurado¹⁴.

A obrigação de recolher a contribuição previdenciária pelo aposentado por tempo de contribuição ou por idade é justificada pelo retorno de seu status de segurado obrigatório da previdência, como assevera o artigo 11, § 3º, da Lei 8.213/91:

§ 3º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, para fins de custeio da Seguridade Social. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)¹⁵

Entretanto, a legislação vigente veda a possibilidade de auferir, em razão dessas contribuições posteriores ao ato da aposentadoria – quando o segurado permanece na atividade –, outro benefício da previdência, salvo o salário-família, reabilitação profissional (artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/91) e salário-maternidade (artigo 103 do Decreto 3.048/99). Vejamos os dispositivos legais:

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social–RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência

¹⁴ AMADO, Frederico. **Legislação previdenciária para concursos**: LPREV. 4.ed. Salvador: Juspodvum, 2016. p.647.

¹⁵ BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, em 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado¹⁶.

Art. 103. A segurada aposentada que retornar à atividade fará jus ao pagamento do salário-maternidade, de acordo com o disposto no art. 93¹⁷.

É neste ponto que reside a controvérsia instaurada nos tribunais brasileiros, que teve seu desfecho no Supremo Tribunal Federal (STF), em 26/10/2016, no julgamento dos Recursos Extraordinários n. 381367¹⁸, 827833¹⁹ e 661256²⁰.

Porém, a celeuma ainda ganhou bojo quando o então Presidente da República, Michel Temer, anunciou a intenção de propor uma reforma da previdência social.

Assim, o objetivo geral deste artigo é analisar qual a perspectiva da tese da desaposentação frente aos argumentos do julgamento realizado pelo STF e a reforma da previdência.

A fim de delimitar a pesquisa, objetivos específicos foram traçados. São eles: conceituar a desaposentação, comparar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, e examinar se a reforma da previdência alberga a tese da desaposentação.

Em sua estrutura, o artigo teve influência essencial da

¹⁶ BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os planos de benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, em 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹⁷ BRASIL. **Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, 6 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹⁸ STF - Supremo Tribunal Federal. **RE 381367**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Lucia Costella e Outro(a/s). Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Rio Grande do Sul, 2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2109745>. Acesso em: 10 ago. 2019.

¹⁹ STF - Supremo Tribunal Federal. **RE 827833**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Recorrente: União. Recorrido: Rose Mari Bargas. Santa Catarina, 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4608022>. Acesso em: 10 ago. 2019.

²⁰ STF - Supremo Tribunal Federal. **RE 661256**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Recorrente: Instituto Nacional Do Seguro Social – INSS. Recorrido: Valdemar Roncaglio. Santa Catarina, 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4157562>. Acesso em: 10 ago. 2019.

bibliografia de autores da área previdenciária e outros estudiosos a fim de esclarecer questões pontuais. Realizou-se uso do texto da lei vigente e julgamentos das cortes superiores e projetos de Emenda à Constituição, ou seja, pesquisa documental.

O presente estudo tem a natureza qualitativa porquanto “se preocupa com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, centrando-se na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais”²¹. Em relação aos objetivos, trata-se de pesquisa exploratória, que para Gil²² “visa proporcionar maior familiaridade com o problema com vistas a torná-lo explícito ou a construir hipóteses”.

2. PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Miguel Reale²³ explica que princípios são as “verdades fundantes de um sistema de conhecimento”.

Para nortear a Seguridade Social (gênero, da qual a Previdência é espécie) o constituinte originário redigiu princípios ou objetivos a serem observados no sistema. Estes foram dispostos no parágrafo único do artigo 194 da CRFB/1988, nos seguintes termos:

Art. 194. (...)

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;

²¹ MINAYO, Maria Cecília de Sousa (org.). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2001. p.80.

²² GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2008. p.102.

²³ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.303.

- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)²⁴

Além destes previstos no artigo 194, a Constituição alberga no artigo 3º, inciso I, o princípio da solidariedade; no artigo 195, § 5º, o princípio da precedência da fonte de custeio; e no artigo 165, § 5º, inciso III, o princípio do orçamento diferenciado. Observe-se os referidos dispositivos em sua literalidade:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

Art. 195. (...)

§ 5º Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

(...)

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

(...)

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.²⁵

²⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

²⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

Frederico Amado²⁶ elucida os princípios constitucionais. Para ele, a universalidade da cobertura e do atendimento confere a maior abrangência possível às ações da seguridade social, na medida dos recursos disponíveis. A uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais veda a discriminação negativa em desfavor das populações urbanas ou rurais.

A seletividade, por sua vez, rastreia o campo de atuação descrito pelo legislador como requisitos para concessão dos benefícios, conforme a necessidade e disponibilidade de recursos orçamentários, de acordo com o interesse público. A distributividade é tida como forma de realização de justiça social para desconcentrar a riqueza e distribuí-la a quem necessitar. Nesse sentido, a fim de não prejudicar o poder de compra futuro, o legislador garantiu a irredutibilidade do valor dos benefícios.

Em razão dos custos envolvidos para manutenção da seguridade social, o princípio da equidade no custeio orienta a ampliação das formas de arrecadação de recursos para sustentá-la, podendo utilizar de múltiplas fontes, como prevê o princípio da diversidade da base de financiamento.

O gerenciamento de todo esse sistema deve ocorrer de forma democrática e descentralizada, razão pela qual se garante a gestão quadripartite, com representação dos trabalhadores, empregadores, aposentados e Poder Público.

A solidariedade, prevista como objetivo fundamental de nossa República, busca agasalhar as pessoas em momentos de necessidade. É uma socialização dos riscos com toda a sociedade, pois os recursos mantenedores do sistema provêm dos orçamentos públicos e das contribuições sociais.

Por fim, em relação aos princípios da seguridade, temos a precedência da fonte de custeio, que deve ocorrer sempre antes da criação de qualquer benefício, e o orçamento

²⁶ AMADO, Frederico. **Legislação previdenciária para concursos**: LPREV. 4. ed. Salvador: Juspodvum, 2016.

diferenciado, que garante uma peça orçamentária exclusiva para a seguridade social²⁷.

O professor Frederico Amado²⁸ pondera ainda acerca dos princípios e explica que a sua interpretação e grau de aplicação variará dentro da seguridade social, a depender do campo de incidência, se no subsistema contributivo (previdência) ou no subsistema não contributivo (assistência social e saúde pública).

Na seara previdenciária, identifica-se outros princípios que complementam àqueles e que também são encontrados, na sua maioria, no texto constitucional de 1988, em especial no artigo 201. São eles: filiação obrigatória, caráter contributivo, equilíbrio financeiro e atuarial, garantia de um valor mínimo de benefício, correlação monetária dos salários de contribuição, preservação do valor real dos benefícios, indisponibilidade dos direitos dos beneficiários e unicidade²⁹.

A filiação obrigatória é vislumbrada como garantia essencial àquele que exerce atividade abrangida pelo regime da previdência social. A garantia reside em albergar a todos e não somente aqueles que recolher contribuições. Por sua vez, o caráter contributivo é o que sustenta o regime, visto que há a necessidade de contribuição direta ou indireta para financiar o sistema³⁰.

Frederico Amado dispõe que a

previdência social apenas concederá os seus benefício e serviços aos segurados (e seus dependentes) que se filiarem previamente ao regime previdenciário, sendo exigido o

²⁷ AMADO, Frederico. **Legislação previdenciária para concursos**: LPREV. 4. ed. Salvador: Juspodvum, 2016.

²⁸ AMADO, Frederico. **Legislação previdenciária para concursos**: LPREV. 4. ed. Salvador: Juspodvum, 2016.

²⁹ BOLLMANN, Vilian. Princípios da Previdência Social. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.1, n.1, 3º quadrimestre, 2006. Disponível em: <http://www.univali.br/cienciapolitica>. Acesso em: 10 ago. 2019.

³⁰ BOLLMANN, Vilian. Princípios da Previdência Social. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.1, n.1, 3º quadrimestre, 2006. Disponível em: <http://www.univali.br/cienciapolitica>. Acesso em: 10 ago. 2019.

pagamento de tributos classificados como contribuições previdenciárias, haja vista se tratar do único subsistema da seguridade social com natureza contributiva direta.³¹

O equilíbrio financeiro e atuarial, na análise de Bollmann³², representa a execução de políticas que garantam o custeio e pagamento dos benefícios, gerando um sistema superavitário.

A garantia de um benefício com o valor não inferior ao salário mínimo está disposta no artigo 201, § 2º, da CRFB/1988: “Nenhum benefício que substitua o salário de contribuição ou o rendimento do trabalho do segurado terá valor mensal inferior ao salário mínimo”.

Na sequência, nos §§ 3º e 4º, encontra-se os princípios da correlação monetária dos salários de contribuição, que é auto explicativo, e da preservação do valor real dos benefícios, que garante o reajustamento em caráter permanente, conforme critérios fixados na lei³³.

A indisponibilidade dos direitos dos beneficiários não está estampado no texto constitucional, porém, conforme ressalva de Bollmann³⁴, os doutrinadores que explicam este princípio não o fazem mencionando normas constitucionais, mas sim normas legais, tais como os artigos 102, 103 e 114 da Lei 8.213/1991. O princípio é resumido no sentido dos benefício, por possuírem natureza alimentar, serem inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis³⁵.

³¹ AMADO, Frederico. **Legislação previdenciária para concursos**: LPREV. 4. ed. Salvador: Juspodvum, 2016. p.115.

³² BOLLMANN, Vilian. Princípios da Previdência Social. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.1, n.1, 3º quadrimestre, 2006. Disponível em: <http://www.univaii.br/cienciapolitica>. Acesso em: 10 ago. 2019.

³³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

³⁴ BOLLMANN, Vilian. Princípios da Previdência Social. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.1, n.1, 3º quadrimestre, 2006. Disponível em: <http://www.univaii.br/cienciapolitica>. Acesso em: 10 ago. 2019.

³⁵ DUARTE, Marina Vasquez. **Temas atuais de direito previdenciário e assistência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Por fim, a unicidade é tida como a regra de o beneficiário não poder acumular benefícios que substituem a sua remuneração, por exemplo as aposentadorias³⁶.

3. CONCEITO DE DESAPOSENTAÇÃO

A desaposentação, nas palavras de João Batista Lazzari e Carlos Alberto Pereira de Castro³⁷, “é o ato de desfazimento da aposentadoria por vontade do titular, para fins de aproveitamento do tempo de filiação em contagem para nova aposentadoria, no mesmo ou em outro regime previdenciário”.

Ainda, para o professor Martinez, a desaposentação é

Uma renúncia à aposentação, sem prejuízo do tempo de serviço ou do tempo de contribuição, per se irrenunciáveis, seguida ou não de volta ao trabalho, restituindo-se o que for atuariamente necessário para a manutenção do equilíbrio financeiro dos regimes envolvidos com o aproveitamento do período anterior no mesmo ou em outro regime de previdência social, sempre que a situação do segurado melhorar e isso não causar prejuízo a terceiros.³⁸

De forma mais sucinta, Frederico Amado³⁹ explica que se trata de “renúncia da aposentadoria por requerimento do segurado com o intuito de obter alguma vantagem previdenciária.”

Conclui-se, portanto, que a desaposentação é o ato que desfaz a aposentadoria, a pedido do titular, para utilizar o tempo de contribuição conquistado após a sua primeira aposentadoria, a fim de gerar um novo benefício mais vantajoso.

A doutrina majoritária abraça a tese. Para Sérgio Pinto

³⁶ HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito Previdenciário**. 10.ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

³⁷ CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 9.ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p.516.

³⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. São Paulo: LTr, 2008. p.36.

³⁹ AMADO, Frederico. **Legislação previdenciária para concursos: LPREV**. 4. ed. Salvador: Juspodvum, 2016. p.305.

Martins⁴⁰, a constituição não veda a desaposentação, logo, a partir da liberdade do cidadão, a omissão gera uma condição permissiva ao instituto.

A concessão da aposentadoria, como ensina Fábio Zambitte Ibrahim⁴¹, é um ato administrativo de natureza declaratório, haja vista reconhecer uma situação de fato ou de direito, mediante comprovação dos requisitos legais.

Em razão desse entendimento, superado o conceito de desaposentação, o diálogo travado posteriormente é sobre a devolução dos valores já recebidos pelo segurado até à renúncia de seu benefício, pois o INSS em sua defesa alega que o acolhimento da tese geraria enriquecimento ilícito ao aposentado renunciante.

Segundo Marina Vasquez Duarte, que entende possível a devolução dos valores:

Com a desaposentação e a reincorporação do tempo de serviço antes utilizado, a autarquia seria duplamente onerada se não tivesse de volta os valores antes recebidos, já que terá que conceder nova aposentadoria mais adiante, ou terá que expedir certidão de tempo de contribuição para que o segurado aproveite o período em outro regime previdenciário. Com a expedição da certidão de tempo de contribuição, a Autarquia Previdenciária terá de compensar financeiramente o órgão que concederá a nova aposentadoria, nos termos dos arts. 94 da Lei nº 8.213/91 e 4º da Lei nº 9.796, de 05.05.99. [...] O mais justo é conferir efeito *ex tunc* à desaposentação e fazer retornar o status quo ante, devendo o segurado restituir o recebido do órgão gestor durante todo o período que esteve beneficiado. Este novo ato que será deflagrado pela nova manifestação de vontade do segurado deve ter por consequência a eliminação de todo e qualquer ato que o primeiro ato possa ter causado para a parte contrária, no caso o INSS.⁴²

⁴⁰ MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 25. ed. São Paulo: Atlas. 2008. p. 347.

⁴¹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. p. 35.

⁴² DUARTE, Marina Vasquez. **Temas atuais de direito previdenciário e assistência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87.

Por outro lado, defendendo ser a desaposentação um ato desconstitutivo com efeitos efeito *ex nunc*, Correia e Correia:

em se tratando de ato de índole desconstitutiva, não haveria como se possibilitar qualquer retroação. Não havendo necessidade de devolução dos valores percebidos, diante da natureza revogatória da desaposentação.⁴³

Discussões doutrinárias a parte, a jurisprudência passou a apreciar a matéria, que após lograr decisões procedentes e improcedentes na primeira e segunda instância, passou a constar na pauta dos tribunais superiores.

4. INTERPRETAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede recurso especial com matéria repetitiva, n. 1.334.488/SC, em 08 de maio de 2013, prolatou decisão paradigma favorável aos segurados, reconhecendo o direito à renúncia do benefício, sem qualquer devolução dos valores recebidos. Na íntegra:

RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. DESAPOSENTAÇÃO E REAPOSENTAÇÃO. RENÚNCIA A APOSENTADORIA. CONCESSÃO DE NOVO E POSTERIOR JUBILAMENTO. DEVOLUÇÃO DE VALORES. DESNECESSIDADE. 1. Trata-se de Recursos Especiais com intuito, por parte do INSS, de declarar impossibilidade de renúncia a aposentadoria e, por parte do segurado, de dispensa de devolução de valores recebidos de aposentadoria a que pretende abdicar. 2. A pretensão do segurado consiste em renunciar à aposentadoria concedida para computar período contributivo utilizado, conjuntamente com os salários de contribuição da atividade em que permaneceu trabalhando, para

⁴³ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 309.

a concessão de posterior e nova aposentação. 3. Os benefícios previdenciários são direitos patrimoniais disponíveis e, portanto, suscetíveis de desistência pelos seus titulares, prescindindo-se da devolução dos valores recebidos da aposentadoria a que o segurado deseja preterir para a concessão de novo e posterior jubramento. Precedentes do STJ. 4. Ressalva do entendimento pessoal do Relator quanto à necessidade de devolução dos valores para a reaposestação, conforme votos vencidos proferidos no REsp 1.298.391/RS; nos Agravos Regimentais nos REsp 1.321.667/PR, 1.305.351/RS, 1.321.667/PR, 1.323.464/RS, 1.324.193/PR, 1.324.603/RS, 1.325.300/SC, 1.305.738/RS; e no AgRg no AREsp 103.509/PE. 5. No caso concreto, o Tribunal de origem reconheceu o direito à desaposestação, mas condicionou posterior aposentadoria ao ressarcimento dos valores recebidos do benefício anterior, razão por que deve ser afastada a imposição de devolução. 6. Recurso Especial do INSS não provido, e Recurso Especial do segurado provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ. (STJ - REsp: 1334488 SC 2012/0146387-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 08/05/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 14/05/2013).⁴⁴

Na oportunidade, o STJ reconheceu que o usufruto da aposentadoria é um direito disponível, cabível, portanto, de renúncia a qualquer momento por parte do titular do benefício.

Esse posicionamento é contrário à matéria de defesa alegada pelo INSS, pois a Autarquia defendia que a natureza de direito fundamental (artigo 7º, XXIV, CRFB/1988) ocasiona a sua irrenunciabilidade. Ainda, embasavam o argumento no artigo 181-B do Decreto 3.048/1999: “As aposentadorias por idade, tempo de contribuição e especial concedidas pela previdência social, na forma deste Regulamento, são irreversíveis e irrenunciáveis”⁴⁵.

⁴⁴ STJ – Superior Tribunal Federal. **RE1.334.488/SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social- INSS e Waldir Ossemer. Recorrido: Os mesmos. Santa Catarina, 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23214413/recurso-especial-resp-1334488-sc-2012-0146387-1-stj/inteiro-teor-23214414>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁴⁵ TERLAN, Dieison Alex; CARVALHO, Rodrigo de. A desapropriação no regime geral da previdência social. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da

Verifica-se que em relação a devolução dos valores, o julgamento não foi unânime, sendo o relator do processo vencido quanto a necessidade de devolver os valores recebidos.

Importante mencionar que antes do julgamento deste recurso representativo de controvérsia, o STJ já vinha se manifestando favoravelmente à tese, como se confirma nos autos AgRg no REsp 1324196, julgado em 16/08/2012:

PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO. NÃO CABIMENTO. RENÚNCIA DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DOS VALORES RECEBIDOS. DESNECESSIDADE. ANÁLISE DE VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO STF. 1. O reconhecimento pelo STF da repercussão geral não constitui hipótese de sobrestamento de recurso especial. 2. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, admite-se a renúncia à aposentadoria objetivando o aproveitamento do tempo de contribuição e posterior concessão de novo benefício, independentemente do regime previdenciário em que se encontra o segurado e da devolução dos valores percebidos. 3. A renúncia à aposentadoria, para fins de concessão de novo benefício, seja no mesmo regime ou em regime diverso, não implica a devolução dos valores percebidos. 4. Não cabe ao STJ, mesmo com a finalidade de prequestionamento, analisar suposta violação de dispositivos da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência do STF.⁴⁶

Para a Advocacia Geral da União (AGU) a desaposentação custaria R\$ 70 bilhões aos cofres do INSS⁴⁷.

UNIVALI. v. 4, n.1, p. 622-642, 1º Trimestre, 2013. Disponível em: http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/36/arquivo_036.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁴⁶ STJ – Superior Tribunal Federal. **AgRg no REsp 1.324.196**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Agravado: José Emanuel Menezes Guerra. Paraná, 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22299626/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1324196-pr-2012-0103926-6-stj/relatorio-e-voto-22299628>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁴⁷ BRASIL, AGU - Advocacia Geral da União. **AGU diz ao STF que desaposentação pode gerar impacto de mais de R\$ 70 bi ao INSS**. 2014. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/301378. Acesso em: 10 ago. 2019.

Entretanto, o caso foi direcionado ao Supremo Tribunal Federal (STF) por meio de Recursos Extraordinários (RE) interpostos naquela Corte.

5. INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A repercussão geral da desaposentação foi reconhecida e o tema recebeu o número 503.

Em 27 de outubro de 2016, após o pedido de vista dos autos pela Ministra Rosa Weber, o Supremo Tribunal Federal reuniu-se para finalizar o julgamento conjunto do RE 381367⁴⁸, RE 827833⁴⁹ e RE 661256⁵⁰ e apreciar, então, a constitucionalidade do artigo 18, § 2º, da Lei 8.213/1991, cuja redação é novamente reproduzida:

Art. 18 (...)

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social – RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado⁵¹.

A classe dos aposentados buscava a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo legal ao argumento de que o tempo de contribuição e contribuições vertidas para o Regime

⁴⁸ STF - Supremo Tribunal Federal. **RE 381367**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Lucia Costella e Outro(a/s). Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Rio Grande do Sul, 2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2109745>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁴⁹ STF - Supremo Tribunal Federal. **RE 827833**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Recorrente: União. Recorrido: Rose Mari Bargaen. Santa Catarina, 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4608022>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁵⁰ STF - Supremo Tribunal Federal. **RE 661256**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Recorrente: Instituto Nacional Do Seguro Social – INSS. Recorrido: Valdemar Roncaglio. Santa Catarina, 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4157562>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁵¹ BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, em 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

Geral de Previdência Social (RGPS) após a sua aposentadoria deveria gerar efeitos vantajosos em seu benefício.

A Corte, entretanto, entendeu de forma diversa. Para o STF a característica peculiar do sistema previdenciário nacional é a solidariedade, esta prevista no artigo 3º, inciso I, da CRFB/1988, como objetivo fundamental de nossa República.

O voto vencedor foi o do ministro Dias Toffoli, a quem cabe redigir o acórdão ainda não publicado no Diário Oficial. Para o ministro, dado o caráter solidário e contributivo do sistema previdenciário brasileiro, no qual os trabalhadores de hoje são responsáveis pelo custeio dos benefícios dos aposentados, não há qualquer inconstitucionalidade na norma que veda aos beneficiários que permaneceram no mercado de trabalho, ou a ele voltaram, o direito a qualquer benefício, exceto o salário-família ou a reabilitação profissional. Destacou que, como a Constituição Federal estabelece o princípio da universalidade do custeio da previdência, a vedação prevista na Lei 8.213/1991 é razoável, pois garante a solidariedade do regime. Lembrou ainda que a Constituição remete à legislação ordinária as hipóteses em que as contribuições previdenciárias repercutem de forma direta na concessão de benefícios. O ministro sustentou que a “desaposentação não possui previsão legal, pode não estar vedada na Constituição, mas não há previsão legal, assim sendo esse instituto não pode ter natureza jurídica de ato administrativo, que pressupõe previsão legal”⁵².

A favor da tese, o relator ministro Roberto Barroso argumentou em seu voto que:

Inexistem fundamentos legais válidos que impeçam a renúncia a aposentadoria concedida pelo Regime Geral da Previdência Social para o fim de requerer um novo benefício, mais vantajoso, tendo em conta contribuições obrigatórias efetuadas em razão

⁵² STF – Supremo Tribunal Federal. **Julgamento sobre desaposentação é suspenso por novo pedido de vista**. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278554>. Acesso em: 10 ago. 2019.

de atividade de trabalho realizada após o primeiro vínculo⁵³.

O ministro considerou que vedar a desaposentação sem que haja previsão legal seria o mesmo que obrigar o trabalhador a contribuir sem ter a perspectiva de benefício posterior, o que, segundo seu entendimento, é incompatível com a Constituição. Segundo ele, a Lei 8.213/1991, ao garantir ao aposentado que volta ao mercado de trabalho direito apenas à reabilitação profissional e ao salário-família não significa proibição de renúncia à aposentadoria inicial para a obtenção de novo benefício. Contudo, reconhecendo a necessidade de preservar o equilíbrio atuarial, o ministro propôs que o cálculo do novo benefício leve em consideração os proventos já recebidos pelo segurado. De acordo com sua proposta, no cálculo do novo benefício, os elementos idade e expectativa de vida, utilizados no cálculo do fator previdenciário – um redutor do valor do benefício para desestimular aposentadorias precoces –, devem ser idênticos aos aferidos no momento da aquisição da primeira aposentadoria, sob pena de burla ao sistema⁵⁴.

Acompanharam o voto do ministro Roberto Barroso os ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Por sua vez, os ministros Teori Zavascki, Edson Fachin, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Celso de Mello e Carmém Lúcia, foram contrários, acompanhando o voto do ministro Dias Toffoni.

Por maioria de votos, então, a Suprema Corte entendeu que apenas por meio de lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou volta do trabalhador ao mercado de trabalho após concessão da aposentadoria.

⁵³ STF – Supremo Tribunal Federal. **Ministro relator vota pela validade da desaposentação**. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277137>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁵⁴ STF – Supremo Tribunal Federal. **Ministro relator vota pela validade da desaposentação**. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277137>. Acesso em: 10 ago. 2019.

Registre-se que a tese já foi fixada pela Corte, porém a publicação do acórdão encontra-se pendente. Após isso, abrir-se-á prazo para interposição do recurso de embargos de declaração, que em tese, não alteraram o mérito do julgamento, podendo apenas buscar esclarecer algum argumento exposto na decisão⁵⁵.

6. A REFORMA DA PREVIDÊNCIA – PEC 287/2016 E PEC 6/2019

Em 05 de dezembro de 2016 foi proposta, pelo então Presidente da República, Michel Temer, o projeto de reforma da previdência, que visa alterar os artigos 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição Federal de 1988, para dispor sobre a seguridade social, estabelecer regras de transição e dar outras providências. Na Câmara dos deputados recebeu o número de tramitação 287/2016 (Projeto de Emenda à Constituição - PEC 287/2016⁵⁶).

Sem adentrar no íntimo da controversa reforma, assim que veio à tona os planos do Poder Executivo nacional de alterar as regras de concessão e financiamento dos benefícios previdenciários, enxergou-se a forma de providenciar o mecanismo - inexistente à época da análise da desaposentação pelo Supremo Tribunal Federal, que gerou a improcedência da tese, qual seja, autorização por meio de Lei.

Ora, a proposta de emenda à Constituição, ao invés de simples e pontuais alterações na legislação infraconstitucional, forneceria embasamento suficiente para ressurgirem os pedidos de renúncia ao benefício atual a fim de lograr novo benefício

⁵⁵ STF – Supremo Tribunal Federal. **Desaposentação**: plenário aprova tese de repercussão geral. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328278>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁵⁶ CÂMARA. **PEC 287/2016**. Altera os arts. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição e dá outras providências. 05 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514975&filename=PEC+287/2016. Acesso em: 10 ago. 2019.

mais vantajoso.

Todavia, o cenário no qual o Brasil se encontrava imerso quando da proposta não era favorável. Isso porque a PEC 287/2016 foi precedida da PEC 241/2016, que foi aprovada e se transformou na Emenda Constitucional 95 de 2016 (EC 95/2016). A referida Emenda Constitucional prevê mecanismos de contenção de gastos públicos pelo período de 20 anos.

Conforme Mansueto Almeida, Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, a reforma nos gastos públicos é necessária pois, caso contrário, a receita do Tesouro Nacional não será suficiente para saldar as despesas sociais ou os seus credores⁵⁷.

Talvez, sabendo do aumento da judicialização dos casos relativos à previdência social, a proposta de reforma também prevê a delegação de competência para Justiça Comum Estadual, nos locais onde não exista Vara Federal:

Também é transferida para a lei ordinária a previsão das hipóteses em que a Justiça Estadual pode julgar demandas em comarcas que não são sede da Vara Federal. A previsão da competência delegada à Justiça Estadual se justificava em um período em que existiam poucas varas federais, cenário que sofreu *1565E036* 1565E036 profunda alteração nas últimas décadas. De 1966 a 2014 foram criadas 970 varas federais, 5 Tribunais Regionais Federal, os Juizados Especiais Federais, as Turmas Recursais e as Turmas Regionais e Nacional de Unificação. Portanto, considerando a mudança e a expansão da Justiça Federal nas últimas décadas, lei ordinária poderá alterar, no futuro, as regras atuais que regem a matéria, previstas na Lei 5.010 de 1966.⁵⁸

⁵⁷ BRASIL, Ministério da Fazenda. **Esclarecimentos sobre a PEC 241**. 2016. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/sala-de-imprensa/artigos/2016/artigo-esclarecimentos-sobre-a-pec-241>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁵⁸ CÂMARA. **PEC 287/2016**. Altera os arts. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição e dá outras providências. 05 de dezembro de 2016. pp.26-27. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514975&filename=PEC+287/2016. Acesso em: 10 ago. 2019.

Neste contexto, a PEC 287/2016 não trouxe qualquer previsão acerca da possibilidade da desaposentação. O texto da proposta (disponível no site da Câmara dos Deputados) é introduzido, na sua justificativa, pelas alterações demográficas ocorridas no país nas últimas décadas e a necessidade de alterar as regras de concessão dos benefícios a fim de garantir a sobrevivência do sistema, como se interpreta a partir das seguintes razões:

Como é do conhecimento de Vossa Excelência, as mudanças demográficas impõem um grande desafio para o futuro da sociedade e, de modo particular, para a previdência social. Nosso país vem passando por um processo acelerado de envelhecimento populacional, em função da queda da taxa de fecundidade e do aumento da expectativa de sobrevida que ocorreu, principalmente, por conta das melhorias nas condições de vida da população.

(...)

Em suma, as linhas mestras da proposição estão descritas a seguir: a) Preservação do direito adquirido e proteção da expectativa de direito com regras claras de transição para homens com mais de 50 anos e mulheres com mais de 45 anos; b) Uniformização do tempo de contribuição e idade exigidos para a aposentadoria voluntária, com elevação da idade mínima; c) Extinção das aposentadorias especiais das atividades de risco e dos professores; d) Aplicação obrigatória, aos RPPS, do teto de benefícios do RGPS; e) Adoção de mesma regra de cálculo e reajustamento dos proventos de aposentadorias e das pensões em todos os regimes; f) Previsão de valor inicial de pensão diferenciado conforme número de dependentes; g) Irreversibilidade de cotas individuais de pensão a todos os regimes; h) Vedação de acúmulo de pensão por morte com aposentadoria por qualquer beneficiário ou de duas pensões por morte, pelo beneficiário cônjuge ou companheiro, oriundas de qualquer regime previdenciário; i) Harmonização do rol de dependentes de todos os regimes de previdência social; e j) Vedação do cômputo de tempo ficto para concessão de aposentadoria também no âmbito do RGPS.⁵⁹

⁵⁹ CÂMARA. PEC 287/2016. Altera os arts. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição e dá outras providências. 05

No governo do presidente Jair Messias Bolsonaro (PSL; 2019-2022), a partir de articulações do Ministro Paulo Guedes, apresentou-se a PEC 6/2019⁶⁰ com medidas mais radicais no sistema da seguridade social, como aumento do tempo de carência para aposentadorias programáveis, aumento do tempo de contribuição, fixação de idade mínima e majoração da alíquota de contribuição⁶¹. Todavia, assim como a PEC 287/2016, omitiu-se qualquer possibilidade de desaposentação⁶².

Resume-se que a reforma busca sugere limite de idade para a aposentadoria por tempo de contribuição, o aumento dos critérios para receber o benefício de forma integral, a desvinculação do reajuste do salário mínimo para alguns benefícios e a impossibilidade de cumular dois benefícios previdenciários. Ou seja, o legislador não inovou, quiçá citou, a eventual legalidade da desaposentação.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa abordou pontos essenciais da tese sobre a desaposentação de forma a introduzir o leitor ao desfecho da demanda junto ao Supremo Tribunal Federal. Além disso, considerando os diversos conceitos contidos em seu desenvolvimento é possível averiguar e ponderar acerca do acerto da decisão da Suprema Corte.

Adentrando no mérito da questão, verifica-se que o

de dezembro de 2016. pp.14-27. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514975&filename=PEC+287/2016. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁶⁰ CÂMARA. **PEC 6/2019**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁶¹ Até a data do fechamento deste artigo (11/08/2019), a proposta foi aprovada em dois turnos da Câmara dos Deputados e segue para análise do Senado Federal.

⁶² CÂMARA. **PEC 287/2016**. Altera os arts. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição e dá outras providências. 05 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514975&filename=PEC+287/2016. Acesso em: 10 ago. 2019.

divisor de águas adotado pelo STF a fim de blindar o seu argumento, realmente, é o princípio da solidariedade. A solidariedade é desmistificada com esmero pelo professor Wladimir Novaes Martinez:

Princípio da solidariedade social — Na previdência social, a solidariedade é essencial, e, exatamente por sua posição nuclear, esse preceito sustentáculo distinguiu-se dos básicos e técnicos, sobrepassando como diretriz elevada. Ausente, será impossível organizar a proteção social.

a) significado: Solidariedade quer dizer cooperação da maioria em favor da minoria, em certos casos, da totalidade em direção à individualidade. Dinâmica a sociedade, subsiste constante alteração dessas parcelas e, assim, num dado momento, todos contribuem e, noutro, muitos se beneficiam da participação da coletividade. Nessa ideia simples, cada um também se apropria de seu aporte. Financeiramente, o valor não utilizado por uns é canalizado para outros.

Significa a cotização de certas pessoas, com capacidade contributiva, em favor dos despossuídos. Socialmente considerada, é ajuda marcadamente anônima, traduzindo mútuo auxílio, mesmo obrigatório, dos indivíduos.⁶³

Interessante destacar que essa característica do RGPS não é algo estranho a nossa própria natureza e evolução como sociedade. Cardoso, esclarece:

A ideia de solidariedade não surgiu recentemente. Desde os tempos de Jesus Cristo - que pregava a doação aos necessitados - encontramos registros no sentido de que os homens devem ser solidários uns com os outros. Outro momento remoto em que a solidariedade já se evidenciava data da revolução francesa, cujo lema "igualdade, fraternidade e liberdade", trouxe o espírito de apoio aos mais necessitados, espírito esse que prevalece até os dias de hoje, embora predomine o sistema capitalista.

Não demorou muito para a solidariedade ser introduzida no

⁶³ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013. p.117.

estudo do Direito, surgindo em diversos ramos do direito civil, tais como o contratual e o da responsabilidade civil, passando a ser um instituto comumente de distribuição de direitos e, principalmente, deveres. Corolário da chamada “solidarização” no direito é o aparecimento do sistema de seguridade social, que se funda na estruturação do direito através da solidariedade social. No direito brasileiro, a solidariedade não é presumida, resultando de estipulação legal ou da vontade das partes. Assim, não se admite a aplicação da solidariedade por analogia.⁶⁴

Pode-se observar que a solidariedade sustenta a ideia de previdência puramente social, pois impede a adução de um sistema simplesmente de capitalização em todos os segmentos, vez que o mais bem-sucedido deve contribuir mais do que o desafortunado⁶⁵.

Contudo, em complemento aos argumentos, o julgamento foi resumido na tese de que somente por meio de lei autorizativa poderia haver o processamento da desaposentação.

No enredo político e econômico houve a expectativa de que tal impedimento fosse solucionado na PEC 287/2016 e agora da PEC 6/2019. Entretanto, com as contas públicas em declínio, percebe-se que a postura adotada é preservadora, buscando conter gastos e aprimorar os requisitos para concessão de benefícios.

Portanto, conclui-se que o prognóstico atual para a tese da desaposentação realmente é a de perecimento, em razão do custo que os cofres do INSS teriam que arcar para processar todos os pedidos realizados por aqueles aposentados que ainda permanecer ativos no mercado de trabalho recolhendo

⁶⁴ CARDOSO, Rodrigo Felix Sarruf. A solidariedade social e a contributividade como alicerces da Previdência Social dos servidores públicos civis. **Âmbito Jurídico**, 2017. p. 3. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1629. Acesso em: 10 ago. 2019.

⁶⁵ CARDOSO, Rodrigo Felix Sarruf. A solidariedade social e a contributividade como alicerces da Previdência Social dos servidores públicos civis. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1629. Acesso em: 10 ago. 2019.

contribuições para o sistema.

Ressalve-se, por fim, que embora a reforma em discussão, que, inclusive, pode tomar rumos diversos, nada impede que uma futura alteração possibilite a desaposentação, prevendo, como contrapartida a devolução de valores já recebidos. Afinal, o ponto crucial para afastar a tese, além do princípio da solidariedade, é a inexistência de lei autorizativa. Sabe-se, entretanto, que combates jurídicos acerca da natureza alimentar e a possibilidade de devolução com certeza surgiram e mais uma vez o Poder Judiciário precisará interpretar a legislação positiva para sanar a contenda.

REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Legislação previdenciária para concursos**: LPREV. 4. ed. Salvador: Juspodvum, 2016.

BOLLMANN, Vilian. Princípios da Previdência Social. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v.1, n.1, 3º quadrimestre, 2006. Disponível em: <http://www.univali.br/cienciapolitica>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Brasília, 6 de maio de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL. **Lei 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os

Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, em 24 de julho de 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL, AGU - Advocacia Geral da União. **AGU diz ao STF que desaposentação pode gerar impacto de mais de R\$ 70 bi ao INSS**. 2014. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/301378. Acesso em: 10 ago. 2019.

BRASIL, Ministério da Fazenda. **Esclarecimentos sobre a PEC 241**. 2016. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/sala-de-imprensa/artigos/2016/artigo-esclarecimentos-sobre-a-pec-241>. Acesso em: 10 ago. 2019.

CÂMARA. **PEC 6/2019**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece regras de transição e disposições transitórias, e dá outras providências. 20 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>. Acesso em: 10 ago. 2019.

CÂMARA. **PEC 287/2016**. Altera os arts. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição, para dispor sobre a seguridade social, estabelece regras de transição e dá outras providências. 05 de dezembro de 2016. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1514975&filename=PEC+287/2016. Acesso em: 10 ago. 2019.

CARDOSO, Rodrigo Felix Sarruf. A solidariedade social e a contributividade como alicerces da Previdência Social dos servidores públicos civis. **Âmbito Jurídico**, 2017. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1629. Acesso em: 10 ago. 2019.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**. 9. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DUARTE, Marina Vasquez. **Temas atuais de direito previdenciário e assistência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

HORVATH JUNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. 10. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 14. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Desaposentação: o caminho para uma melhor aposentadoria**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Desaposentação**. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 25. ed. São Paulo: Atlas. 2008.

MINAYO, Maria Cecilia de Sousa (org.). **Pesquisa social:**

Teoria, método e criatividade. Petrópolis: Vozes, 2001.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito previdenciário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à Constituição**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Desaposentação**: plenário aprova tese de repercussão geral. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328278>. Acesso em: 10 ago. 2019.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Julgamento sobre desaposentação é suspenso por novo pedido de vista**. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=278554>. Acesso em: 10 ago. 2019.

STF – Supremo Tribunal Federal. **Ministro relator vota pela validade da desaposentação**. 2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=277137>. Acesso em: 10 ago. 2019.

STF - Supremo Tribunal Federal. **RE 381367**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Recorrente: Lucia Costella e Outro(a/s). Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Rio Grande do Sul, 2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2109745>. Acesso em: 10 ago. 2019.

STF - Supremo Tribunal Federal. **RE 661256**. Relator: Ministro

Roberto Barroso. Recorrente: Instituto Nacional Do Seguro Social – INSS. Recorrido: Valdemar Roncaglio. Santa Catarina, 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4157562>. Acesso em: 10 ago. 2019.

STF - Supremo Tribunal Federal. **RE 827833**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Recorrente: União. Recorrido: Rose Mari Bargen. Santa Catarina, 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4608022>. Acesso em: 10 ago. 2019.

STF – Supremo Tribunal Federal. **STF considera inviável recálculo de aposentadoria por desaposentação sem previsão em lei**. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=328199>. Acesso em: 10 ago. 2019.

STJ – Superior Tribunal Federal. **AgRg no REsp 1.324.196**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Agravante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. Agravado: José Emanuel Menezes Guerra. Paraná, 2012. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22299626/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1324196-pr-2012-0103926-6-stj/relatorio-e-voto-22299628>. Acesso em: 10 ago. 2019.

STJ – Superior Tribunal Federal. **RE1.334.488/SC**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social- INSS e Waldir Ossemer. Recorrido: Os mesmos. Santa Catarina, 2013. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23214413/recurso-especial-resp-1334488-sc-2012-0146387-1-stj/inteiro-teor-23214414>. Acesso em: 10 ago. 2019.

TERLAN, Dieison Alex; CARVALHO, Rodrigo de. A desapropriação no regime geral da previdência social. **Revista**

Eletrônica de Iniciação Científica, Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.1, p. 622-642, 1º Trimestre, 2013. Disponível em: http://www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/direito/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/36/arquivo_036.pdf. Acesso em: 10 ago. 2019.

PROBLEMÁTICA DO TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO EM FACE DE SUA PROIBIÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Rodrigo Goldschmidt¹

Carla Vieira de Souza²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo abordar o tema do trabalho infantil, sua proibição prevista na Constituição Federal e seus malefícios, bem como o motivo de sua ocorrência. Discorre-se ainda sobre a ocorrência do trabalho infantil artístico, mediante ação de alvará para autorização judicial e os efeitos negativos que tal labor pode acarretar para a vida das crianças e adolescentes. Faz-se ainda uma análise relacional dos temas com o caso da menina Maísa da Silva Andrade, apresentadora mirim da televisão brasileira da emissora SBT (Sistema Brasileiro de Televisão), a qual iniciou o trabalho na mídia aos três anos de idade.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho infantil, apesar da proibição da Constituição Federal, ocorre frequentemente no Brasil e em números alarmantes e o presente trabalho visa abordar essa problemática, com enfoque nos prejuízos que o trabalho acarreta as crianças e adolescentes.

¹ Pós-Doutor em direito pela PUC/RS. Doutor em direito pela UFSC. Professor e Pesquisador do PPGD/UNESC. Juiz do Trabalho Titular do TRT12. Email: rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br.

² Mestra em direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense (UNESC), Especialista em direito e processo do trabalho pela Faculdade Damásio, Advogada inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, seção de Santa Catarina. Professora titular da disciplina de direito do trabalho I na FUCAP Univinte. E-mail: carla.vsouza@outlook.com.

O trabalho infantil pode ocorrer em virtude das desigualdades sociais, em que o infante ou adolescente se vê obrigado a ingressar precocemente no mercado de trabalho para sua subsistência e muitas vezes de sua própria família. O assunto é recorrente, pois essas pessoas em fase de desenvolvimento físico, mental e psicológico merecem proteção integral do Estado, da sociedade e da família, haja vista que o trabalho infantil os prejudicam severamente.

Aborda-se ainda o trabalho infantil artístico e seus impactos na vida das crianças e adolescentes, embora haja a proibição da Constituição Federal, a Consolidação das Leis do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho concedem uma exceção para o exercício desse trabalho, mediante autorização judicial.

Por fim, faz-se um fecho com o emblemático caso real da menina Maísa, apresentadora mirim da televisão brasileira que iniciou seu trabalho aos três anos de idade na emissora SBT (Sistema Brasileiro de Televisão), uma espécie de trabalho infantil artístico e quais foram seus desdobramentos.

Registre-se, ainda, que o presente trabalho adota o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica, documental e estudo de caso.

2. TRABALHO INFANTIL

Adentrando no tema, é importante definir o conceito de trabalho infantil. De acordo com Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Adolescente Trabalhador, segunda edição, assim preconiza:

O termo “trabalho infantil” refere-se, neste Plano, às atividades econômicas e/ou atividades de sobrevivência, com ou sem finalidade de lucro, remuneradas ou não, realizadas por crianças ou adolescentes em idade inferior a 16 (dezesesseis) anos, ressalvada a condição de aprendiz a partir dos 14 (quatorze) anos, independentemente da sua condição ocupacional. Para

efeitos de proteção ao adolescente trabalhador será considerado todo trabalho desempenhado por pessoa com idade entre 16 e 18 anos e, na condição de aprendiz, de 14 a 18 anos, conforme definido pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998³.

Cavalcante⁴ assevera que o trabalho infantil é aquele praticado por crianças e adolescentes com idade inferior aquela prevista legalmente para ingresso no mercado de trabalho. Com isso, entende-se como atividade proibida e sua abrangência deve ser enquadrada à realidade jurídica de cada país. Assevera ainda que o senso comum entende que a palavra “infantil” se refere apenas às crianças, porém, trabalho infantil não se confunde com o período até a puberdade, ele vai até a adolescência.

Para os procuradores do trabalho Doutor Xisto Tiago de Medeiros Neto e Doutor Rafael Dias Marques o trabalho infantil é: “a realização, por crianças e adolescentes com idade inferior a 16 anos, tanto de atividades que visem a obtenção de ganho para prover o sustento próprio e/ou da família, como também o labor que não tenha natureza remunerada”⁵.

O trabalho infantil é vedado pela Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XXXIII⁶, a fim de evitar a exploração do trabalho das crianças e adolescentes, sendo ele vedado aos menores de dezesseis anos, salvo a partir de quatorze anos, na condição de aprendiz.

³ Brasil. Plano Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil e Proteção ao Trabalhador Adolescente. Brasília, Ministério do Trabalho e Emprego, Secretaria de Inspeção do Trabalho, 2004.

⁴ CAVALCANTE, Sandra Regina. Trabalho Infantil Artístico: do Deslumbramento à Ilegalidade. São Paulo: LTr, 2011, p.27.

⁵ MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de; MARQUES, Rafael Dias. Manual de Atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2013, p. 07.

⁶ Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos.

No mesmo texto constitucional, em seu artigo 1º, inciso IV⁷, consta como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil os valores sociais do trabalho. Em consonância, o artigo 6º⁸, preconiza que o trabalho e a proteção à infância são direitos sociais.

Apesar de o trabalho infantil ser vedado pela Carta Magna ele ocorre frequentemente, em números alarmantes. De acordo com o Censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no ano de 2010, constatou-se que existem 3.406.514 (três milhões, quatrocentos e seis mil e quinhentos e quatorze) crianças e adolescentes, entre 10 (dez) à 17 (dezesete) anos de idade, realizando trabalho infantil, um número exorbitante de pessoas em desenvolvimento que não deveriam estar laborando.

O uso da mão de obra infantil é uma forma de precarização do trabalho. Nesse sentido, Hillesheim e Silva explicam acerca do tema:

A precarização das relações de trabalho, que se intensifica com o modelo de acumulação flexível, constitui hoje uma das causas que acelera o fenômeno do trabalho infantil e da exploração do adolescente no trabalho. É sempre conveniente lembrar que se é verdade que a realidade social e econômica leva crianças e adolescentes para o mercado de trabalho em condições precárias, é também verdade que esta situação é mantida por causa dos interesses do capital. Estes trabalhadores (crianças e adolescentes) se tornam mão-de-obra barata, portanto, reduzem os custos da produção e, além disso, produzem, em termos quantitativos e até qualitativos, tanto quanto um trabalhador adulto⁹.

⁷ Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

⁸ Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

⁹ HILLESHEIM, Jaime; SILVA, Juliana da. As marcas do trabalho: acidentes envolvendo adolescentes em Blumenau. *Relatório Final de Pesquisa*, II Fórum Anual de Iniciação Científica, Blumenau, Universidade Regional de Blumenau, set. 2003, p. 06.

A legislação se preocupou em proteger esse grupo, haja vista que as crianças e adolescentes possuem características anatômicas, fisiológicas e psicológicas diferentes dos adultos (características biopsicosociais)¹⁰, merecendo proteção integral do Estado, sociedade e da família, consubstanciado no artigo 227 da Constituição Federal¹¹.

Carvalho¹², em sua dissertação, afirma que o princípio da proteção integral é importantíssimo, haja vista que com o passar do tempo as crianças modificam seus aspectos físicos e psíquicos de acordo com seu estado psicológico e fisiológico devido as suas experiências. Com isso, proporcionará uma infância e adolescência tranquila e sadia, com ingresso na vida adulta de forma digna e com satisfação.

De acordo com Martins¹³ existem quatro fundamentos principais para a proteção do trabalho de crianças e adolescentes, os quais são: cultural, moral, fisiológico e de segurança. O primeiro fundamento se refere aos estudos, pois o menor deve receber instrução; o segundo serve para assegurar a moralidade desse grupo, com o objetivo de preservar a integridade psicológica; o terceiro fundamento é a proibição para realização do trabalho em locais perigosos, insalubres, penosos, noturnos ou que prejudiquem o desenvolvimento psicossomático das crianças e adolescentes. Por fim, o último fundamento que concerne a segurança possuiu o intuito de adotar medidas protecionistas à integridade do menor em acidentes de trabalho.

¹⁰ LIMA, Consuelo Generoso Coelho de Lima. O Impacto do Trabalho Precoce na Vida de Crianças e Adolescentes: Aspectos da Saúde Física e Mental, Cultural e Econômico.

¹¹ 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.

¹² CARVALHO. Luciana Paula Vaz. **O TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: NORMAS E AÇÕES DE PROTEÇÃO**. São Paulo, 2010, p. 20.

¹³ MARTINS. Sérgio pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva. 2015, p. 541.

Ademais, a Psicologia demonstra as deficiências que o trabalho infantil pode acarretar para o desenvolvimento da pessoa, uma vez que a criança perde a fase da vida em que deveria estar brincando, desenvolvendo-se física e psicologicamente por meio de atividades lúdicas¹⁴.

A Organização Internacional do Trabalho preconiza que a infância deve ser protegida com o objetivo de garantir o pleno desenvolvimento das pessoas em formação, assim:

A infância é um período de vida que não deve ser consagrado no trabalho, mas à educação e ao desenvolvimento; de que o trabalho infantil, por sua natureza ou pelas condições em que é feito, muitas vezes põe em risco a possibilidade de a criança se tornar um adulto produtivo, capaz de assumir seu lugar na comunidade e, finalmente, de que o trabalho infantil não é inevitável e de que é possível se evoluir para sua redução, e mesmo para a sua eliminação, quando existe a vontade política de combatê-lo¹⁵.

Um dos fatos determinantes para a ocorrência do trabalho infantil é a condição de pobreza, sendo um fator relevante para o referido fenômeno. As características da criança, do responsável pela família, do mercado de trabalho, a localização e a estrutura familiar também são bastante correlacionadas com o trabalho infantil¹⁶.

Nesse mesmo sentido, a estrutura familiar monoparental está em condições geralmente de pobreza, principalmente devido às diferenças salariais provocadas pela condição de gênero no mercado de trabalho e ao nível de educação,

¹⁴ CAMPOS, H. C. e FRANCISCHINI, R. (2003). Trabalho infantil produtivo e desenvolvimento humano. *Psicologia em Estudos*, 8(1), 119-129. Maringá, Jan./Junho.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego, 06 de junho de 1973, p. 09.

¹⁶ CACCIAMALI, M. C.; FERREIRA BATISTA, N. N. Migração familiar, trabalho infantil e ciclo intergeracional da pobreza no estado de São Paulo. In: Encontro regional da ABET, 6, 2007, Paraíba. *Anais*. João Pessoa: ABET, 2007.

características que podem reduzir a renda domiciliar e, contribuem, possivelmente, para o trabalho infantil¹⁷.

De acordo com Mesquita e Ramalho¹⁸ o trabalho infantil é um problema social que causa malefícios ao longo do tempo na vida das crianças, haja vista que acarreta problemas de desempenho escolar, que pode acarretar recebimento de menores salários na vida adulta, além de problemas de saúde. No Brasil, ainda existe muitas crianças trabalhando, persistindo o grande problema, apesar de o número ter sido reduzido nas últimas décadas.

Existem diversas espécies de trabalho infantil, todos vedados pelo ordenamento jurídico brasileiro, tais como trabalho doméstico, no campo, nas ruas, trabalho perigoso, exploração sexual, insalubre ou qualquer atividade que prejudique o desenvolvimento de crianças e adolescentes, entre outros.

Segundo Aguiar Junior e Vasconcellos¹⁹ a erradicação do trabalho infantil demanda urgência, haja vista que ele causa danos à saúde e ao desenvolvimento físico, psicológico e social das crianças e adolescentes. Esse trabalho contraria o que preconiza a Declaração Universal dos Direitos da Criança de 1959, “que a humanidade deve o melhor de seus esforços às crianças”.

O Trabalho Infantil no Brasil é um grave problema social, milhares de crianças se veem obrigadas a trabalhar precocemente, para sua própria sobrevivência e muitas vezes de sua família, deixando a infância e os estudos em segundo plano, ferindo os direitos humanos das crianças e adolescentes.

¹⁷ CARLOTO, C. M. A chefia familiar feminina nas famílias monoparentais em situação de extrema pobreza. **Revista Virtual Textos e Contextos**, v. 4, n. 4, 2005.

¹⁸ MESQUITA, Shirley Pereira de; RAMALHO, Hilton Martins de Brito. Trabalho infantil no Brasil urbano: qual a importância da estrutura familiar? **Revista de Economia Contemporânea**, [s.l.], v. 19, n. 1, p.97-134, abr. 2015. FapUNIFESP (SciELO).

¹⁹ AGUIAR JUNIOR, Valdinei Santos de; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. A importância histórica e social da infância para a construção do direito à saúde no trabalho. **Saúde e Sociedade**, [s.l.], v. 26, n. 1, p.271-285, mar. 2017. FapUNIFESP (SciELO).

3. TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO

Apesar da vedação do trabalho infantil para menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz aos quatorze anos, o trabalho infantil artístico é permitido, desde que requerido alvará judicial com a respectiva autorização, analisando-se caso a caso o trabalho a ser exercido pelo infante ou adolescente.

Esse trabalho é autorizado pela Consolidação das Leis do Trabalho e pelo Estatuto da Criança e Adolescente em situações excepcionais, podendo o indivíduo que ainda não completou 16 anos realizá-lo mediante autorização judicial (artigos 405 e 406 da CLT e 149, II, §§ 1º e 2º do Estatuto da Criança e Adolescente).

A Organização Internacional do Trabalho (OIT), em sua Convenção nº 138 do ano de 1973, em seu artigo 8º²⁰, também prevê a possibilidade do trabalho infanto-juvenil artístico, mediante autorização judicial específica para cada caso concreto.

Contudo, a exploração do trabalho infantil ainda persiste atualmente, sendo amenizada no decorrer do tempo pelas diversas legislações e tratados internacionais firmados. Ela ocorre devido a diversos fatores, tais como a injusta desigualdade de distribuição de renda e pobreza das famílias, que facilitam a aceitação cultural do trabalho infantil nessas condições. Ademais, ainda persiste o fator do ensino básico (fundamental e médio) ser precário, não proporcionando as crianças e adolescentes o refúgio do trabalho.

O trabalho artístico, apesar de ser considerado por muitos como uma arte e liberdade cultural, também deve ser

²⁰ Artigo 8º. A autoridade competente poderá conceder, mediante prévia consulta às organizações interessadas de empregadores e de trabalhadores, quando tais organizações existirem, por meio de permissões individuais, exceções à proibição de ser admitido ao emprego ou de trabalhar, que prevê o artigo 2 da presente Convenção, no caso de finalidades tais como as de participar em representações artísticas.

abordado como um trabalho, que possui certos requisitos próprios: tais como a subordinação, se não for realizado de forma autônoma, pessoalidade, não eventualidade e onerosidade.

No caso das crianças e adolescentes, o trabalho infantil artístico muitas vezes pode ser tão prejudicial para seus desenvolvimentos quanto outra espécie de trabalho similar. Para Cavalcante²¹ o trabalho artístico, apesar de propiciar aos sujeitos certa formação cultural e ter uma remuneração elevada, exige elevado esforço, dedicação e treinamento ao ser executado. Com isso, pode trazer consequências danosas, tais como pouca dedicação à escola e dificuldade de desenvolvimento físico, psicológico, emocional, moral e social de crianças e adolescentes.

O sistema capitalista está presente no Brasil e quando o trabalho artístico deixa de ser somente arte e adquire um cunho econômico acerbado, os direitos fundamentais desse grupo são violados, não garantindo a proteção integral que o Estado prevê. De acordo Camargo: “os direitos fundamentais de que são sujeitos crianças e adolescentes devem subordinar esta atividade econômica e não o contrário, fazendo prevalecer os interesses individuais destes seres em especial fase de desenvolvimento sobre os interesses econômicos”²².

Para as crianças e adolescentes brincar é fundamental, sendo que essa atividade promove o desenvolvimento global do infante. Elas servem de estrutura para a futura capacidade do ser adulto para desenvolver atividades científicas, artísticas e culturais. Contudo, a brincadeira de cunho artístico não segue

²¹ CAVALCANTE, Sandra Regina. Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade. São Paulo: LTr, 2011.

²² CAMARGO, Angélica Maria Juste. O PAPEL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE EM FACE DA ATIVIDADE ECONÔMICA: O TRABALHO ARTÍSTICO. Curitiba, 2010, p. 74.

nenhum padrão, ela é livre, sem qualquer nexos ou sentido, totalmente diversa do trabalho artístico²³.

Segundo Oliva²⁴ o trabalho infantil artístico pode ser muito árduo para os infantes, pois “alguns minutos em cena (...) podem representar o resultado de horas de estudo (para a memorização de texto) e ensaios, que causam não apenas estafa física, mas também mental”.

Nesse mesmo sentido discorre a Psicóloga Lacombe a respeito do trabalho infantil televisivo:

O trabalho em televisão é, por excelência, espaço de produção, eficiência e rapidez. No lema que faz parte da linguagem comum de seus trabalhadores, fazer televisão é “matar um leão por dia. É um trabalho de superação, onde o impossível praticamente não existe, a não ser onde não há esforço²⁵.

O trabalho artístico possui camuflado muita disciplina, treinamento, dedicação e sacrifícios para as crianças e adolescentes, que acabam não sendo percebidos por grande parte das pessoas apreciadoras da arte. No caso do trabalho infantil artístico isso também ocorre, em proporções mais severas, haja vista que o prestador do serviço é mais frágil, suscetível a cansar-se e se irritar com maior facilidade. Nesse ambiente com regras próprias que eles necessitam se adequar, além do fato da convivência diária com o mundo adulto, o amadurecimento precoce é umas das consequências que ocorrerá²⁶.

²³ Sandra Regina. **Trabalho artístico na infância: estudo qualitativo em saúde do trabalhador**. 2012. 229 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Saúde Pública, Universidade de São Paulo Faculdade de Saúde Pública, São Paulo, 2012.

²⁴ OLIVA, José Roberto Dantas. O trabalho infanto-juvenil artístico e a idade mínima: sobre a necessidade de regulamentação e a competência para sua autorização. **Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV**. n. 3, p. 120-152, ano 2010.

²⁵ LACOMBE, Renata. **A infância dos bastidores e os bastidores da infância: uma experiência com crianças que trabalham em televisão**. Dissertação de Mestrado para o Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica do Departamento de Psicologia da PUC-RIO, Rio de Janeiro: PUC. 2006, p. 14.

²⁶ CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade**. São Paulo: LTr, 2011.

Vale mencionar ainda que muitas vezes as crianças e adolescentes ingressam no trabalho artístico por impulso obrigatório dos pais, deixando seus estudos e sua infância de lado para seguir uma carreira artística. Assim assevera Cavalcante²⁷:

É preciso considerar, nas situações que os pais parecem como incentivadores do trabalho de seus filhos, que isso ocorre por desconhecimento das repercussões danosas à saúde, ignorância esta que permeia toda a sociedade. Hoje há na cultura geral um mito que o trabalho é bom. O trabalho é bom, desde que seja feito na face correta, na medida certa, na função adequada à fase da vida que a pessoa vive.

Ademais, o trabalho infanto-juvenil artístico pode ser muito prejudicial para o futuro das crianças e adolescentes, pois muitas vezes não investem nos estudos e acabam que a carreira artística não logra êxito, tampouco possuem a vida educacional concluída, não possuindo nenhum dos dois na vida adulta.

As apresentações artísticas não podem ser vistas como parte fundamental da formação educacional do adolescente ou de seu lazer. Os pais ou responsáveis legais, por sua vez, possuem a responsabilidade de zelar pela vida do menor, não permitindo que o trabalho se inicie demasiadamente cedo ou que acabe sufocando o que a criança possui de melhor. São visíveis vários casos em que jovens talentos não perduraram na vida adulta, por determinado motivo, sendo que ficam prejudicados, pois não investiram nos estudos e acabaram também sem os valores artísticos²⁸.

O trabalho artístico televisivo acarreta um amadurecimento precoce em crianças e adolescentes, podem acarretar ainda transtornos graves por gravarem cenas de

²⁷ CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade**. São Paulo: LTr, 2011, p. 40.

²⁸ SILVA, Homero Batista Mateus. **Curso de direito de trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho. Trabalho da mulher e do menor**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.

conflitos familiares, pois não possuem discernimento de separar realidade de ficção, pois estão em fase de formação²⁹.

Com isso, vê-se que o trabalho infantil artístico traz prejuízos para as crianças e adolescentes, em maior ou menor grau quanto outra espécie de trabalho infantil proibido pela legislação brasileira. Ele deve ser analisado com tamanha cautela pelos magistrados para o deferimento do alvará judicial solicitando autorização para exercício desse labor, haja vista que esse grupo merece proteção integral, tendo em vista estarem em fase de desenvolvimento.

4. CASO MUDIÁTICO DA MENINA MAÍSA

Maísa da Silva Andrade começou a trabalhar na televisão brasileira da emissora SBT (Sistema Brasileiro de Televisão) com três anos de idade. Os familiares conseguiram judicialmente um alvará autorizando a menina a se apresentar no Programa “Bom Dia & Cia”, destinado ao público infantil.

Posteriormente, ela começou a se apresentar no Programa do Silvio Santos que seu público alvo é destinado para adultos, sem autorização judicial. No ano de 2009 no referido programa, o apresentador Silvio Santos trouxe para o palco uma criança fantasiada de monstro e a menina assustou-se e saiu correndo pelo estúdio chorando e gritando desesperadamente. Devido a tal fato, Maisa bateu a cabeça em uma das câmeras instaladas no palco, que lhe machucou um pouco.

Nesse sentido, Custódio e Chaves discorrem sobre o caso:

A menina Maísa se tornou apresentadora de um programa diário, antes mesmo dos 5 anos de idade. Exposta publicamente, teve crises de choro, ao vivo, durante um

²⁹ SERAFIM, Cristiane Marcolino. **Trabalho infantil em programas televisivos**: análise dos limites legais e autorizações judiciais. 2011. Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC. Criciúma. 2011.

programa em que debatia com seu patrão, e mesmo com a intervenção do Ministério Público Federal de São Paulo e a consequente cassação da licença por parte da Vara da Infância e Juventude de Osasco, a decisão foi lamentada pela sua família, o que demonstra como a mídia influencia o imaginário da população brasileira. Apesar de a menina estar abalada psicologicamente, os pais de Maísa não compreenderam a dimensão do problema do trabalho na infância de sua filha, visto que o deslumbramento causado pelo trabalho na televisão acaba por fazer com que a família e a própria sociedade não vejam os malefícios da precoce trajetória de uma criança no mercado de trabalho³⁰.

Diante da gravidade do caso e afronta aos direitos humanos da criança em questão, o Ministério Público do Trabalho ingressou com uma ação civil pública, para apurar o caso e comprovar a irregularidade do trabalho, haja vista que ele é proibido pela Constituição Federal até os dezesseis anos de idade.

Culminou o ajuizamento da ação, principalmente pelo fato de que na data de 10 (dez) de maio do ano de 2009, durante o programa do Sílvio Santos, Maisa foi trancada em uma mala e se assustou. Após isso, apareceu no palco um menino mascarado, sendo que a menina entrou em desespero, chorando excessivamente. No programa seguinte, no dia 17 (dezesete), o Sílvio Santos confrontou Maisa por ela ter chorado e se assustado no Programa anterior, sendo que devido a isso ela ficou nervosa e começou a chorar novamente, saindo correndo e batendo a cabeça em uma câmera³¹.

Apesar de existir proibição do trabalho infantil a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz aos quatorze

³⁰ CUSTÓDIO, André Viana; CHAVES, Patrícia Adriana. Trabalho infantil artístico: a ilegalidade oculta pelos mitos culturais. In: CUSTÓDIO, André Viana; DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Suzéte da Silva. **Direitos humanos de crianças e adolescentes e políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2014, p. 23-24.

³¹ FNDC, Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação. **Maisa está proibida pela Justiça de participar do 'Programa Sílvio Santos'**. Brasília, 2009.

anos, bem como não ser permitido trabalhos penosos, insalubres, perigosos e que afrontem os direitos básicos das crianças e adolescentes, a ação civil pública foi julgada improcedente, bem como o recurso interposto ao Tribunal Superior do Trabalho também.

Ambos alegaram que o fato em questão não se trata de direito coletivo e sim individual, além do que a conduta ocorrida no programa do Silvio Santos foi um fato isolado. Assim segue trecho do Acórdão nº TST-AIRR-98000-62.2009.5.02.0382 do TST, vejamos:

O fato isolado ocorrido no Programa Sílvio Santos não configura violação de direito coletivo, senão virtual afronta a direito individual, não tutelável por ação civil pública. De resto, conforme notícia o acórdão regional, o Juízo da Infância e Juventude, atento ao trauma causado à pequena Maísa, já revogou o alvará que autorizava sua participação no Programa Sílvio Santos, mantendo apenas a permissão para sua atuação no programa Bom Dia & Cia³².

Com isso, a menina Maísa continuou a laborar em programas de televisão, desde seus três anos de idade, até os dias atuais, sendo que possui quinze anos e ainda permanece trabalhando na área televisiva.

Não é possível identificar se este trabalho precoce lhe causou ou vem causando traumas, perdas da infância e prejuízo nos estudos, haja vista que não foi realizado um estudo para o caso concreto. Contudo, pelo conhecimento doutrinário de profissionais do direito e da psicologia o trabalho infantil artístico prejudica e muito o desenvolvimento sadio de crianças e adolescentes, sendo vedado pela grande maioria autores.

³² BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº TST-AIRR-98000-62.2009.5.02.0382. Agravante: e Ministério Público do Trabalho da 2ª região. Agravada: TV SBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S.A. Relator: Ministro Relator Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2013. Brasília, p. 10.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme o exposto, apesar do trabalho infantil ser proibido pela Constituição no que tange aos menores de dezesseis, salvo aos quatorze anos na condição de aprendiz, ele ocorre frequentemente no Brasil, em números assustadores, sendo necessário uma frequente fiscalização e combate a essa prática ilegal.

Constata-se que um dos motivos para a ocorrência do trabalho precoce é a grande desigualdade social prevista no país, levando as crianças e os adolescentes a ingressarem no mercado de trabalho informal para sua própria subsistência e muitas vezes, também, de sua família.

Além disso, ocorre diariamente e sem oposição da sociedade o trabalho infantil artístico, embora seja vedado qualquer espécie de trabalho pela Carta Magna, excetuado a condição de aprendiz. Há previsão infraconstitucional, na Consolidação das Leis do Trabalho, no Estatuto da Criança e Adolescente e na Organização Internacional do Trabalho a permissão desse trabalho, desde que precedido de uma autorização judicial.

Ocorre que esse trabalho, bem como os demais trabalhos infantis são prejudiciais para o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, pois afeta a infância deles, bem como prejudica os estudos e o crescimento físico, mental e psicológico, devendo ser vedado também pelo Poder Judiciário, não concedendo alvará judicial para a realização da atividade.

Nesse sentido, averiguou-se que o caso da menina Maísa é uma típica espécie de trabalho infantil artístico, que se iniciou aos três anos de idade. No caso em apreço, ela sofreu diversas afrontas aos seus direitos humanos durante a apresentação do Programa do Silvio Santos, tendo prejuízos ao seu pleno desenvolvimento no exercício do trabalho. Atualmente, Maísa está com quinze anos de idade, não sendo possível constatar se há prejuízos desencadeados que estão

ocorrendo no decorrer de sua adolescência e posteriormente quando adquirir a vida adulta, pois não se fez um estudo específico sobre esse ponto.

Por fim, o trabalho infantil, seja ele o doméstico, nas ruas, em atividades rurais ou até mesmo o artístico, é totalmente prejudicial para as crianças e adolescentes, sendo por tal motivo vedado pela Carta Magna, sem prever exceções para o labor artístico, pois esse grupo merece proteção integral do Estado, da sociedade e da família.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Valdinei Santos de; VASCONCELLOS, Luiz Carlos Fadel de. A importância histórica e social da infância para a construção do direito à saúde no trabalho. **Saúde e Sociedade**, [s.l.], v. 26, n. 1, p.271-285, mar. 2017.

FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s0104-12902017159018>. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010412902017000100271&lang=pt. Acesso em: 07 ago. 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em: 21 jun. 2017. A.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm, Acesso em: 10 de janeiro de 2017. B.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**, de 1º de maio de 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm, Acesso em: 10 de janeiro de 2017. C.

BRASIL. Decreto nº. 3.597, de 12 de Setembro de 2000. - **Promulga Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação**, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03 /decreto/D3597.htm. Acesso em: 04 de agos. 2017. D.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão nº TST-AIRR-98000-62.2009.5.02.0382. Agravante: e MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO. Agravada: TV SBT CANAL 4 DE SÃO PAULO S.A.. Relator: Ministro Relator Márcio Eurico Vitral Amaro. Brasília, DF, 18 de dezembro de 2013. Brasília. Disponível em: <http://www4.trt23.jus.br/revista/content/processo-nº-tst-airr-98000-6220095020382>. Acesso em: 25 jul. 2017.

CACCIAMALI, M. C.; FERREIRA BATISTA, N. N. Migração familiar, trabalho infantil e ciclo intergeracional da pobreza no estado de São Paulo. *In*: Encontro regional da ABET, 6, 2007, Paraíba. **Anais**. João Pessoa: ABET, 2007. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&pid=S14159848201500010009700011&lng=en. Acesso em: 30 jul. 2017.

CAMARGO. Angélica Maria Juste. **O papel do estado na proteção dos direitos da criança e do adolescente em face da atividade econômica**: o trabalho artístico. Curitiba, 2010. Disponível em: [file:///C:/Users/carla/Documents/Downloads/UNICURITIBA__ANG%C3%89LICA_MARIA_JUSTE_CAMARGO__disserta%C3%A7%C3%A3o_d%C2%BF%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/carla/Documents/Downloads/UNICURITIBA__ANG%C3%89LICA_MARIA_JUSTE_CAMARGO__disserta%C3%A7%C3%A3o_d%C2%BF%20(2).pdf), Acesso em: 10 de fevereiro de 2017.

CAMPOS, H. C. e FRANCISCHINI, R. Trabalho infantil produtivo e desenvolvimento humano. **Psicologia em Estudos**, 8(1), 119-129. Maringá, Jan./Junho, 2003.

CARLOTO, C. M. A chefia familiar feminina nas famílias monoparentais em situação de extrema pobreza. **Revista Virtual Textos e Contextos**, v. 4, n. 4, 2005. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/3215/321527157004/f>, Acesso em: 04 de agosto de 2017.

CARVALHO. Luciana Paula Vaz. **O trabalho da criança e do adolescente no ordenamento jurídico brasileiro: normas e ações de proteção**. São Paulo, 2010. Disponível em: <https://sapiencia.pucsp.br/bitstream/handle/9120/1/Luciana%20Paula%20Vaz%20de%20Carvalho.pdf>. Acesso em: 01 de agosto de 2017.

CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho infantil artístico: do deslumbramento à ilegalidade**. São Paulo: LTr, 2011.

CAVALCANTE, Sandra Regina. **Trabalho artístico na infância: estudo qualitativo em saúde do trabalhador**. 2012. 229 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Saúde Pública, Universidade de São Paulo Faculdade de Saúde Pública, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/6/6134/tde-25052012-141746/pt-br.php>. Acesso em: 07 ago. 2017.

CUSTÓDIO, André Viana; CHAVES, Patrícia Adriana. Trabalho infantil artístico: a ilegalidade oculta pelos mitos culturais. *In*: CUSTÓDIO, André Viana; DIAS, Felipe da Veiga; REIS, Suzéte da Silva. **Direitos humanos de crianças e adolescentes e políticas públicas**. Curitiba: Multideia, 2014. p. 15-26.

INSTITUTO Brasileiro de Geografia e estatística. **Trabalho Infantil**. 2010. Disponível em: <http://censo2010.ibge.gov.br/apps/trabalho infantil/outros/graficos.html>. Acesso em: 15 jun. 2017.

FNDC, fórum nacional pela democratização da comunicação. **Maisa está proibida pela Justiça de participar do 'Programa Silvio Santos'**. Brasília, 2009.

HILLESHEIM, Jaime; SILVA, Juliana da. **As marcas do trabalho**: acidentes envolvendo adolescentes em Blumenau. *Relatório Final de Pesquisa*, II Fórum Anual de Iniciação Científica, Blumenau, Universidade Regional de Blumenau, set. 2003.

LACOMBE, Renata. **A infância dos bastidores e os bastidores da infância**: uma experiência com crianças que trabalham em televisão. Dissertação de Mestrado para o Programa de Pós-Graduação em Psicologia Clínica do Departamento de Psicologia da PUC-RIO, Rio de Janeiro: PUC. 2006.

LIMA, Consuelo Generoso Coelho de Lima. **O impacto do trabalho precoce na vida de crianças e adolescentes**: aspectos da saúde física e mental, cultural e econômico. p. 34. Disponível em http://portal.mte.gov.br/data/files/FF8080812BCB2790012BD5176A277C89/pub_541.pdf. Acesso em: 20/01/2017.

MARTINS. Sérgio Pinto. **Direito do trabalho**. São Paulo: Saraiva. 2015.

MESQUITA, Shirley Pereira de; RAMALHO, Hilton Martins de Brito. Trabalho infantil no Brasil urbano: qual a importância da estrutura familiar? **Revista de Economia**

Contemporânea, [s.l.], v. 19, n. 1, p.97-134, abr. 2015.
FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/198055271915>. Disponível em: 10.1590/198055271915.
Acesso em: 04 ago. 2017.

MINISTÉRIO Público analisa fitas para proteger Maísa contra possíveis "atos de exploração". 21/05/2009. Disponível em <http://babado.ig.com.br/noticias/2009/05/21/ministerio+publico+federal+de+sp+invest+iga+exposicao+de+maisa+no+programa+silvio+santos+6266010.html>. Acesso em 24 de julho de 2009.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de; MARQUES, Rafael Dias. **Manual de atuação do Ministério Público na prevenção e erradicação do trabalho infantil**. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2013.

SERAFIM, Cristiane Marcolino. **Trabalho infantil em programas televisivos: análise dos limites legais e autorizações judiciais**. 2011. Trabalho de conclusão de curso, apresentado para obtenção do grau de Bacharel no curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense, UNESC. Criciúma. 2011.

SILVA, Homero Batista Mateus. **Curso de direito de trabalho aplicado: segurança e medicina do trabalho, trabalho da mulher e do menor**. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2008.

OLIVA, José Roberto Dantas. O trabalho infanto-juvenil artístico e a idade mínima: sobre a necessidade de regulamentação e a competência para sua autorização. **Revista da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 15ª Região – Amatra XV**. n. 3, p. 120-152, ano 2010.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Convenção nº 138 sobre a idade mínima de admissão ao emprego.** 06 de junho de 1973. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/2237892/0/Conven%C3%A7%C3%A3o+138+da+OIT++Idade+m%C3%ADnima+de+admiss%C3%A3o+ao+emprego>.

ORGANIZAÇÃO Internacional do Trabalho. **Pela abolição do trabalho infantil:** a política da OIT e suas implicações para as atividades de cooperação técnica. Genebra: OIT, 1989.

O CAMPO JURÍDICO NA SOCIOLOGIA DE PIERRE BOURDIEU

*Roger Laureano*¹

*Lucas Voigt*²

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a contribuição de Pierre Bourdieu acerca do campo jurídico. Partindo do geral para o específico, procuramos desenvolver inicialmente os conceitos basilares do autor, como campo, *habitus* e capital, destacando a sua importância para a análise do direito.

Posteriormente, buscamos focalizar naquilo que é específico do campo jurídico. Encontramos na sociologia de Pierre Bourdieu uma interpretação do fenômeno social do direito que concede maior dimensão às estruturas e às práticas dos agentes judiciais. Isso se reflete no conteúdo prático da norma, que é resultado da relação de forças do campo entre agentes que competem pelo monopólio de dizer o direito, mas sem ignorar a importância do cânone e a *illusio* específica do campo.

Assim, a sociologia do campo jurídico de Pierre Bourdieu destaca aquilo que é específico do direito sem se alinhar com as interpretações internalistas, focadas unicamente na positividade das normas, nem com análises externalistas, que encontram no direito um mero reflexo do mundo econômico.

¹ Doutorando em sociologia e ciência política e Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor titular das disciplinas de sociologia geral e antropologia e sociologia jurídicas na FUCAP-Univinte. E-mail: rogergmlaureano@gmail.com.

² Sociólogo e Mestre em Sociologia Política (UFSC), Doutorando em Sociologia (UFRGS). Bolsista CAPES. E-mail: lucas_3106@hotmail.com.

1. INTRODUÇÃO

Pierre Bourdieu (1930-2002) é, muito provavelmente, o sociólogo mais influente da contemporaneidade, especialmente se considerarmos o contexto brasileiro. Autor de uma obra vasta, que começa a ser produzida na década de 1960, Bourdieu transitou – com bastante propriedade e desenvoltura – pelas mais distintas temáticas e ramos especializados da sociologia, tais como a educação, a economia, a política, a religião, a arte, o direito, a cultura, a ciência, o Estado, as elites, a burocracia, dentre outros.

De toda a multifacetada obra do autor, neste artigo nos propomos a investigar especificamente aquilo que ele tem a nos dizer sobre o direito. Para tanto, procuramos dividir o artigo em duas partes: uma primeira seção focada na exploração dos conceitos gerais da sociologia de Bourdieu, notadamente aqueles que se fazem fundamentais para a compreensão de sua análise do direito, como campo, *habitus* e capital, explorando como suas pesquisas empíricas auxiliaram na formação dos conceitos; e na segunda seção nos dedicamos exclusivamente ao campo jurídico, destacando sua relativa autonomia, sua dimensão prática e o *habitus* que lhe é próprio, apresentando ainda os contrastes de Bourdieu com outros sociólogos e teóricos do direito, assim como alguns alargamentos posteriores realizados por autores *bourdieusianos* acerca de desdobramentos mais recentes do campo jurídico. Dessa maneira, concluímos o artigo ressaltando aquilo que é próprio da análise *bourdieusiana* e que possa lhe angariar destaque diante de outras interpretações judiciais.

2. UMA VISÃO GERAL DA SOCIOLOGIA DE PIERRE BOURDIEU

Como qualquer autor, o pensamento de Bourdieu foi submetido a transformações e desenvolvimentos. Alguns

conceitos e proposições teóricas iniciais serão abandonados na sociologia madura de Bourdieu, enquanto outros serão aprofundados, refinados e sofisticados ao longo de sua trajetória intelectual, do seu amadurecimento e do desenvolvimento de um conjunto de investigações empíricas cada vez mais abrangentes e sistemáticas³.

Não obstante, pode-se afirmar que a sociologia de Bourdieu desenvolve-se num *continuum* crescente, compondo um mosaico articulado de reflexões sociológicas sobre os mais variados aspectos do mundo social. Desta forma, Bourdieu executa com sucesso um feito raro no contexto das humanidades: a composição de um corpo de pensamento e de investigação coerente e coeso, um verdadeiro arsenal de conceitos mobilizados de modo recorrente e articulado em suas pesquisas e, ademais, apropriado e submetido a novos usos e novos significados por um grande número de sociólogos, historiadores, antropólogos e demais estudiosos.

Dentre o arsenal conceitual de Pierre Bourdieu, neste artigo interessa-nos especialmente a tríade “*habitus*”, “campo” e “capital”. Trata-se, certamente, dos três conceitos elementares e mais recorrentes da sociologia de Bourdieu. Ao realizarmos uma exposição “conceitual” de uma sociologia orientada à pesquisa, como é o caso da sociologia de Bourdieu, é mister que tenhamos em mente dois aspectos. Em primeiro lugar, os conceitos *bourdieusianos* funcionam de modo articulado, relacional e indissociável. Não raro, a mobilização de um conceito requer a introdução de outro, o que implica que a sociologia de Bourdieu representa, em última instância, uma proposta metodológica e integrada de compreensão da realidade social. Em segundo lugar, as proposições teóricas de Bourdieu são sempre teórico-metodológicas. Dito de outro modo, à sociologia *bourdieusiana* os conceitos não servem

³ VOIGT, Lucas. Uma análise do desenvolvimento conceitual da sociologia de Pierre Bourdieu a partir da obra “Os herdeiros”. *Revista Novos Rumos Sociológicos (NORUS)*, Pelotas (RS), v. 6, n. 10, Ago./Dez. 2018, p. 234-268.

como um repositório de ideias “aplicáveis” a um objeto empírico ou à realidade; ao contrário, os conceitos devem ser operacionalizados, comandando as opções e as escolhas do pesquisador em campo. Em última instância, um “conceito” – na sociologia de Bourdieu – deve ser sempre colocado em prática, transformando-se em uma sociologia em ato; isto é, os conceitos devem ser mobilizados na *prática sociológica*, em uma pesquisa que visa explicar determinado aspecto da realidade social.

Por tais motivos, nesta seção, que realiza uma exposição teórica e conceitual das noções de *habitus*, campo e capital, procuramos recorrer a exemplos empíricos da própria sociologia de Pierre Bourdieu, contexto em que os conceitos foram mobilizados e empregados, demonstrando como foram utilizados “na prática”. E, ademais, procuramos formular e apresentar exemplos de como tais conceitos podem ser mobilizados para uma reflexão acerca do universo jurídico, que constitui nosso principal interesse neste artigo.

Habitus

Principiemos nossa incursão ao universo conceitual da sociologia de Pierre Bourdieu a partir da noção de *habitus*, possivelmente o conceito mais influente do autor, alvo de múltiplas apropriações, usos e até mesmo abusos. De acordo com Bourdieu (2010), a sua noção de *habitus* foi inspirada nos trabalhos do historiador social da arte alemão Erwin Panofsky, notadamente na sua análise acerca das relações entre a arquitetura gótica e a escolástica⁴.

Uma das primeiras formulações da noção de *habitus* será apresentada em *Esquisse d'une théorie de la pratique*⁵, em que o autor irá propor uma síntese entre o “objetivismo” e o “subjetivismo”, isto é, entre duas correntes constitutivas e antagônicas do debate sociológico: o estruturalismo e o

⁴ PANOFSKY, Erwin. **Arquitetura gótica e escolástica**: sobre a analogia entre arte, filosofia e teologia na Idade Média. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

⁵ BOURDIEU, Pierre. Esboço de uma teoria da prática. In: ORTIZ, Renato (org.). **Sociologia**: Pierre Bourdieu. São Paulo: Ática, 1983.

construtivismo, ou as abordagens ditas “macrossociológicas” e as abordagens ditas “microsociológicas”. Enquanto o “objetivismo” daria peso à *determinação social* da ação dos indivíduos, o “subjativismo” enfocaria os *significados* dados pelos indivíduos ao mundo social, atribuindo um papel central à *ação* e à *racionalidade* dos agentes, em detrimento das estruturas sociais.

Na sua fórmula célebre e hermética, o *habitus* são “estruturas estruturantes” e “estruturas estruturadas”. Isto quer dizer que o *habitus* é constituído por estruturas que irão gerar, produzir e reproduzir as práticas sociais e, ademais, que tais estruturas *estruturantes* são *estruturadas* socialmente – pela posição do indivíduo, da sua família e da sua classe no espaço social. O *habitus*, enquanto “estrutura”, possibilita a prática social, mas também a determina e a constrange.

O *habitus* é o princípio que rege a ação. Ele pode ser compreendido enquanto uma “gramática gerativa”, no sentido de Noam Chomsky. Assim como uma gramática, que possibilita e gera a fala – mas que também a determina e a delimita –, o *habitus* se constitui por um conjunto de estruturas mentais ou disposições incorporadas no indivíduo que irão tornar possível a sua ação social, dentre um rol determinado de ações socialmente possíveis e estruturadas.

Na sua formulação teórica mais robusta e bem acabada, em *Le sens pratique*, Bourdieu irá apresentar a seguinte definição de *habitus*:

Os condicionamentos associados a uma classe particular de condições de existência produzem *habitus*, sistemas de *disposições* duráveis e transponíveis, estruturas estruturadas predispostas a funcionar como estruturas estruturantes, ou seja, como princípios geradores e organizadores de práticas e de representações que podem ser objetivamente adaptadas ao seu objetivo sem supor a intenção consciente de fins e o domínio expresso das operações necessárias para alcançá-los, objetivamente “reguladas” e “regulares” sem em nada ser o

produto da obediência a algumas regras e, sendo tudo isso, coletivamente orquestradas sem ser o produto da ação organizadora de um maestro.⁶

Em trabalhos mais recentes⁷, Bourdieu irá enfatizar outro aspecto da sua teoria do *habitus*. Em tais trabalhos, o *habitus* é compreendido como o princípio que opera a passagem de uma posição de um indivíduo no espaço social para um estilo de vida condizente a tal posição. Dito de outro modo, por meio do *habitus* uma posição no espaço social, isto é, uma posição *de classe* – determinada pelos recursos disponíveis aos agentes, os “capitais”, sobre os quais falaremos adiante –, transforma-se em práticas, hábitos, costumes, gostos, preferências e estilos de vida.

Quando Bourdieu afirma que o *habitus* constitui-se de disposições “incorporadas”, tal uso não é metafórico. O *habitus* se expressa no corpo dos indivíduos, na sua *hexis*, isto é, na sua postura corporal, nos modos de falar, de gesticular e de se portar. Ademais, o *habitus* é também *ethos*, isto é, valores, normas e modos de conduta e de ação. E, por fim, o *habitus* se expressa enquanto *eidos*, enquanto significado, esquemas lógicos, sistemas de visão e classificação do mundo e de atribuição de sentido pelo indivíduo à sua experiência social. Assim, podemos distinguir, analiticamente, o *habitus* em três componentes: o *ethos* (sistema de esquemas práticos), o *eidos* (sistema de esquemas lógicos) e a *hexis* (sistema de disposições corporais)⁸.

Na sociologia de Bourdieu, o *habitus* é, primordialmente, um *habitus de classe*, herdado da família. O *habitus*, assim, é condizente com a posição ocupada por determinada família no espaço social. Além disso, o *habitus* é essencialmente estável, consistindo num sistema de disposições *duráveis*. Não obstante,

⁶ BOURDIEU, Pierre. **O senso prático**. Petrópolis: Vozes, 2009, p. 87, grifo do autor.

⁷ BOURDIEU, Pierre. **A distinção**: crítica social do julgamento. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2007; BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Campinas: Papirus, 1996b.

⁸ BOURDIEU, Pierre. **Questões de sociologia**. Lisboa: Fim de Século, 2003.

no decorrer de suas trajetórias⁹, é possível que os indivíduos adquiram novos capitais e novas disposições, o que possibilita transformações no *habitus*, bem como modificações no que tange à posição ocupada por determinado indivíduo no espaço social. Isto ocorre, por exemplo, quando um indivíduo passa a investir e se engajar em determinado *campo* – noção que trataremos a seguir. Neste sentido, é lícito falarmos de *habitus* específicos, ligados aos diversos campos sociais: um *habitus* religioso, um *habitus* empresarial, um *habitus* jurídico, etc. Esta última modalidade de *habitus*, o jurídico – que trataremos em maiores detalhes adiante –, pode ser compreendida como o conjunto de disposições incorporadas e de princípios que regem a ação no *meio jurídico*, envolvendo, por exemplo, um tipo de linguagem específica e especializada, modos de se portar e de agir em espaços jurídicos, um código de vestimenta adequado ao meio, rituais e reprodução sequencial de eventos e de atos em um tribunal, e assim por diante.

Campo

A teoria dos campos de Pierre Bourdieu tem sua origem em uma releitura estruturalista da teoria da autonomização das esferas sociais de Max Weber¹⁰. A formulação de Weber representa, em última instância, uma teoria da modernização. Nas sociedades não modernas, verificava-se um predomínio da religião sobre todas as esferas da vida social. Neste sentido, o processo de modernização consiste precisamente na autonomização das esferas de valor – a esfera política, a econômica, a artística, a jurídica, a erótica, etc. – em relação à esfera religiosa. Tais esferas adquirem – no vocabulário *weberiano* – uma “legalidade própria”, isto é, critérios próprios de definição de legitimidade, que estariam autonomizados do

⁹ Para a concepção do autor no que tange à importante noção de “trajetória”, ver: BOURDIEU, Pierre. A ilusão biográfica. In: FERREIRA, Marieta de Moraes; AMADO, Janaina (orgs.). **Usos & abusos da história oral**. 8. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 183-191.

¹⁰ WEBER, Max. Rejeições religiosas do mundo e suas direções. In: WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

domínio da religião.

Se Max Weber falará que as esferas de valor constituem uma “legalidade própria”, Pierre Bourdieu irá empregar o termo *nomos*, referindo-se à lógica própria interna de cada um dos campos sociais, irredutível à lógica dos demais campos. Na sociologia *bourdieusiana*, um campo é um espaço *relativamente* autônomo, regido por um *nomos* e composto por agentes em relação e em concorrência, lutando para ocupar posições dominantes no espaço ou até mesmo para modificar a lógica vigente no campo¹¹. Na obra *Para uma sociologia da ciência*¹², encontramos a conceituação mais bem acabada de campo na obra do autor. O campo é um espaço de relações objetivas e de diferenças entre agentes; um campo é, simultaneamente, um *campo de forças* e um *campo de lutas*, um espaço relacional entre agentes e posições sociais em concorrência.

Em *Les règles de l'art: genèse et structure du champ littéraire*¹³, Bourdieu desenvolve a sua análise empírica mais robusta de um campo, o campo literário francês, que teria surgido na segunda metade do século XIX mediante o estabelecimento de uma lógica própria – a da “*arte pela arte*”, a da estética pura –, definida pelo mercado de escritores. Essa lógica se contrapunha a lógicas externas, tais como a lucratividade econômica ou ideários que visavam reduzir a arte a uma finalidade política.

Alguns autores, como Sérgio Miceli¹⁴, irão afirmar que o conceito de campo é o mais importante da sociologia do autor, uma espécie de “carro-chefe” da sociologia *bourdieusiana*. Se, como afirmamos, a sociologia de Bourdieu é uma metodologia de pesquisa sociológica, tal assertiva ganha ainda mais pertinência quando pensamos na noção de campo. Campo é

¹¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

¹² BOURDIEU, Pierre. **Para uma sociologia da ciência**. Lisboa: Edições 70, 2004.

¹³ BOURDIEU, Pierre. **As regras da arte: gênese e estrutura do campo literário**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996a.

¹⁴ MICELI, Sérgio. Bourdieu e a renovação da sociologia contemporânea da cultura. **Tempo Social**, São Paulo, v. 15, n. 1, Abr. 2003, p. 63-79.

uma noção que orienta e comanda o desenvolvimento da pesquisa. Para empregar uma análise relacional orientada pela noção de campo, é necessária a reconstituição da sua gênese socio-histórica – isto é, como o campo se constituiu e quais foram os processos para a sua autonomização –, bem como a reconstituição morfológica das estruturas de relação entre os agentes e as posições concorrenciais. Dito de outro modo, operacionalizar o conceito de campo é um procedimento trabalhoso, ainda que os resultados frequentemente mostrem-se extremamente proveitosos.

Deve-se ter em mente que, apesar de constituir uma lógica própria, a autonomia de um campo é sempre *relativa*. Ademais, é interessante termos em mente duas outras noções da sociologia de Bourdieu, associadas ao conceito de campo. Primeiro, a ideia de *doxa*, que se refere à *visão dominante* em determinado campo. E, segundo, a noção de *illusio*, que Bourdieu definirá como a “*crença nas regras do jogo*”. Para que um indivíduo invista e se engaje em determinado campo, é necessário que o agente acredite que tal investimento e engajamento fazem sentido; dito de outro modo, é necessário que o agente incorpore e assimile a visão e a lógica de determinado espaço, isto é, a “*ilusão de realidade*” compartilhada pelo conjunto de agentes inseridos no campo¹⁵.

Podemos ilustrar tais formulações através de uma reflexão acerca do campo jurídico. O espaço jurídico é um campo, na medida em que é *relativamente* autônomo em relação aos demais espaços – pensemos nos campos político e econômico, para o desenvolvimento do nosso exemplo. Pode-se argumentar que o que importa no campo jurídico é o exercício e o cumprimento do direito, da doutrina e da lei, que constituiriam uma representação da justiça. Essa seria a *doxa* do campo jurídico; os agentes envolvidos nele – advogados, promotores,

¹⁵ BOURDIEU, Pierre. **As regras da arte: gênese e estrutura do campo literário**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996a.

procuradores, juízes, juristas, etc. – devem assumir e compartilhar dessa *illusio*, isto é, devem acreditar que o que está em jogo no universo jurídico é a promoção da lei como uma forma de justiça.

A autonomia de um campo – como o jurídico – é sempre *relativa*, pois outros campos necessariamente exercem sua interferência e influência. Neste sentido, determinados propósitos de natureza não jurídica podem interferir em processos essencialmente jurídicos – ou seja, o cumprimento da lei, o devido processo legal, o direito à defesa, a condenação mediante provas além de uma dúvida razoável, etc. Pensemos, por exemplo, na influência do campo político, concebendo o exemplo – hipotético – a seguir: um procurador apresenta uma acusação ou um juiz executa uma condenação sem provas de um político, visando impedi-lo de concorrer a uma disputa eleitoral. Nesse caso hipotético, uma decisão jurídica foi orientada por motivações não jurídicas, visando o cumprimento de uma agenda política e moral, que está desvencilhada de interesses e de procedimentos que deveriam ser, segundo a lógica do campo, estritamente jurídicos.

Consideremos outro exemplo, também hipotético, para uma reflexão acerca da interferência de capitais de natureza econômica no processo jurídico. Agentes detentores de um alto volume de capital econômico têm a possibilidade de constituir defesa e de contratar escritórios de advocacia especializados, obtendo maiores chances de evitar condenações ou de reduzir penas. No mesmo sentido, agentes com menor volume de capital econômico podem ter dificuldade em obter defesa legal, o que pode desfavorecê-los em processos e julgamentos. Isto implica, em última instância, que fatores de ordem não jurídica – isto é, fatores econômicos – podem interferir em procedimentos e em questões de natureza jurídica.

Por fim, analisemos um último exemplo, que pode nos ajudar a ilustrar a ideia de autonomia do campo. Tal exemplo envolve, uma vez mais, um elemento de ordem econômica. De

um ponto de vista “moral” ou de uma lógica socialmente determinada, pode parecer “injusto” que um indivíduo que cometeu um crime de roubo de pequenas proporções seja penalizado de modo semelhante – ainda que exista o princípio de proporcionalidade – a um indivíduo responsável pela subtração de milhares ou milhões de reais. Não obstante, do ponto de vista do direito – isto é, da lógica do campo jurídico –, em que vale a lei, tal realidade mostra-se correta. Dito de outro modo, a autonomia relativa do campo jurídico reside na sua lógica própria, interna e irreduzível a outras lógicas, na qual o que está em jogo é apenas e exclusivamente o direito e a lei, enquanto mecanismos aproximados da justiça.

Capital

Consideremos, por fim, a formulação de Pierre Bourdieu acerca dos capitais¹⁶. Os capitais podem ser compreendidos como recursos sociais disponíveis aos agentes, isto é, como “*trunfos sociais*” que podem ser mobilizados para ascender a determinadas posições ou ocupar determinados espaços. Os capitais são obtidos de dois modos: diretamente via *herança* do grupo familiar, processo determinado pela posição social ocupada pelo indivíduo no espaço social; ou adquiridos durante o desenvolvimento das trajetórias sociais dos agentes, sua circulação no espaço social e nos diversos campos e, por vezes, mediante estratégias e investimentos consequentes visando à aquisição de tais recursos e trunfos sociais.

Em sua sociologia, Bourdieu irá definir e analisar variados tipos de capital. Podemos mencionar, de modo não exaustivo, alguns deles: o capital econômico, o capital cultural, o capital social, o capital político, o capital linguístico e o capital simbólico. O *capital econômico* refere-se aos recursos materiais,

¹⁶ Cf. BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Campinas: Papyrus, 1996b; BOURDIEU, Pierre. O capital social – notas provisórias. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (Orgs.). **Escritos de educação**. Petrópolis: Vozes, 1998a, p. 65-69; BOURDIEU, Pierre. Os três estados do capital cultural. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (Orgs.). **Escritos de educação**. Petrópolis: Vozes, 1998b, p. 71-79.

tais como bens, patrimônio e dinheiro. O *capital cultural* possui três dimensões: o *capital incorporado*, isto é, as informações culturais assimiladas por um agente; o *capital objetivado*, ou seja, a posse de livros e de recursos culturais materializados; e o *capital institucionalizado*, a saber, a posse de diplomas escolares¹⁷. O *capital social* pode ser compreendido como o conjunto de relações e redes de relação de conhecimento, interconhecimento e inter-reconhecimento disponíveis a um agente¹⁸. O *capital político* se relaciona a recursos tais como a capacidade de obter votos e ascender a cargos políticos, bem como às relações estabelecidas com agentes políticos. O *capital linguístico* compreende tanto o domínio da língua vernácula, como a competência em línguas estrangeiras que, dentre outras coisas, possibilita a circulação internacional, a ampliação das redes de contato e de relação e o alargamento das possibilidades de aquisição de capital cultural. Por fim, o *capital simbólico* pode ser compreendido como a capacidade para criar e disseminar visões e representações “legítimas” sobre o mundo social, isto é, a capacidade de criar visões aceitas e reconhecidas como válidas por outros agentes sociais.

Dentre o rol de capitais analisados por Bourdieu, certamente os dois mais importantes são o capital econômico e o capital cultural, concebidos enquanto os dois principais princípios de hierarquização e de divisão social. Por meio da sua noção de *campo do poder*, espécie de metacampo em que os capitais econômico e cultural concorrem para a definição do princípio dominante de dominação, Bourdieu irá demonstrar que, em uma sociedade capitalista, o capital econômico é o princípio dominante de dominação, *pari passu* o capital cultural é um princípio de dominação dominado no campo do poder¹⁹.

¹⁷ BOURDIEU, Pierre. Os três estados do capital cultural. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (Orgs.). **Escritos de educação**. Petrópolis: Vozes, 1998b, p. 71-79.

¹⁸ BOURDIEU, Pierre. O capital social – notas provisórias. In: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (Orgs.). **Escritos de educação**. Petrópolis: Vozes, 1998a, p. 65-69.

¹⁹ BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Campinas: Papirus, 1996b.

Para ilustrarmos o conceito e as modalidades de capital, podemos recorrer novamente a um exemplo hipotético. Imaginemos um grupo de estudantes de direito recém-graduados, prestes a adentrar no mercado de trabalho, que possuem à sua disposição recursos e trunfos sociais – isto é, “capitais” – distintos, diferenciais e desiguais.

Temos um estudante A que, em função de um alto volume de capital social herdado do grupo familiar – seu pai é juiz e seu tio possui um escritório de advocacia –, mobiliza o capital de relações sociais da sua família para obter uma posição em um escritório de advocacia. O estudante B é oriundo de uma família com alto volume de capital econômico; neste sentido, o estudante realizou seu bacharelado em uma prestigiada universidade e, assim, converteu o capital econômico em capital cultural institucionalizado. A posse de um diploma raro é a estratégia do agente para ingressar no mercado de trabalho.

O estudante C possui capital político. Seu pai é deputado e, desta forma, o estudante logrou êxito em ser contratado para advogar junto ao partido no qual seu pai e demais familiares são filiados. Por fim, temos o estudante D, desprovido de capital social, econômico e político. Em outras palavras, o estudante possui baixa origem social. Tendo conseguido ingressar em uma universidade, o estudante dedica-se arduamente aos estudos, visando adquirir um elevado volume de capital cultural. Esse capital cultural que, no caso de um estudante de direito, é direcionado à assimilação das leis, das normas e das competências jurídicas, representa o único trunfo social disponível ao agente para obter uma posição no mercado de trabalho e ascender no campo jurídico.

3. O CAMPO JURÍDICO

Tendo compreendido as aplicações gerais dos conceitos de Pierre Bourdieu, passaremos a descrever aquilo que se apresenta como especificidade do campo jurídico: as dimensões

de sua autonomia, as relações de força, o conteúdo prático das normas, o *habitus* jurídico e, por fim, suas definições transnacionais. Dessa forma, principiando pelo mais básico, o sociólogo francês define o campo jurídico como

o espaço social organizado no qual e pelo qual se opera a transmutação de um conflito direto entre partes diretamente interessadas no debate juridicamente regulado entre profissionais que atuam por procuração e que tem de comum o conhecer e reconhecer da regra do jogo jurídico, quer dizer, as leis escritas e não escritas do campo.²⁰

Sendo assim, o simples fato de entrar no campo já se caracteriza como uma renúncia a determinados meios de resolução de conflitos, mais notadamente ao uso de violência física, em razão da implicação tácita de suas regras. Ao participar do jogo, o agente aceita o direito como mediador em todos os seus modos de atuação e expressão.

No entanto, o campo jurídico tem uma característica que o difere de algumas outras instâncias sociais: o monopólio da atuação profissional a um grupo de especialistas. O campo se delimita em torno do reconhecimento de que determinados agentes são portadores da competência necessária para a atuação interna. Isso gera uma divisão entre, por um lado, aqueles que possuem uma visão vulgar do direito (os clientes) e, por outro lado, os peritos advogados, juízes, promotores e outros agentes burocráticos do judiciário. Em razão disso, no campo se conforma um *habitus* jurídico que lhe é próprio, que se manifesta principalmente na linguagem, combinando expressões da língua comum com formas eruditas. Outras dimensões do *habitus* jurídico se encontram na vestimenta e na incorporação de regras estatutárias, especialmente nos

²⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 229.

componentes ritualísticos dos fóruns e dos tribunais²¹, estranhos aos agentes não dotados do *habitus* jurídico.

A concorrência fundamental que está em jogo no campo jurídico se consolida na disputa pelo monopólio da capacidade de “dizer o direito”²². Isso significa que esses agentes autorizados mobilizam seus capitais, seu tempo social e sua técnica com a finalidade de adquirir reconhecimento pela sua competência em interpretar o *corpus* jurídico oficial. Ou seja, os diferentes agentes (advogados, juízes, promotores), em disputa interna no campo, apresentam e tentam impor as suas interpretações da lei de acordo com os seus interesses – ou de seus clientes –, e seu prestígio ascende na medida em que a sua posição é acatada pelos outros agentes. Assim, Bourdieu demonstra que o direito possui uma prática competitiva: a situação real das normas e das querelas hermenêuticas representa uma fotografia situacional das relações de força do campo. O direito, como qualquer outra instituição dotada de burocracia, possui uma consolidada hierarquia interna. As relações de força do campo são, simultaneamente, produto de suas próprias estruturas hierárquicas e instâncias conformadoras de novas hierarquias²³. Na prática, portanto, as normas não são produtos de seus legisladores originais. Esses

²¹ Embora não diretamente relacionadas ao conceito de *habitus*, algumas pesquisas destacam as dimensões processuais e ritualísticas em diversas instâncias do campo jurídico. Cf. LEWANDOWSKI, Andressa. **O direito em última instância: uma etnografia no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. Ver também: SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. Etnografia dissonante dos tribunais do júri. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007, p. 111-129.

²² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 212.

²³ Um juiz do Supremo Tribunal Federal tem, sem dúvida alguma, maior capacidade de “dizer o direito” do que um advogado iniciante. Isso acontece pela própria posição que ele ocupa na hierarquia do Poder Judiciário, cuja acumulação de capital simbólico pode ser traçada pelo desenvolvimento de sua trajetória profissional, analisando o seu percurso da periferia para a elite do campo. Alguns estudos se dedicam justamente a traçar as trajetórias das carreiras dos ministros do Supremo no Brasil. Cf. SANTOS, André Marengo; DA ROS, Luciano. Caminhos que levam à corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros de órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (1929 – 2006). **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 16, n. 30, Jun. 2008, p. 131-149. Para uma pesquisa focada na dimensão política dos recrutamentos, ver: FONTAINHA, Fernando; SANTOS, Carlos Victor; OLIVEIRA, Amanda. A elite jurídica e sua política: a trajetória jurídico-profissional dos ministros do STF (1988 – 2013). In: ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia Política das Instituições Judiciais**. Porto Alegre: Editora UFRGS/CEGOV, 2017.

são responsáveis apenas pelo seu desenvolvimento textual, nunca pela interpretação e pela aplicação. No fim, a aplicação da norma vai depender da correlação de forças do campo, de agentes que competem entre si pelo monopólio de dizer o direito, e dessa forma ela sempre será um produto circunstancial da agência humana, não de uma autorreferência normativa e jurisprudencial. Essa dimensão prática da teoria de Bourdieu se coloca explicitamente em contraposição não apenas ao positivismo jurídico, mas também a outras teorias sociológicas do direito. Niklas Luhmann, em *O Direito da Sociedade*, já conhecido por sua metodologia anti-humanista, afirma que “não é possível manter os sistemas psíquicos, consciência ou mesmo indivíduo humano em sua integralidade como parte ou até componente interno do sistema legal”²⁴. Nesse caso, o sistema se caracteriza unicamente pelas operações sociais que realiza. Em Bourdieu, no entanto, não existe norma sem agência, e seu conteúdo prático só pode ser provisoriamente estabelecido a partir do conflito interpretativo de seus componentes humanos. Em resumo, sem agência não há campo jurídico algum.

A posição dos agentes não está relacionada unicamente com a hierarquização interna do campo. Como supramencionado, a distribuição e a conversão de capitais acaba por influenciar a própria inserção do agente no campo jurídico. Por essa mesma razão, agentes do campo jurídico que possuem, em alguns pontos, *habitus* muito similares ao político e ao econômico, conseguem transitar com certa facilidade por distintos campos sociais, o que pode ser ilustrado nas relações que diversos operadores do direito possuem com o mundo da política e da economia – não apenas na relação comercial de advogado/cliente, mas na capacidade de transformar seus bens

²⁴ LUHMANN, Niklas. *O Direito da Sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 64-65. Este artigo não tem como finalidade desenvolver maiores comparações entre perspectivas sociológicas do direito. Um bom resumo da discussão pode ser encontrado em: GUBENTIEF, Pierre. Teorias sociológicas comparadas e aplicadas: Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao direito. *Cidades – Comunidades e Territórios*, v. 14, 2007.

jurídicos em capital econômico ou até mesmo político, explorando-os eleitoralmente, para cargos eletivos, ou tecnicamente, no caso de indicações. Dessa forma, a hierarquização interna do campo jurídico se configura tanto burocraticamente, nas raízes judiciais do próprio campo, quanto relacionalmente a outros campos. A norma prática acaba por ser um produto momentâneo de todas essas relações:

Com efeito, o conteúdo prático da lei que se revela no veredito é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das “regras possíveis”, e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazer triunfar a sua causa.²⁵

Sendo assim, embora o direito represente um campo que é indissociável das normas e de seu cânone jurídico, o produto das leis é também o resultado do mundo social, o que significa dizer que elementos extrajurídicos acabam por fazer parte do processo. Se, por um lado, na filosofia jurídica dominante isso seria visto como uma contaminação do processo, sociologicamente esse resultado é previsível diante da dinâmica das relações sociais²⁶. Dessa forma, não é possível reafirmar a neutralidade (ou *apriorização*) do direito, ainda que essa seja uma *illusio* característica do campo. O discurso da neutralidade faz parte da própria construção da dimensão linguística do *habitus* jurídico, dominada por construções sintáticas passivas e impessoais. O cânone jurídico é a primazia do discurso, que serve como a fonte originária da autoridade dos agentes. Essa dimensão não é apenas incorporada ao *habitus*, mas também é

²⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 224.

²⁶ No entanto, é importante reforçar que “a autonomia relativa do campo jurídico e seu efeito de refração impedem que os juristas sejam meros marionetes dos detentores do poder político e econômico, e que o direito seja mera expressão automática de seus interesses”. (ALMEIDA, Frederico de. A noção de campo jurídico para o estudo dos agentes, práticas e instituições judiciais. In: ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia Política das Instituições Judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017, p. 138).

o reservatório onde se estabelece a legitimidade do direito. Os agentes provenientes de outros campos sociais só aceitarão pacificamente a normatização jurídica se não identificarem nela uma prática arbitrária – assim, a *illusio* possui ainda uma função social integradora. Mesmo um juiz que tenha racionalmente a intenção de aplicar a lei de forma “criativa”, acabará por dissimular que a fonte de sua decisão é unicamente o cânone jurídico, pois é dele que extrai a legitimidade de sua decisão.

Além da neutralidade, a racionalização e a universalização são duas dimensões fundamentais do direito moderno – e nesse ponto Bourdieu, com suas particularidades, assimila diretamente a sociologia clássica. A dimensão racional do direito busca dar maior previsibilidade à interpretação das normas, parte fundamental daquilo que nos dias de hoje chamaríamos de “segurança jurídica”, onde se presume que o direito possua estabilidade nos seus procedimentos internos. O processo de racionalização do direito foi destacado por Weber²⁷ e se demonstrou fundamental para a consolidação das sociedades modernas e para o desenvolvimento do capitalismo²⁸, destacando as funções não jurídicas do processo jurídico de racionalização. A universalização aparece como parte constitutiva da racionalização, mas possui outras funções. Na visão de Durkheim, em uma sociedade pautada pela diferenciação social e moral dos indivíduos, a universalização do direito acaba por congrega “as consciências individuais em torno de um dever-ser comum”²⁹. A norma seria o único resquício de integração entre sujeitos dessemelhantes. Bourdieu reforça a imagem criada por Durkheim, apontando que em uma sociedade tão diferenciada, em que os indivíduos não possuem uma base moral, ideológica e profissional comum, a

²⁷ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Brasília: Editora UNB, 2003.

²⁸ TRUBEK, David M. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, Jan./Jun. 2007, p. 151-186.

²⁹ WEISS, Raquel. Sociologia e Direito na Teoria Durkheimiana. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

universalização do direito se tornou o mecanismo social mais poderoso para impor a “legitimidade de uma ordem social”³⁰. Como consequência, a neutralidade, a universalização e a racionalidade não se configuram como aquilo que a teoria marxiana chamaria de ideologia. Elas representam, na verdade, os fundamentos geradores da convergência pela qual os agentes jurídicos compreendem e jogam o jogo jurídico.

No entanto, o processo de estruturação do direito ocorreu de maneira díspar em cada Estado-nação. Bourdieu distingue os diversos modelos em dois polos fundamentais: um lado mais hermenêutico, voltado especificamente para a elaboração teórica da doutrina jurídica, partindo da abstração, e o outro mais prático, destacando sempre a análise de casos particulares e as construções jurisprudenciais. Cada uma das posições acaba por conceder a grupos particulares de intérpretes maior possibilidade de impor a sua capacidade de dizer o direito. A doutrina teórica favorece, na relação de forças, interpretações acadêmicas e de altos magistrados, enquanto a dimensão prática se realiza mais nos termos procedimentais dos acórdãos e no envolvimento técnico (jurídica, retórica e pedagogicamente) dos advogados. Embora ambos os polos coexistam na maior parte dos campos jurídicos, a forma pela qual ele é estruturado em cada localidade acaba por beneficiar um dos lados. Os países que adotam o direito romano-germânico (*civil law*), como a Alemanha, a França e o próprio Brasil, acabam por constituir um campo jurídico mais teórico, enquanto o sistema anglófono de *common law* é mais prático. Essa distinção, aliás, é apontada como uma das razões pelas quais Bourdieu, mesmo com toda a influência que possui no mundo acadêmico, não adentrou com a mesma imposição no campo jurídico norte-americano: suas pesquisas empíricas sempre estiveram muito associadas ao mundo francês e, portanto, mais alheias ao sistema de *common*

³⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 246.

*law*³¹.

Mais recentemente, pesquisas sociológicas apontam para uma tendência de internacionalização do direito, que vem ocorrendo principalmente por razões comerciais, como consequência de uma exigência cada vez maior por um sistema de arbitragem internacionalizado – ideia largamente estimulada por corporações multinacionais de advogados. Ponzilacqua afirma que isso leva à “construção de uma ordem jurídica transnacional apoiada no comércio e arbitragem internacional, que se impõe e se expande sobre os ordenamentos jurídicos nacionais”³². O desenvolvimento dessa prática foi lento em razão da dificuldade que a indústria encontrou para recrutar indivíduos cosmopolitas com a *expertise* necessária para empreitada: pairar sobre diferentes sistemas legais exige uma boa acumulação de capital acadêmico e social. Esse sistema, que se estabeleceu entre a *common law* e a *civil law* ganhou o nome de *hybrid system*. Yves Dezalay e Bryant Garth, seguindo a pesquisa de Bourdieu no campo do direito, apontam que com o novo sistema surgiram também novas estratégias de atuação no campo, novos especialistas, e novos grupos de advogados focados em uma atuação híbrida, voltada para a prática transnacional³³. Essas novas dinâmicas do direito, que se apresentam como resultado da globalização, acabaram por se consolidar apenas recentemente, o que significa que Pierre Bourdieu não teve tempo de construir a sua própria análise sobre elas, apenas seus discípulos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do artigo procuramos desenvolver a sociologia

³¹ DEZALAY, Yves; MADSEN, Mikael. The Force of Law and Lawyers: Pierre Bourdieu and the Reflexive Sociology of Law. *Annual Review of Law and Social Science*, v. 8, 2012, p. 433-452.

³² PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira. A sociologia do campo jurídico de Bourdieu e Dezalay. *Rev. Direito e Práx.*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2018, p. 238.

³³ DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

do direito de Pierre Bourdieu, partindo da explanação de conceitos gerais do autor, como *habitus*, campo e capital, até à discussão analítica mais específica sobre o campo jurídico. Assim, procuramos destacar como o conteúdo prático das normas jurídicas não é um produto exclusivo do legislador, mas da relação de forças do campo: um resultado da disputa entre seus agentes pelo monopólio de dizer o direito. Dessa forma, na sociologia de Bourdieu o direito se caracteriza pela prática em sua disputa pela norma, não pela própria norma. Assim, *no mundo social* o direito não pode ser visto simplesmente a partir da pureza daquilo que foi positivado, como na proposta de Kelsen³⁴, mas como o resultado das relações de força do campo jurídico, ou até mesmo de raízes extrajudiciais.

Contudo, isso não se reflete em uma nulidade do cânone. O *corpus* jurídico é a fonte de legitimidade dos agentes, e representa, junto da neutralidade, da universalização e da racionalização, a *illusio* particular do campo. Se, por um lado, Bourdieu não vê na prática do direito aquilo que a visão internalista defende, ele também não se associa às interpretações externalistas, cuja crítica marxista do direito serviria como exemplo. A visão marxista ortodoxa e materialista enxerga o direito como uma simples representação ideológica da classe que domina as forças produtivas³⁵. Para Bourdieu, esse reducionismo impossibilita a compreensão de tudo aquilo que é particular do campo jurídico: a sua autonomia relativa, as suas regras e o *habitus* que lhe é próprio.

As instâncias judiciais, portanto, não podem ser interpretadas como um simples produto de outras dimensões do mundo social, nem de forma acidental, nem planejada. Mas isso não significa que o direito seja anárquico. A sua constituição é

³⁴ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

³⁵ Isto é, o direito seria uma "superestrutura", um mero reflexo das relações de produção. Cf. MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 47. Para um desdobramento mais especificamente jurídico: ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico**. São Paulo: Boitempo, 2012.

sempre resultado de uma concorrência que se exprime internamente, cujas configurações de poder e de interpretação das normas nunca são estabelecidas de forma irremediavelmente definitivas. Assim, se por um lado o direito, através de seu poder de homologação, faz parte da legitimação da ordem existente, sendo, no mundo moderno, o principal laço normatizador comum a indivíduos diferenciados, por outro a interpretação das normas é sempre historicizada, e a polissemia textual do *corpus* jurídico permite a adaptação e a reinterpretação do direito a novos estados de relações sociais. Na prática, o direito pode ser tanto ordem quanto vanguarda. Tudo depende de como o jogo está estruturado e do “efeito objetivo e coletivo das ações acumuladas”³⁶.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Frederico de. A noção de campo jurídico para o estudo dos agentes, práticas e instituições judiciais. *In*: ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia Política das Instituições Judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017.

BOURDIEU, Pierre. **A distinção: crítica social do julgamento**. São Paulo: Edusp; Porto Alegre: Zouk, 2007.

BOURDIEU, Pierre. A ilusão biográfica. *In*: FERREIRA, Marieta de Moraes; AMADO, Janaina (Orgs.). **Usos & abusos da história oral**. 8. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 183-191.

BOURDIEU, Pierre. **As regras da arte: gênese e estrutura do campo literário**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996a.

BOURDIEU, Pierre. Esboço de uma teoria da prática. *In*: ORTIZ, Renato (Org.). **Sociologia: Pierre Bourdieu**. São Paulo:

³⁶ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010, p. 254.

Ática, 1983.

BOURDIEU, Pierre. O capital social – notas provisórias. *In*: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (org.). **Escritos de educação**. Petrópolis: Vozes, 1998a. p. 65-69.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BOURDIEU, Pierre. **O senso prático**. Petrópolis: Vozes, 2009.

BOURDIEU, Pierre. Os três estados do capital cultural. *In*: NOGUEIRA, Maria Alice; CATANI, Afrânio (org.). **Escritos de educação**. Petrópolis: Vozes, 1998b. p. 71-79.

BOURDIEU, Pierre. **Para uma sociologia da ciência**. Lisboa: Edições 70, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **Questões de sociologia**. Lisboa: Fim de Século, 2003.

BOURDIEU, Pierre. **Razões práticas**: sobre a teoria da ação. Campinas: Papyrus, 1996b.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. **Dealing in Virtue**: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

DEZALAY, Yves; MADSEN, Mikael. The Force of Law and Lawyers: Pierre Bourdieu and the Reflexive Sociology of Law. **Annual Review of Law and Social Science**, v. 8, 2012, p. 433-452.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico**. São Paulo: Boitempo, 2012.

FONTAINHA, Fernando; SANTOS, Carlos Victor; OLIVEIRA, Amanda. A elite jurídica e sua política: a trajetória jurídico-profissional dos ministros do STF (1988 – 2013). *In*: ENGELMANN, Fabiano. **Sociologia política das instituições judiciais**. Porto Alegre: Editora UFRGS/CEGOV, 2017.

GUBENTIEF, Pierre. Teorias sociológicas comparadas e aplicadas: Bourdieu, Foucault, Habermas e Luhmann face ao direito. **Cidades – Comunidades e Territórios**, v. 14, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEWANDOWSKI, Andressa. **O direito em última instância: uma etnografia no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MICELI, Sérgio. Bourdieu e a renovação da sociologia contemporânea da cultura. **Tempo Social**, São Paulo, v. 15, n. 1, Abr. 2003, p. 63-79.

PANOFSKY, Erwin. **Arquitetura gótica e escolástica: sobre a analogia entre arte, filosofia e teologia na Idade Média**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

PONZILACQUA, Márcio Henrique Pereira. A sociologia do campo jurídico de Bourdieu e Dezalay. **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2018, p. 226-249.

SANTOS, André Marengo; DA ROS, Luciano. Caminhos que

levam à corte: carreiras e padrões de recrutamento dos ministros de órgãos de cúpula do Poder Judiciário brasileiro (1929 – 2006). **Rev. Sociol. Polit.**, Curitiba, v. 16, n. 30, Jun. 2008, p. 131-149.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. Etnografia dissonante dos tribunais do júri. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, 2007, p. 111-129.

TRUBEK, David M. Max Weber sobre direito e ascensão do capitalismo. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 1, Jan./Jun. 2007, p. 151-186.

VOIGT, Lucas. Uma análise do desenvolvimento conceitual da sociologia de Pierre Bourdieu a partir da obra “Os herdeiros”. **Revista Novos Rumos Sociológicos (NORUS)**, Pelotas (RS), v. 6, n. 10, Ago./Dez. 2018, p. 234-268.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. Brasília: Editora UNB, 2003.

WEBER, Max. Rejeições religiosas do mundo e suas direções. *In*: WEBER, Max. **Ensaios de sociologia**. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

WEISS, Raquel. Sociologia e Direito na Teoria Durkheimiana. *In*: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Manual de sociologia jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2017.

O Curso de Direito da FUCAP objetiva de forma geral formar bacharéis que congreguem o saber jurídico tradicional e dogmático com uma formação multidisciplinar e empreendedora, com capacidade para enfrentar os desafios do mundo jurídico contemporâneo, consciente do seu papel como agente de transformação social, na busca constante pela Justiça e pela pacificação dos conflitos.



ISBN 978-85-66962-18-5



9788566962185